

Sentencia T-968-09

DERECHOS DEL NIÑO-Fundamentales y prevalentes

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Debe atender a criterios jurídicos relevantes y a una ponderación de las circunstancias fácticas que lo rodean

Las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, en el ejercicio de la discrecionalidad que les es propia y de acuerdo a sus deberes constitucionales y legales, deben atender tanto a (i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Regla constitucionales, legales y jurisprudenciales

FAMILIA-Naturaleza del concepto

UNIDAD FAMILIAR-Dimensiones de la preservación

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Idoneidad del grupo familiar

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Circunstancias excepcionales de procedencia para separación de la familia biológica

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL MENOR-Le corresponde conocer a los jueces de familia

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL MENOR-Excepcionalidad de la tutela

SUSPENSION PROVISIONAL DE LA CUSTODIA MATERNA-Medida drástica debido a que no

se configuró una causal suficientemente grave

Frente a la primera suspensión provisional de la custodia materna, efectuada por el ICBF Centro Zonal Yumbo encuentra la Sala que no se practicaron las pruebas y dictámenes médicos indispensables para proceder a una determinación tan drástica, como lo es la separación de dos bebés de nueve (9) meses de edad del cuidado y amor de su madre. No existe ninguna instrucción o recomendación por parte de los médicos del Hospital de Vijes que habían atendido a los niños por sus estados gripales reiterados, en el sentido de que debían ser cambiados de manera inmediata de domicilio debido a un posible empeoramiento de su estado de salud, ni se tuvo el cuidado de ordenar un dictamen médico especializado. Los incidentes por violencia intrafamiliar aducidos por el señor Salomón y que fueron acogidos por el ICBF Centro Zonal Yumbo, ocurrieron mucho antes del nacimiento de los menores en los años 2002, 2003 y 2004. No se configuró, en consecuencia, una causal lo suficientemente grave y determinante para que se le hubiese suspendido a la madre la custodia y cuidado personal de sus pequeños hijos. La escasez de recursos económicos no implica necesariamente que sea mejor para los niños vivir separados de su madre, porque su padre, que está en mejor situación económica que la madre, está obligado a contribuir para proveerles un mejor estar. Además, la medida contribuyó, a largo plazo y de manera sustancial, al daño irreparable que han sufrido los niños con tal separación.

DEBIDO PROCESO-Vulneración porque no se le notificó a la madre el traslado de la custodia y cuidado personal de los menores al padre/DERECHO AL CUIDADO Y AL AMOR-Vulneración por cuanto no se ha restablecido el contacto entre la madre y sus hijos

La determinación posterior del mismo Centro Zonal Yumbo del ICBF, contenida en la Resolución del 16 de mayo de 2007, de trasladar la custodia y cuidado personal al padre, no residente en el país, sin haber considerado el cambio de domicilio y las nuevas circunstancias familiares de la madre y sin haber notificado dicha decisión, resulta por lo menos reprochable si se tiene en cuenta que las autoridades de la República están en la obligación de cumplir y hacer respetar los mandatos de la Constitución, y los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre derechos de los niños, que integran el bloque de constitucionalidad. Consideró vulnerado el derecho

fundamental de Sarai al debido proceso, al no haberle sido notificada la Resolución del 16 de mayo de 2007, que resolvió entregar la custodia y el cuidado personal de los menores al padre, negándosele así la oportunidad de demostrar sus nuevas condiciones de vida e interponer los recursos legales correspondientes. Los niños se encuentran fuera del país y el padre no ha cumplido con su obligación constitucional y legal de permitir el desarrollo natural y armónico de la relación materno filial, al igual que con su hermana y el resto de la familia materna, lesionando gravemente el desarrollo psicológico y emocional de los menores. De manera que el derecho fundamental de los niños a tener una familia y al cuidado y el amor que ella puede brindarles, no ha sido debidamente garantizado por las autoridades de familia y mucho menos restablecido.

#### ALQUILER DE VIENTRE-Definición y finalidad

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”<sup>1</sup> En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

ALQUILER DE VIENTRE-En Colombia no está regulado pero tampoco está prohibido expresamente

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.” La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha

puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Vulneración por cuanto se desconocieron los criterios jurídicos establecidos

Para el Juez Cali, la madre incumplió injustificadamente un contrato verbal consistente en entregar a sus hijos después del parto. Las consideraciones de carácter económico primaron en su decisión de concebir, no puede ofrecer debido a su estrechez económica, el bienestar y oportunidades que tienen con el padre. Con este proceder se desconocieron de manera directa no sólo la Constitución sino también el precedente constitucional que claramente ha establecido unos criterios jurídicos a efectos de determinar el interés superior del menor en cada caso concreto. Para el caso que nos ocupa, específicamente (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; y (iii) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-No se evidencia circunstancia alguna que constituya razón suficiente para separar a los niños del entorno de su madre biológica

CORTE CONSTITUCIONAL-Ordena medidas de protección para lograr el restablecimiento de los derechos de los menores y de la madre hasta que se decidan los procesos de custodia, cuidado personal y patria potestad

Referencia: expediente T-2220700

Acción de tutela instaurada por Sarai, contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, María Victoria Calle Correa, Luís Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias del diez (10) de diciembre de dos mil ocho 2008 y del veinticuatro (24) de febrero de dos mil nueve (2009), proferidas por el Tribunal Superior del Distrito de Cali, Sala de Familia y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respectivamente, que decidieron sobre la acción de tutela instaurada por Sarai contra la providencia 395h del 29 de agosto de 2008 proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

### I. ANTECEDENTES

#### Advertencia preliminar

En reconocimiento del derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales de los niños y las familias involucradas en el presente proceso, la Sala Segunda de Revisión, decidió cambiar en esta providencia los nombres reales de los menores y sus familiares más cercanos, por nombres ficticios.

#### 1. La acción de tutela

La ciudadana Sarai, a través de apoderado debidamente constituido, interpuso acción de tutela contra la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008 del Juzgado Décimo (10) de Familia de Cali, por considerar que desconoció el derecho fundamental de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 CP), a la igualdad (art. 43 CP) y la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños (art. 93 CP). Para fundamentar su petición expuso los hechos que se presentan a continuación.

##### 1.1. Hechos relatados por la accionante

El señor Salomón de nacionalidad colombiana, casado con Raquel, dominicana,

residente en Estados Unidos, deseaba tener un hijo y en un principio Sarai aceptó realizarse varios tratamientos con el fin de que el señor Salomón fuese padre, a pesar que no se conocían personalmente y su único contacto había sido telefónico.

Sarai acudió al centro Fecundar y allí le implantaron los óvulos de la esposa del señor Salomón, tratamiento que no dio resultado porque su cuerpo rechazó dichos óvulos.

Ante el fracaso de este tratamiento, el señor Salomón viajó a Colombia para conocer personalmente a Sarai, la visitaba frecuentemente en su residencia de Vijes, Valle del Cauca, iniciaron una relación y al cabo de un tiempo le pidió que se realizara un nuevo tratamiento de fertilización pero con sus propios óvulos. A cambio le prometió una “buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos”.

La señora Sarai accedió y procedió a realizarse un tratamiento de fertilización in vitro en el Centro Imbanaco de Cali con sus propios óvulos y los espermatozoides del señor Salomón, el cual dio como resultado un embarazo gemelar.

Salomón pagaba la EPS de Sarai y le enviaba mensualmente la suma de \$149.000 para su manutención, pagos que efectuó cumplidamente hasta cuando ella cumplió cinco (5) meses de embarazo.

El día 21 de marzo de 2006, como producto de la inseminación artificial consentida, nacieron en el municipio de Vijes los mellizos, Samuel y David, en buen estado de salud. Como la madre sufría de preeclampsia debió quedarse hospitalizada y para poder dar de alta a los niños, ante la ausencia del padre, el hermano sufragó los gastos generados por el parto y ella tuvo que registrar a los niños con sus dos apellidos.

Durante los nueve (9) meses que los gemelos estuvieron bajo el cuidado de Sarai, el padre no les proporcionó alimentos ni asistencia médica, a pesar de que ya habían sido registrados por él.

El 20 de diciembre de 2006, cuando los niños tenían nueve (9) meses de nacidos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo le retiró a la madre la custodia y cuidado personal de los menores, la cual fue asignada de manera provisional a

la tía paterna, Isabel. Tal decisión se originó en el estado de afección gripal que presentaban los menores debido a que la casa en que vivían en Vijes estaba ubicada al lado de un horno de cal, y a pesar de que estaban siendo atendidos por su madre, ella nunca los maltrató y eran de conocimiento previo del padre tanto la situación de la vivienda, como las condiciones económicas de la señora Sarai.

Sarai ante la pérdida de la custodia y cuidado personal de sus hijos decidió cambiar de domicilio y se radicó en la ciudad de Cali, acompañada de su madre y de su hija de cinco (5) años, producto de una relación anterior. Trabaja como mercaderista y devenga un salario mínimo.

Sarai visitaba todas las semanas a sus hijos en la casa de la tía paterna, compartía y jugaba con ellos y los niños la reconocían como su madre.

A través de apoderada judicial el padre de los menores presentó demanda de permiso de salida del país con el fin de que los niños pudiesen residir en los Estados Unidos. La demanda dirigida contra la madre correspondió en reparto al Juzgado Décimo de Familia de Cali y fue admitida el 19 de noviembre de 2007. El Juez de Familia mediante sentencia del 29 de agosto de 2008, concedió el permiso de salida del país de los niños Samuel y David con destino a los Estados Unidos en compañía del padre, el cual “deberá permitir el contacto de los menores con su madre, suministrándole la dirección de residencia, teléfono y permitiéndole las visitas.”

La decisión del Juez Décimo de Familia se basó en las siguientes consideraciones: (i) Entre Salomón y Sarai, existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. (ii) Sarai después de recibir una alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños. (iii) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas. (iv) Las diferentes autoridades que inicialmente conocieron del caso (ICBF y Juzgado de Vijes), consideraron pertinente que ante la situación de salud que estaban viviendo los niños, se le adjudicara a la tía paterna de manera provisional su custodia y cuidado personal, la cual posteriormente fue

ratificada en cabeza del padre. (v) Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado. (vi) El padre de los menores tiene un mejor derecho a estar con ellos, porque él fue quien buscó por todos los medios y con muchos sacrificios su concepción. Para garantizar los derechos de la madre, el Juez dispuso que el padre “deberá traerlos o permitir que ellos vengan a esta ciudad y estén al lado de su madre dos veces al año, en época de vacaciones de mitad y de fin de año. Cuando la señora Sarai pueda ir a los Estados Unidos, bien sea por sus propios medios económicos o por ayuda que le pueda brindar el señor SALOMÓN, se entiende que se cumple con el compromiso de las visitas.”

Sarai no estuvo de acuerdo con el fallo por considerar que el Juez Décimo se limitó a transcribir tanto la demanda como los alegatos presentados por el padre y accedió al cambio de domicilio de los niños, sin tener en cuenta (i) el informe de estudio socio familiar elaborado por la trabajadora social del Juzgado Décimo de Cali y los alegatos presentados por la Procuradora Octava de Familia de Cali, los cuales concluían que los niños no debían ser separados de la madre; (ii) el cambio de residencia de la madre; y (iii) el hecho de que se encontraban pendientes de resolución los procesos de custodia y cuidado personal (Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes) y de privación de la patria potestad (ante el mismo Juez Décimo de Familia de Cali). Además, señaló los apartes de la sentencia que consideraba no ajustados a derecho por desconocer los derechos fundamentales de los menores, en los siguientes términos:

“Cómo es posible que el señor JUEZ en su Sentencia manifieste que la señora SARAI “era consciente que al nacer los niños los debía entregar al padre de los mismos, pero se apegó a ellos a pesar de que tenía ya otra hija” (página 12 parágrafo 2 de la Sentencia), afirmación que considero injusta partiendo del hecho de (sic) como Juez sabe que dicho contrato es ATÍPICO en nuestra legislación además el señor Juez se refiere a la señora SARAI como si ella no tuviera sentimientos o sea peor que un animal por que (sic) hasta los animales después de tener a sus crías las cuidan hasta que ellas se defienden solas (...).

Otra situación planteada por el señor JUEZ en la Sentencia que considero injusta es

cuando el mismo manifiesta que la “ciudad de Cali, es peligrosa, no hay fuentes de empleo, la gente es pobre pasa demasiadas necesidades, estudiar se ha vuelto una odisea, hay problemas de drogadicción y prostitución, hay delincuencia en todos los órdenes de la sociedad, narcotráfico etc., en otras palabras es difícil levantar familia en esta ciudad ante los innumerables problemas que nos rodean ...” (Tomado textualmente de la sentencia), cómo es posible que todo un Juez de la República se exprese de esta forma de la ciudad donde habita (...). Señores Magistrados es muy doloroso la manifestado por el señor JUEZ DÉCIMO DE FAMILIA cuando manifiesta que es muy difícil ser profesional y tener buenos valores en nuestro país.

Ahora bien el señor JUEZ hace una comparación económica e intelectual entre la señora SARAI y el señor SALOMÓN, pues lógicamente es desigual pero este hecho no quiere decir que por ser la señora SARAI una persona asalariada no pueda estar con sus hijos pues señores Magistrados díganme si los niños no pueden vivir bien en nuestro país con lo que legalmente debe aportar el padre y la madre (...) Y si generalizamos en Colombia hay buenos colegios, universidades y viviendas, ahora si nos vamos a la parte económica al señor SALOMÓN) le queda mucho más fácil viajar a Colombia a visitar a sus niños que la señora SARAI, ¿díganme señores Magistrados si una persona asalariada y que inclusive no tiene visa le queda fácil estar viajando a Estados Unidos?, no lo creo.

Tampoco considero justo que los niños se vayan a vivir a Estados Unidos con la esposa del señor SALOMÓN), como lo manifestó el señor Juez por que (sic) los niños empezarán a reconocer como madre a la señora RAQUEL y tarde que temprano se olvidarían de su verdadera madre (...) Usted cree Honorable Magistrado que es lo mismo visitarlos, cargarlos, besarlos, abrazarlos, darle la comida, córtales las uñas, limpiarles los oídos a los niños, que verlos dos veces al año y hablar por teléfono con ellos y eso que lo del teléfono es absurdo pues los niños sólo tienen dos años. (...).2

## 1.2. Pruebas aportadas por la accionante

La peticionaria adjuntó a su demanda, entre otras, las siguientes pruebas documentales relevantes:

### 1.2.1. Copia autenticada de la sentencia proferida el 29 de Agosto de 2008 por el

Juzgado Décimo (10) de Familia de Cali.

1.2.2. Informe Socio Familiar presentado por la trabajadora social.

1.2.3. Alegatos presentados por la Procuradora Octava de Familia.

1.3. Pretensiones de la accionante

1.4. Respuesta del Juez Décimo de Familia de Cali

El señor Juez considera que entre Salomón y Sarai no existió una relación afectiva sino un contrato, que no se puede desconocer así haya sido verbal y que su obligación como juez es hacerlo respetar. Al respecto se pronunció en los siguientes términos:

“Este despacho, dentro de la sentencia en comento, no hizo más que garantizar a una persona como don SALOMÓN, que la ley es para cumplirla y que existiendo un contrato entre las partes es necesario que el mismo se cumpla, pues cuando doña SARAI acepta las condiciones del mismo, era conciente (sic) de lo que al final iba a pasar y que cuando su hijo naciera el mismo pasaría a poder de la familia contratante y hasta allí llegaría el compromiso económico de ellos para con la accionante.

Ahora bien, la sentencia no ha sido atacada por vicios que dentro de la misma se hayan cometido, tales como la violación del debido proceso, todo lo que allí se dice es que se quiere su revocatoria porque se violaron los artículos 43 y 44 de la Constitución Nacional (...).

Obsérvese que en este caso no ha habido deseo de las partes de constituir una familia, es que SALOMÓN y RAQUEL ya la tienen constituida, sólo que por problemas orgánicos no pueden procrear y por eso se ponen en contacto con la accionante a quien, le proponen alquilar su vientre para que ellos puedan cumplir su deseo de tener un hijo y cuando ante el tratamiento no puede porque el cuerpo de SARAI rechaza los óvulos de RAQUEL, deciden ésta y su esposo que el tratamiento se haga directamente con los óvulos de la ahora accionante. (...)

La pregunta que debemos hacernos es si dentro de la sentencia, en algún momento se ha desconocido la igualdad que debe existir entre un hombre y una mujer y la

respuesta obligada es que nó (sic), ya que entre SARAI y SALOMÓN no existe ninguna relación de tipo sentimental, él y su esposa le propusieron un negocio, ella lo aceptó y ahora ha querido desconocerlo y por tanto no se puede hablar que por parte del despacho se infringió lo normado en ese acápite del artículo 43. (...)

Y es que la oficina a mi cargo no ha incurrido en vías de hecho pues lo que analizó es que efectivamente los menores, bajo la custodia de la madre estuvieron en grave peligro en referencia a su salud, ya que vivían en un sitio donde las condiciones atmosféricas les estaban causando problemas respiratorios, males que sólo se corrigieron cuando el I.C.B.F., entregó los menores al padre a través de la tía paterna.

Está bien que ahora la madre viva en otro sitio y que el mismo sea un poco diferente al lugar donde vivía, pero no hay que olvidar que desde finales de 2006 los menores viven al lado de la familia paterna y que su padre viaja constantemente para estar pendiente de ellos, ya que espera la decisión judicial para poder tramitar las visas para llevar a sus hijos a su lado y el de su esposa quienes son ciudadanos americanos y por ello tienen la posibilidad de que a los niños se les conceda la ciudadanía en los Estados Unidos, en donde, para nosotros no es un secreto, las condiciones son mucho mejores que las que en este instante tenemos en el país.

(...) la verdad es que las condiciones son mejores con el padre quien tiene un hogar constituido con una mujer como doña RAQUEL quien está deseosa de recibir a los menores como hijos, pues ese fue el trato inicial con la accionante, quien, reiteramos hizo un trato y después quiso desconocerlo.”

#### 1.5. Intervención de la apoderada del señor Salomón como coadyuvante del Juez Décimo de Familia de Cali

En el escrito de intervención la apoderada del señor Salomón solicita al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, negar por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Sarai contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.5.1. La señora Sarai aceptó voluntariamente realizarse cuatro (4) tratamientos de reproducción asistida con el fin de que el señor Salomón fuera padre.

1.5.2. No hay pruebas dentro del proceso de permiso de salida del país que demuestren la existencia de una relación entre Sarai y Salomón, pero si hay pruebas que confirman que la procreación de los menores se dio como resultado de un tratamiento de reproducción asistida.

1.5.3. El señor Salomón le envió a la señora Sarai, un total de cuarenta (40) giros, por un valor de dieciocho millones diecinueve mil pesos (\$18.019.000.00) para su control prenatal incluyendo el nacimiento de los niños, la EPS y los alimentos, los cuales se encuentran completamente acreditados dentro del proceso de salida del país de los menores. Estos dieciocho millones diecinueve mil pesos (\$18.019.000.00), divididos entre dieciocho (18) meses (nueve (9) meses de gestación y nueve (9) meses de edad de los menores al ser entregados a la familia paterna), da la suma de un millón un mil cincuenta y cinco pesos con cincuenta y cinco centavos (\$1.001.055.55), a los cuales se les resta el valor del aporte a la EPS por la suma de cuarenta y nueve mil pesos (\$49.000), de manera que le quedaba la suma de novecientos cincuenta y dos mil cincuenta y cinco pesos con cincuenta y cinco centavos (\$952.055.55) mensuales para su manutención y la de los niños. Teniendo en cuenta que no pagaba arriendo porque vivía con sus padres el interrogante es ¿en qué invirtió este dinero?

1.5.4. La señora Sarai debía cancelar los aportes a la EPS con los dineros que le enviaba el señor Salomón, luego la que está en mora con la EPS es ella.

1.5.5. El señor Salomón no pudo estar presente en el nacimiento de los niños por culpa de la madre, quien le ocultó el nacimiento de sus hijos y obstaculizó el reconocimiento de los mismos por el padre, al registrarlos sólo con su apellido, a sabiendas de que éste se encontraba en Vives dispuesto a reconocerlos.

1.5.6. En el informe de estudio socioeconómico y familiar de la familia materna presentado por la trabajadora social Claudia Yaneth Espinosa Rivera del ICBF centro Zonal Yumbo, figuran las razones que tuvo el ICBF para tomar medidas de protección a favor de los menores: llevar a los menores a un lugar altamente contaminado y al seno de una familia con antecedentes de violencia intrafamiliar. Los menores padecían de asma, la cual no estaba siendo tratada por un pediatra especializado en neumología y la madre impidió que el padre le diera asistencia médica adecuada a sus hijos.

1.5.7. El padre de los menores jamás se ha opuesto a que la madre tenga contacto con ellos, ni a que los visite, a pesar de que ella se ha sustraído injustamente a dar los alimentos que por ley le corresponde de acuerdo con sus capacidades económicas.

1.5.8. No es relevante con quien viva la señora Sarai, pues este hecho nada tiene que ver con el bienestar de los menores, “lo que sí es cierto es que viva con quien viva no le puede brindar a los menores el mismo o mejor bienestar y calidad de vida que les está dando el padre desde el 20 de Diciembre de 2006.”

1.5.9. No existen pruebas fehacientes dentro del proceso de permiso de salida del país de los menores que demuestren que la señora Sarai esté cumpliendo con la obligación que tiene de dar alimentos. El ofrecimiento que se hizo fue fugaz, porque sólo aportó dos (2) cuotas.

1.5.10. El señor Salomón jamás ha pretendido comprar a sus propios hijos y nunca ha desconocido que la señora Sarai es su madre biológica, pero eso no le impide darle a sus hijos un mejor bienestar y una mejor calidad de vida.

1.5.11. Los menores no reconocen como madre a la señora Sarai por “el tiempo tan corto que ella les dedicaba, las visitas eran más de tipo social que afectivas”.

1.5.12. La señora Sarai nunca se interesó en llevar a sus hijos a su nuevo apartamento en Cali, no se preocupó porque ellos disfrutaran la ropa y los juguetes que decía tener en el lugar que les había preparado. Nunca se preocupó por pasar un fin de semana con sus hijos, ni por su salud, ni se interesó por saber de los tratamientos médicos que se les hacían cuando sufrían la crisis de asma, ni conocía los medicamentos que tomaban, ni llamaba a preguntar por ellos. “Desde el 20 de diciembre de 2006 no sabe que es pasar un fin de semana con sus hijos, no sabe que es bañarlos, vestirlos, llevarlos a un parque, a donde un médico, comprarles un helado, no se ha preocupado por saber si ya cuentan con todas las vacunas y el interés por darles a sus hijos lo que por ley les corresponde de acuerdo a sus capacidades económicas fue efímero porque ofreció alimentos y sólo cumplió dos meses.”

1.5.13. La sentencia No. 395 de agosto 29 de 2008 del Juzgado Décimo de Familia de Cali no pone en peligro los derechos fundamentales de los menores Samuel y David, “al

contrario los protege como está demostrado con todo el acerbo probatorio aportado a dicho proceso (...) porque los menores desde el 20 de diciembre de 2006, han formado una familia con su padre y la señora Raquel, es el núcleo familiar que ellos reconocen, estos menores al lado de su padre y de la señora Raquel, han podido hacer efectivo ese derecho tan fundamental para todo ser humano, como lo es el de tener una familia y unos padres.”

1.5.14. El señor Salomón no tiene porque aportar el registro civil de matrimonio porque no se trata de demostrar la calidad de cónyuge de la señora Raquel, ni aportar cédula o pasaporte para demostrar que no es un indocumentado, como tampoco sus títulos profesionales, ni determinar su capacidad económica, ni los de su esposa porque debe operar la presunción de buena fe y no son necesarios para demostrar que ha sido un padre responsable y que el vínculo afectivo que los une es muy positivo para su desarrollo integral y armónico.

1.5.15. Los menores Samuel y David “también tienen el legítimo derecho de tener un nivel de vida adecuado, de disfrutar del fruto del trabajo de su padre, y de ser poseedores de todas las cosas materiales que su padre posee, como son el de (sic) una casa propia, los vehículos y otras comodidades que también son necesarias para tener una buena calidad de vida.”

Finalmente, concluye que separar a los menores de su padre sería contraproducente para su desarrollo armónico e integral y desmejoraría las condiciones en que se encuentran.

## 2. Decisión de primera instancia

El proceso de tutela correspondió en primera instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, el cual mediante fallo No. 74 del 15 de septiembre de 2008, concedió la tutela interpuesta por Sarai. Sin embargo al conocer de la impugnación de esta sentencia por el padre de los menores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declaró la nulidad a partir del auto admisorio y ordenó su devolución al Tribunal Superior para reponer la actuación procurando la notificación oportuna de la Defensora de Familia adscrita al Juzgado Décimo de Familia de Cali y a la Procuradora Judicial II de Familia de Buga.

Una vez subsanada la actuación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2008, dejó sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali por haber incurrido en defecto fáctico y sustantivo. En defecto fáctico al haberse apartado del deber de sustentar sus decisiones en pruebas determinadas y haber omitido la aplicación de las reglas que permiten su evaluación. Y en defecto sustantivo por presentar problemas graves relacionados con una insuficiente sustentación de la actuación, haber desconocido la Declaración de los Derechos del Niño integrante del bloque de constitucionalidad, e ignorar el precedente constitucional, especialmente el previsto en la Sentencia T-808 de 2006, referente a un conflicto similar, y en las sentencias T-510 de 2003 y T-397 de 2004, relativas al interés superior del menor y a sus derechos fundamentales.

EL Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, ordenó al Juez Décimo de Familia de la misma ciudad, en consecuencia, dictar una nueva sentencia, con sujeción a los lineamientos expresados en la parte motiva, en un término máximo de quince (15) días, en los siguientes términos:

“Evaluada la motivación de la sentencia a la luz de los anteriores lineamientos normativos, nótese que aunque el sentenciador sí aludió al interés superior de los menores como guía de acción al tomar determinaciones, en la práctica no fue así, puesto que en lugar de evaluar de cara a los derechos de los niños si la salida del país y su radicación en los Estados Unidos les aseguraba su armónico desarrollo integral, se extravió en la averiguación de las particulares condiciones de cada padre para definir con quien de los dos estarían mejor, camino por el que arribó a la conclusión de que era el padre, con prescindencia de toda evaluación dirigida a establecer si con motivo de las continuas visitas de la madre, que las partes pacíficamente reconocieron existentes, se creó un vínculo afectivo con sus hijos, (lo que reclamaba prueba pericial), de modo que sobre dicha base pudiese evaluar si su rompimiento pudiese traerles consecuencias negativas en su desarrollo integral (...).

Desconoció, por otra parte, que la Declaración de los Derechos del Niño (...) integrante del bloque de constitucionalidad (...) contempla que: “salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”, reglas que el accionado pasó por alto por estar inspirado en la equivocada idea de que de lo que se

trataba era de hacer cumplir un contrato (...), objetivo en cuyo logro, a no dudarlo, se empeñó, y por ese camino extraviado arribó como destino al impensable extremo de reprocharle a la madre por haberse “apegado” a sus hijos (lo que lleva implícita la aceptación del accionado de que madre sí los ama, y que esto les impide a las de los hijos logrados por medio de sistemas de reproducción asistida!!), y por rehusar su entrega al padre no obstante saber que esa era su “obligación”, con lo que realmente atentó contra los aludidos derechos de los niños a recibir el amor y cuidado de sus padres en procura de su desarrollo integral. A esto se suma el hecho de que sin aludir a circunstancias que fuesen verdaderamente excepcionales, nada dijo que justificase con ese carácter la decisión de alejarlos de su lado, implícita en la autorización de salida del país. (...)

Tampoco tuvo en cuenta el precedente constitucional (...), según el cual, “en situaciones en que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza (...)” desconocimiento que el Tribunal detecta al observar las reflexiones del juez centradas en la descalificación de la madre en cuanto sustentada en su precaria condición económica, con el ingrediente adicional que la evaluó conforme a las circunstancias del pasado cuando vivía en Vijes y subestimó las actuales, de quien fue preponderante en sus apreciaciones el empeño de señalarla como parte contractual incumplida en un negocio jurídico de alquiler de vientre (...).

Finalmente, el juez de tutela señaló: “A los anteriores desaciertos se suma el de mayor entidad resultante de advertir que el fallo cuestionado se produjo antes de la decisión sobre la custodia, aspecto de vital importancia en la definición de este asunto, en la medida en que, es lógico entender que el permiso lo solicitara el padre si se le atribuye, porque, de lo contrario, lo que en la práctica significa su obtención en circunstancias de ahora, es encubrir tras las apariencias de una petición en este sentido, lo que en verdad es una asignación de custodia.”

### 3. Impugnación de la decisión de primera instancia

El señor Salomón, mediante apoderado debidamente constituido, impugnó la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con base en los

siguientes argumentos:

3.1. Desconoce la presunción de buena fe contemplada en el art. 83 de la Constitución Política. La dirección y las particulares circunstancias positivas de vida del actor, están relacionadas en los hechos de la demanda, en las pruebas testimoniales y en los informes de estudio socio familiar del ICBF Centro Zonal Yumbo y Centro Zonal La Ladera de Cali.

3.2. La madre y su familia cometieron varios atropellos contra el padre de los menores, los cuales fueron relatados a lo largo de todo el proceso de salida del país y demostrados dentro del mismo, como por ejemplo: no permitir que estuviera presente en el nacimiento de sus hijos al ocultarle la fecha de nacimiento; no permitir su presencia como acompañante en el hospital y someterlo al horario de visitas; obstaculizar el reconocimiento de sus hijos y no tenerlo en cuenta para la escogencia de sus nombres; no permitirle visitar a sus hijos; no permitirle llevar a los menores donde un pediatra especializado en neumología para tratar el asma que no estaba siendo tratada adecuadamente en el hospital de Vijes.

3.3. Está plenamente probado en el proceso de salida del país que la salud de los menores ha tenido una excelente mejoría desde que están con la familia paterna tal y como consta en las historias clínicas que se anexaron al proceso y en el informe de Estudio Socio familiar del ICBF Centro Zonal Yumbo, del 9 de febrero de 2007.

3.4. Los menores vivían en la casa materna un ambiente de violencia intrafamiliar negativo y perjudicial, debido a las continuas agresiones y peleas entre sus abuelos maternos y entre el abuelo materno y sus hijos, situaciones que han trascendido la esfera familiar y de vecindad, de las cuales tuvieron conocimiento la Comisaría de Familia y la Personería Municipal de Vijes. De lo cual es fácil concluir que Sarai cambió de residencia y se fue a vivir a Cali, por las continuas peleas con su padre y no por el amor que dice tener por sus hijos, hecho confirmado por su incumplimiento injusto de la obligación de dar alimentos, de acuerdo a sus capacidades económicas.

3.5. Está plenamente demostrado que Salomón cuenta con las mejores condiciones para asegurarles a los menores un desarrollo armónico e integral, tiene contacto directo y permanente con ellos, es quien atiende todos los gastos de manutención, y los mantiene en óptimas condiciones como lo han podido constatar las trabajadoras sociales del ICBF en

sus visitas de seguimiento, rodeados de afecto, respeto y con sus necesidades básicas satisfechas. El Tribunal no ha valorado el amor, cuidado y protección que el señor Salomón ha dado a sus hijos y desconoce que “las cosas materiales también cuentan (...) porque son importantes y necesarias para tener una buena calidad de vida, un mejor bienestar y un futuro asegurado que los menores no tendrían al lado de la madre.”

3.6. El señor Salomón no puede conformar una familia con la señora Sarai, madre biológica de los menores por tener un matrimonio estable desde hace catorce (14) años con la señora Raquel. El apoyo dado por la señora Raquel, ha sido fundamental en el bienestar de los menores y el vínculo con la señora Sarai es casi nulo, pues los niños no la reconocen como madre. En consecuencia, separarlos del padre sería una ruptura que les ocasionaría a los menores perturbaciones psicológicas, porque lo quieren mucho, les ha dado bienestar en todos los sentidos y una mejor calidad de vida, como lo demuestra todo el acervo probatorio en el cual no se encuentra una sola prueba en contra del padre.

3.7. La señora Sarai es una mujer de veinticuatro (24) años de edad<sup>3</sup>, que en cualquier momento puede tener un compañero sentimental que podría resultar no idóneo, sin que además en nuestro medio exista la posibilidad de que alguien se encargue de averiguar la idoneidad sicofísica de los padrastros.

3.8. Se observa que en la sentencia se trata de cuestionar la relación afectiva que tienen los menores con la señora Raquel, sin tener en cuenta que los niños tienen derecho a una familia, que no necesariamente tiene que ser la familia constituida por padre y madre biológicos, que les proporcione todo lo necesario para su adecuado desarrollo. La familia conformada por Salomón y Raquel es el núcleo familiar de Samuel y David, el que les brinda el afecto, el amor y el cuidado que les garantiza el pleno ejercicio de sus derechos.

3.9. Reitera además todos los argumentos expuestos en la contestación de la acción de tutela y concluye que la accionante está utilizando la tutela para solucionar errores y omisiones que no corrigió en el momento procesal oportuno y crear una segunda instancia frente a un proceso que es de única instancia.

#### 4. Resolución de la impugnación

El 24 de febrero de 2009, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decidió confirmar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito de Cali por vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Sobre el particular expresó la Sala de Casación Civil:

“(…) las reflexiones del funcionario judicial no parecen encaminadas a resolver, en los términos del artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el permiso de salida de los menores del país, sino a efectuar consideraciones atinentes, más bien, a cuál de los padres estaba mejor habilitado para criarlos y educarlos, materia ciertamente objeto de otro de determinaciones judiciales. Esta conclusión se ve corroborada, además, por la circunstancia consistente en que el funcionario acusado autorizó la salida de los niños de forma definitiva - o indefinida, si se quiere-, y no de manera temporal, como corresponde a la naturaleza de la citada autorización y lo tiene establecido expresamente la mencionada disposición.”

Así mismo la Corte Suprema señaló:

“Evaluada la providencia objeto de análisis por la Sala, se concluye que en la misma se desconoció lo preceptuado por el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil en cuanto a que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (...). También debe destacarse que la decisión del funcionario judicial acusado consideró la situación económica de la madre, particularmente su pobreza, como un factor determinante en su decisión, sin tener en cuenta, como en pretérita oportunidad la Sala dijo que “(...) no es aceptable privar a la menor (nombre bajo reserva) de la posibilidad de desarrollarse en el seno de su familia, pues si bien sus progenitores no demostraron que puedan atender por sí solos sus necesidades básicas, no debe olvidarse que, en estos casos, el Estado tiene obligación de tomar las medidas de protección que sean necesarias para la atención integral de la niña, pero, por supuesto, sin que por el mero hecho de las penurias económicas de sus padres, les pueda ser arrebatada (Sentencia de 28 de julio de 2005, Exp. No. 00049-01).”

De otra parte, aun cuando se ha acreditado en el curso de la impugnación que en atención a lo establecido en la decisión antes mencionada, los menores hijos de la accionante efectivamente viajaron a los Estados Unidos de América, salida que se llevó a

cabo el día 5 de septiembre de 2008, fecha que coincide con la admisión de la presente acción de tutela por el a quo, no puede considerarse tal circunstancia como obstáculo para brindar la protección solicitada, ya que tal eventualidad en manera alguna traduce que haya cesado la vulneración de los derechos fundamentales invocados.”

#### \* 5. Incidente de desacato

El 26 de junio de 2009, la madre de los menores, Sarai, solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, iniciar incidente de desacato al Juez Décimo de Familia de Cali, por haber hecho caso omiso de lo ordenado por este Tribunal en el fallo de tutela del 10 de diciembre de 2008, confirmado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia cuatro meses antes, a través de la sentencia del 24 de febrero de 2009. Al respecto manifestó la madre de los menores:

“Honorables magistrados ustedes solo le dieron 15 días para dictar una nueva Sentencia e igualmente la SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, confirma el fallo de tutela, como es posible que esos quince días que se le dieron al Juzgado una vez quedara en firme el fallo de la sala se han convertido en cuatro meses, meses en los cuales la vulneración a mis derechos y a los derechos de mis hijos no han cesado.

Han sido cuatro meses en los cuales no he podido tener contacto ni siquiera telefónico con mis hijos y el Juzgado Décimo de Familia quien esta (sic) en la obligación de actuar conforme a Derecho lo único que ha hecho es dilatar injustificadamente una orden que ustedes y la Sala de Casación le ha impartido (...)”. 4

El Juez Décimo de Familia de Cali presentó como excusa el hecho de que la sentencia del Tribunal había sido impugnada y luego seleccionada para revisión por la Corte Constitucional.

La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante providencia del 27 de agosto de 2009, resolvió el incidente, sancionando al Juez Décimo de Familia

con arresto de dos (2) días y multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales a favor de la Nación, además de conminarlo a que dentro de las doce (12) horas siguientes a la notificación de la sanción, cite para audiencia de fallo y proceda a dictar sentencia, dentro del término máximo de cinco (5) días, conforme a los términos del fallo de tutela del 10 de diciembre de 2008.5

\* 6. Nueva sentencia del Juzgado Décimo de Familia de Cali (segunda sentencia)

El Juez Décimo de Familia de Cali en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, mediante providencia del 10 de diciembre de 2008, procedió a dictar una nueva sentencia bajo el N° J.334, de julio 7 de 2009.

En esta sentencia negó las pretensiones de la demanda de permiso para salir del país de los menores Samuel y David, insistiendo, sin embargo, en que la madre “no cuenta con las condiciones idóneas para asumir la custodia y cuidado personal de los niños Samuel y David”, de conformidad con los estudios socio familiares realizados por el ICBF.

En este fallo dio además por probados los siguientes hechos:

(i) Entre los señores Salomón y Sarai existió un contrato, cuyo objeto era la maternidad subrogada o alquiler de vientre, en el que ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel.

(ii) De acuerdo con las disposiciones civiles colombianas, no hay una subrogación de la maternidad ya que ésta no puede establecerse por simple convención.

(iii) En nuestro medio y de acuerdo a los índices de pobreza tan altos, el alquiler de vientres se ha convertido en tabla de salvación para muchas mujeres que a veces arriesgando su vida, prestan su cuerpo para que otros puedan ser padres.

(iv) En nuestro país, hasta ahora, el alquiler de vientres no es legal, ni ilegal, porque no existen un código o una ley que lo prohíba.

(v) El artículo 42 de la Carta Política reconoce que los hijos procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, en consecuencia, resulta válido afirmar que constitucionalmente es madre en el caso de un contrato de gestación sustitutiva, la madre genética. Por tanto, en el presente caso, no es materia de discusión que la madre de los menores Samuel y David, es la señora Sarai.

(vi) Lo que sí es objeto de discusión es por qué si la señora Sarai hizo un contrato verbal con el señor Salomón, por el cual recibió una alta suma de dinero, además de otros beneficios como la afiliación a la EPS, decide finalmente quedarse con los niños y desconocer los derechos del padre, razón por la cual éste decide recurrir a las autoridades competentes para hacer valer sus derechos.

(vii) Las diferentes autoridades que inicialmente conocieron del caso (Bienestar Familiar, Comisaría y Juzgado de Vives) consideraron pertinente que ante la situación que estaban atravesando los menores, no continuaran bajo el cuidado personal de la madre si no de la tía paterna, Isabel, de manera provisional, y posteriormente, ratificaron la custodia en cabeza del padre.

(viii) A partir del 20 de diciembre de 2006, los menores se encuentran bajo la custodia y cuidado personal de la familia paterna, circunstancia que le ha permitido mejorar su salud notablemente.

(ix) Durante todo el tiempo que los niños han permanecido con la familia paterna, la madre ha tenido la oportunidad semanalmente de visitarlos, a pesar de que no ha colaborado económicamente para su manutención.

## 7. Actuación surtida luego de la resolución del incidente de desacato

Aunque el Juez ya había proferido un nuevo fallo, que correspondió a la sentencia N° J.334 del 7 de julio de 2009, procedió mediante auto interlocutorio J.1397 del 31 de agosto de 2009, a dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, como resultado del incidente de desacato, en los siguientes términos: “deja sin valor la sentencia J.334 del 7 de julio de 2009 y procede a fijar el día (8) de septiembre de 2009 a las 3 de la tarde como fecha y hora para proferir el fallo, dentro del cual se tendrá en cuenta lo ordenado en la sentencia de tutela del 10 de

diciembre de 2008".6

Posteriormente, el Juez Décimo explicó su proceder en este asunto así:

"(...) quiero referirme al incidente de desacato en donde en su punto segundo (2), se ordena que se emita una nueva sentencia en un término perentorio de cinco (5) días después de realizada la notificación a las partes. Pero cuando se resuelve el incidente de desacato no se dijo nada de la segunda sentencia que emitió este despacho el día 7 de julio de 2009 en donde se negaron las pretensiones de la demanda, fallo del (sic) cual se envió con oficio al Honorable Magistrado Ponente. Como no sabíamos si con el desacato se estaba nulitando (sic) o no nuestra segunda sentencia, pues ni en la parte resolutive ni en su parte considerativa se dijo nada de dicha sentencia, es por lo que el Juzgado decreta la nulidad de su segunda sentencia o sea la No. J 334 de 7 de julio de 2009, teniendo como único argumento para ello lo que se dijo en el punto segundo de la parte resolutive del desacato y es así cuando se profiere la tercera sentencia en septiembre de 2008.

(...) en el trámite del desacato debió el Honorable Magistrado de la tutela requerir a este juzgador para que cumpliera la orden, pero nunca lo hizo, tramitando de inmediato el desacato y sancionando a este funcionario".7

#### 8. Nueva sentencia del Juzgado Décimo de Familia de Cali (tercera sentencia)

Efectivamente el 8 de septiembre de 2009, el Juez Décimo de Familia de Cali dictó la sentencia No. 416h, en la que decidió negar las pretensiones de la demanda de permiso de salida del país de los menores Samuel y David. Advierte el Juez que en esta oportunidad "dictará la sentencia con base en los puntos expresamente señalados en el fallo que le concedió la tutela a favor de la señora Sarai" y con fundamento en ellos, no sin antes reiterar que los niños se encuentran en excelentes condiciones en el hogar paterno y que la decisión de retirar la custodia y cuidado personal a la madre fue tomada previamente por el ICBF y el Juzgado Promiscuo de Vijes. Expone las siguientes consideraciones:

(i) La señora Sarai ha hecho un esfuerzo por mejorar sus condiciones económicas y de vivienda, lo que la ha llevado a que se sienta con la capacidad de poder tener a sus

hijos y brindarles el desarrollo integral que requieren, obviamente de acuerdo a sus capacidades económicas, pero con el amor y el cariño que como madre puede darles.

(ii) A pesar de las condiciones de inferioridad económica de la madre respecto del padre, debido a la corta edad de los menores (3 años cumplidos), hay que considerar que requieren en esta edad estar al lado de su madre, así no cuente con los recursos necesarios, máxime cuando existe un padre que debe colaborar en todo lo que sea necesario para que los niños alcancen el desarrollo integral que merecen.

(iii) No ha habido por parte de los padres de los niños tratos crueles ni inhumanos, ni degradantes, no ha habido abusos y no se ha cometido contra ellos ningún tipo de violencia, y si bien sufrieron algunos quebrantos de salud al inicio de su convivencia con la madre, esto se debió ante todo a las condiciones de insalubridad que presentaba el sector donde residían en Vijes, y no a la intención de la madre de causarles daño.

(iv) En esta oportunidad no tendrá en cuenta para dictar sentencia, la situación económica de la madre, ni sus circunstancias del pasado cuando vivía en Vijes, ni siquiera el negocio jurídico de alquiler de vientre, ya que dichos aspectos fueron tomados por su Superior como “unos desaciertos al tenerlos en cuenta”, pues antes que todo debía tomarse una decisión sobre la custodia de los menores, de vital importancia para la definición de la salida de los niños del país.

Por otra parte, en esta providencia el Juez dio por probados los siguientes hechos:

(i) Los señores Salomón y Sarai son los padres extramatrimoniales de los menores Samuel y David, procreados mediante reproducción asistida y nacidos el 21 de marzo de 2006 en la ciudad de Cali.

(ii) Los señores Salomón y Sarai, nunca han convivido ni han tenido una relación de pareja.

(iii) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Yumbo, Valle del Cauca, a petición de la Juez Promiscua Municipal de Vijes, realizó un estudio socioeconómico y familiar a la señora Sarai y a su entorno familiar, el cual concluyó que no estaba en

condiciones físicas, morales y económicas que le permitieran brindar a los menores, unas mejores condiciones para el adecuado desarrollo físico, mental, moral y social que a su edad requieren.

(iv) La madre de los menores ha incumplido injustamente sus obligaciones alimentarias desde el 20 de diciembre de 2006, y por este hecho el padre instauró denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación URI, el 19 de octubre de 2007.

(vi) El señor Salomón reside con su esposa en Sterling, Massachussetts, EE.UU., “desde hace varios años, donde tiene una vivienda digna con todas las comodidades para ofrecerles a los niños una buena calidad de vida, un ambiente sano y todo lo necesario que ellos requieran. Los niños Samuel y David, tienen derecho de crecer en el seno de una familia como el que les está brindando su padre junto a su esposa la señora Raquel.”

(vii) El señor Salomón tiene además su familia radicada en Colombia, la que visita en sus vacaciones y tiene un apartamento en un segundo piso en la casa materna, ubicada en el barrio Olímpico de Cali.

9. Acción de tutela interpuesta por el padre de los menores, a través de apoderada, contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali

El 9 de septiembre de 2009, la apoderada del señor Salomón interpuso acción de tutela contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali, por la vulneración de los derechos fundamentales de acceso efectivo a la administración de justicia, presunción de buena fe, igualdad ante la ley por razón de género, debido proceso y cosa juzgada del señor Salomón; y la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores a tener una familia, al cuidado y al amor y a entrar y salir del país libremente.

El accionante consideró que el Juez Décimo de Familia de Cali al proferir la sentencia No. 416h del 8 de septiembre de 2009, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo, porque (i) no realizó una adecuada valoración probatoria, (ii) decidió sobre un asunto en relación con el cual ya había una decisión en firme, contenida en la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008 en la que había autorizado la salida del país de los menores y (iii) no tuvo en cuenta al negar la petición de salida del país de los menores, la prevalencia del interés superior de estos y el derecho a tener una familia y a no ser

separado ella.

#### 10. Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia

La acción de tutela anterior fue decidida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, sala de Familia, mediante providencia del 24 de septiembre de 2009, a favor del accionante. En ella dejó sin efecto la Sentencia No. 416h del 8 de septiembre de 2009, por haberse configurado un defecto fáctico que convirtió tal decisión judicial en una vía de hecho.

Para el Tribunal, el Juez Décimo de Familia de Cali “en su afán de dar cumplimiento a lo ordenado en la mencionada sentencia (fallo de tutela del 10 de diciembre de 2008 de este mismo Tribunal), en la que en forma alguna se le sugirió, menos se le impuso, que dictará (sic) fallo en uno u otro sentido, incurre nuevamente en yerro a partir de un pobre análisis del caudal probatorio arrimado al proceso, con el cual definitivamente vulnera, ahora al demandante, la garantía fundamental al debido proceso.”<sup>8</sup>

En relación con la valoración de las pruebas recaudadas, el tribunal identificó dos problemas centrales: (i) valoración superficial y contradictoria, en la que se omite señalar de manera puntual el elemento de convicción con base en el cual funda su certidumbre respecto de determinado hecho y el grado de verdad que le entrega a uno u otro medio de prueba, que le condujo a concluir que “la decisión que ahora se toma es por que (sic) no existen circunstancias excepcionales para apartar a la señora SARAI de sus hijos”<sup>9</sup>; y (ii) enfoque de análisis de las pruebas centrado en la determinación de las circunstancias personales de cada padre, sin que se haya establecido si están dadas las condiciones que permitan decidir si resulta o no conveniente la salida del país de los menores, en orden a que se imponga la prevalencia del interés superior de los niños, salida que “indiscutiblemente es de carácter temporal”.<sup>10</sup>

Además, encuentra el Tribunal que el Juez accionado incurrió en una indebida motivación del fallo que desconoce el debido proceso, puesto que el fundamento para cambiar el sentido del mismo fue “en cumplimiento de lo presuntamente: ‘sugerido’ u ‘ordenado’ por el juez constitucional, situación que naturalmente no puede colegirse del fallo de tutela del 10 de diciembre de 2008 proferido por la sala de Familia de este Tribunal, saltando a la vista, relevante por su deficiencia, la motivación debida en lo

atinente con las razones por las cuales se niegan ahora las pretensiones de la demanda (...)”<sup>11</sup>. Circunstancia que considera especialmente grave cuando se encuentran involucrados los intereses jurídicos de menores de edad que gozan de especial protección por parte del Estado.

En consideración a estos argumentos, el Tribunal conminó al Juez Décimo de Familia de Cali a dictar una nueva sentencia en el término máximo de diez (10) días, teniendo en cuenta los parámetros señalados en la parte motiva de la providencia, y en especial, haciendo una adecuada valoración de las pruebas aportadas y exponiendo de manera clara y precisa las consideraciones de la respectiva decisión.<sup>12</sup>

Esta sentencia fue impugnada por el apoderado de la señora Sarai con el argumento de que no era procedente la acción de tutela contra providencias que deciden un incidente de desacato, puesto que la sentencia recurrida “obedeció a un procedimiento especial o constitucional”. No obstante, antes de que se decidiera la impugnación por la Corte Suprema de Justicia, el Juez Décimo de Familia de Cali profirió una nueva sentencia, el 13 de octubre de 2009, bajo el No. J.498.

#### 11. Nueva Sentencia del Juzgado Décimo de Familia de Cali (cuarta sentencia)

El Juzgado Décimo de Familia de Cali en Sentencia No. J.498 del 13 de octubre de 2009, negó las pretensiones de la demanda de permiso de salida del país de los menores Samuel y David, por ineptitud sustantiva de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

(i) “Como se puede apreciar las pruebas que obran en el proceso son bien variadas y de todo tipo (...) si se analiza detenidamente llevan a que la balanza se incline a favor del señor SALOMÓN y es por eso mismo que tendría que considerarse la posibilidad de poder otorgarle el permiso para que él pudiere salir del país junto con sus dos hijos menores (...).”

(ii) “Es requisito indispensable que se mencione el tiempo de permanencia de los niños en el exterior. En el presente proceso (...) el permiso que se solicita es para que los niños residan de manera permanente en los ESTADOS UNIDOS, por tanto la demanda presentada no cumple con dicho requisito de señalar el tiempo de permanencia de los

niños en el exterior, teniendo en cuenta a demás (sic) que el mismo Artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia (sic) tendrá vigencia por sesenta días hábiles contados a partir de su ejecutoria.”

(iii) “Consideramos que en este caso sería mejor que se intentara, como ya se hizo, la suspensión o privación de la patria potestad, pues obtenida la misma ya no se requeriría del permiso que por este procesos e solicita.”

(iv) “También se podría intentar el cambio de domicilio de los menores, pues este, a diferencia del permiso de salida del País que es por un tiempo determinado, como su nombre lo dice es para que el menor o los menores en este caso puedan radicarse en otro País.”

(v) “En conclusión ha sido errada la petición hecha con la demanda, porque si lo que se pretendía era que los menores SAMUEL Y DAVID, se fueran a vivir al lado de su Padre y de su esposa a los EE.UU., tenían que haber manifestado el tiempo que iban a permanecer con ellos con el permiso que ya se ha dicho es temporal.”<sup>13</sup>

12. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó la providencia del 24 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al decidir la impugnación formulada

Mediante providencia del 4 de noviembre de 2009, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó la providencia del 24 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fundamento en los siguientes argumentos: (i) el Juez Décimo de Familia de Cali al expedir la sentencia No. 416h del 8 de septiembre de 2009 no vulneró el principio de la cosa juzgada ni el derecho al debido proceso porque el cambio en la decisión (negar el permiso de salida del país) basado en los mismos hechos que lo habían llevado a concederlo, no constituye un proceder arbitrario o eminentemente subjetivo capaz de estructurar una vía de hecho, ya que su decisión estaba debidamente argumentada; y (ii) la acción de tutela no constituye un recurso más para controvertir las decisiones judiciales o buscar una nueva valoración de las pruebas recaudadas.

Esta decisión revivió la providencia No. 416h del 8 de septiembre de 2009, expedida por

el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

### 13. Pruebas ordenadas por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional

Mediante autos del 11 de junio y 23 de septiembre de 2009, la Sala Segunda de Revisión solicitó las pruebas que a continuación se presentan.

#### 13.1. Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes, Valle del Cauca

Se solicitó al Juzgado informar sobre el estado actual del proceso de custodia y cuidado personal instaurado por el señor Salomón contra la señora Sarai y remitir copia del expediente respectivo.

Respuesta del Juzgado promiscuo Municipal de Vijes, Valle del Cauca

La Juez Promiscua Municipal de Vijes mediante oficio del 19 de junio de 2009, remitió las copias solicitadas dentro del proceso que por custodia y cuidado personal adelanta su despacho, en el que obra como demandante el señor Salomón y como demandada la señora Sarai, bajo radicación 2000800009-00.14

#### 13.2. Juzgado Décimo de Familia de Cali

Se solicitó a dicho Despacho informar sobre el estado actual del proceso de privación de la patria potestad instaurado por el señor Salomón contra la señora Sarai, y en caso de haberse proferido fallo, copia del mismo, e informar igualmente sobre el cumplimiento de las órdenes que se hayan impartido en éste.

Respuesta del Juzgado Décimo de Familia de Cali

El Juez Décimo de Familia de Cali certificó, con fecha 19 de junio de 2009, que en su despacho cursa el proceso de privación de patria potestad propuesto por Salomón contra Sarai, el cual se encuentra en la etapa de pruebas.<sup>15</sup>

Posteriormente, mediante oficio del 29 de septiembre de 2009, el Juzgado Décimo de Familia de Cali, expide certificación sobre las diferentes pruebas que se recibieron por ese despacho entre el 18 de septiembre de 2008 y el 23 de septiembre de 2009 dentro del proceso de privación de la patria potestad (No.

2.007-00914).16

Por oficio del 27 de octubre de 2009 envió copia a esta Corporación de la Sentencia J.498 del 13 de octubre de 2009, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda de permiso de salida del país de los menores Samuel y David.

### 13.3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal de Yumbo

Se le solicitó informar sobre los procesos de asignación de custodia temporal de los menores Samuel y David, que cursaron en ese Centro Zonal y copia del expediente correspondiente. En el informe debe referirse expresamente al tipo de diligencia que se llevó a cabo el día 20 de diciembre de 2006 con la apoderada del señor Salomón y la señora Sarai. Enviar copia de la citación a ésta diligencia, de la notificación de la misma y del acta respectiva.

### Respuesta del ICBF, Centro Zonal de Yumbo

La Coordinadora del Centro Zonal de Yumbo a través de oficio del 1 de julio de 2009 informó que la historia sociofamiliar 76L 144-2006, correspondiente a los niños Samuel y David, había sido trasladada al Centro Zonal Ladera de la ciudad de Cali, el 21 de febrero de 2008 a solicitud de la señora Sarai, por encontrarse residiendo en dicha ciudad.17

### 13.4. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Ladera de Cali

Se requirió informar sobre los procesos de asignación de custodia temporal de los menores Samuel y David, y copia del expediente correspondiente (citaciones, notificaciones, pruebas documentales, informes socio familiares y actas respectivas). Tal informe debe referirse expresamente al tipo de diligencia que se llevó a cabo el día 20 de diciembre de 2006 con la apoderada del señor Salomón y la señora Sarai. Además debe anexar copia de la citación a esta diligencia, la notificación de la misma y el acta respectiva.

### 13.5. División de Extranjería del Das

Certificación sobre la presunta salida del país de los menores de edad Samuel (Nuip No.

xxxx) y David (Nuip No. xxxx), en compañía de su padre Salomón (C.C. No. xxxx de Cali), el 5 de septiembre de 2008 con destino a Estados Unidos (Sterling, Massachussets), así como de las entradas y salidas del país que se hayan registrado con posterioridad a esta fecha.

Respuesta de la División de Extranjería del Das

Mediante oficio del 17 de junio de 2009 el Das envió copia de la planilla de registro de viajes de la Subdirección de Asuntos Migratorios, Grupo de Estadística, en la que está registrada la salida del país de los menores Samuel y David, por el aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá con destino a la ciudad de Washington, EE.UU., el día 5 de septiembre de 2008. En compañía de su padre, Salomón.<sup>18</sup>

13.6. Centro Biomedicina Reproductiva del Valle S.A., Fecundar

13.6.1. Informar sobre la atención integral que suministra a las parejas extranjeras que presentan problemas de fertilidad y los protocolos o reglamentos establecidos por el centro para la prestación de sus servicios.

13.6.2. Informar sobre la atención prestada a los señores Salomón y Raquel y por su intermedio a la señora Sarai, que contenga fechas exactas, personal médico responsable, exámenes efectuados, la correspondencia y comunicaciones escritas relativas al caso, cuentas de cobro y facturas de pago, y demás documentos relacionados con los servicios prestados al matrimonio y a la señora Sarai.

13.6.3. Copia del expediente médico, con todos los exámenes y evaluaciones practicados a la señora Sarai.

13.7. Doctor Marco Julio Velásquez Vega, director del programa de fertilización in vitro del Centro de Reproducción Asistida Fecundar

13.7.1. ¿Si el matrimonio conformado por Salomón y Raquel, así como la señora Sarai, recibieron tratamiento médico y asistencia psicológica y legal, y en caso afirmativo de qué tipo?

13.7.2. ¿Cuál fue el procedimiento y los criterios empleados para la selección de la

señora Sarai dentro del proceso tendiente a obtener la donación de sus óvulos y el alquiler de su vientre en favor del matrimonio integrado por Salomón y Raquel? ¿Qué papel cumplió el matrimonio en este proceso?

13.7.3. ¿Bajo qué condiciones aceptó la señora Sarai donar sus óvulos y alquilar su vientre?

13.7.4. ¿Qué tipo de asistencia o atención le prestó Fecundar a la señora Sarai durante su embarazo?

13.7.5. ¿Se suscribió algún tipo de contrato o documento entre Fecundar y las partes involucradas? ¿Cuál fue el costo de los servicios prestados por Fecundar en este caso y quien los asumió?

13.7.6. Remitir copia de la historia clínica que reposa en dicho centro, de la señora Sarai, y de los resultados de los exámenes de laboratorio, médicos y evaluaciones psicológicas que le fueron efectuados antes, durante y después de los “ciclos con técnicas de reproducción asistida” que se le practicaron en el año 2004; y del consentimiento informado prestado por la señora Sarai para efectos de realizar el procedimiento denominado “ciclos con técnicas de reproducción asistida”.

Respuesta del Centro Biomedicina Reproductiva del Valle S.A., Fecundar y del Dr. Marco Julio Velásquez Vega

El doctor Marco Julio Velásquez Vega, director del Programa de IVF de Fecundar, suscribió el oficio de respuesta, con fecha 18 de junio de 2009, en representación de Fecundar y a nombre propio en los siguientes términos:

“1. El 5 de febrero del año 2002, consultó el Sr. Salomón y su esposa Sra. Raquel con el propósito de iniciar estudios y tratamiento ya que después de 8 años de vida marital no habían logrado tener hijos.

La señora tenía diagnóstico de una anovulación crónica por un síndrome de ovario poliquístico y una obstrucción de trompas uterinas. El esposo había tenido hijos en unión anterior y tenía el antecedente de tratamiento con quimio y radioterapia por un tumor tipo linfoma, con lo cual se había curado completamente pero le había alterado

su calidad espermática.

(...) se le practicó un ciclo de Fertilización In Vitro ( a la señora), el cual no fue exitoso pues no se logró el embarazo y además la señora Raquel presentó una complicación médica grave llamada Hiperestimulación ovárica, para lo cual necesitó un manejo médico especial.

El Centro de Medicina Reproductiva Fecundar, al no ser clara la reglamentación en Colombia sobre madre sustituta, recomienda este tratamiento siempre con una pariente o familiar, pero la pareja manifestó no tener una candidata con las condiciones requeridas, y solicitó el favor de que se le recomendara una persona.

2. Después de examinar y encuestar varias candidatas que pudieran servir de madre sustituta, se recomendó a la Sra. Sarai de 26 años (sic)19 en ese momento, febrero 21 del año 2004, la cual había sido recomendada por otra paciente del Centro, la Sra. Esperanza Reina Ramos.

Esta candidata se le (sic) evaluó desde el punto de vista médico, exámenes de laboratorio y departamento de psicología, encontrándola adecuada. Además tenía a su favor que ya era madre de una niña de 1 año de edad.

Aunque el Centro orientó en el arreglo económico a ambas partes, fueron ellos los que llegaron a un acuerdo definitivo que el Centro fecundar y el suscrito médico desconoce. La Sra. Sarai siempre tuvo asesoría de su señora madre doña Bárbara.

3. Se le practicaron 3 ciclos con técnicas de reproducción asistida, no siendo exitosa ninguna, todos realizados en el año 2004.

4. Finalmente, los pacientes se retiran del Centro y no se volvió a saber de ellos hasta el año pasado, en el cual el suscrito médico fue citado a declarar a un juzgado del municipio de Vijes y allí fue que nos enteramos que la señora Sarai, había tenido un embarazo gemelar y finalmente el nacimiento de dos niños masculinos.

5. El suscrito médico y fecundar desconocen qué médico o centro logró finalmente el embarazo y la técnica de reproducción asistida aplicada.

6. Así mismo desconoce el arreglo final que la pareja conformada por Salomón y Raquel y la Sra. Sarai acordaron, ya que el embarazo no se logró en Fecundar y nunca fue paciente nuestra durante el embarazo, ni le atendimos el nacimiento de los niños. (...).”<sup>20</sup>

Posteriormente, el doctor Velásquez Vega mediante comunicación del 29 de septiembre de 2009, manifestó a la Sala de Revisión, lo siguiente:

“Primero: La Sra. Sarai con cc. xxx se presentó a consulta por primera vez el 21 de febrero de 2004 voluntariamente y acompañada de su madre, para ser evaluada médicamente para ser madre sub-rrogada, de los señores Salomón y Raquel, quienes refirieron ser colombianos residentes en Estados Unidos.

Esta pareja se había sometido a un ciclo de Fertilización In Vitro en el año 2002 el cual fue fallido, pues no se logró el embarazo y la Sra. Presentó una complicación llamada hiperestimulación ovárica severa, por lo cual se recomendó no insistir con embarazos en ella y se recomendó una madre subrogada.

La pareja Salomón y Raquel entró en relación con la Sra. Sarai y lograron un acuerdo en el cual no intervino el suscrito médico, ni Fecundar.

A la Sra. Sarai se le realizaron los procedimientos de reproducción asistida en las fechas 30-abril-04, 1-julio-2004 y 25-sept-2004, sin obtener éxito en el sentido de lograra el embarazo.

Los pacientes ni acudieron más a Fecundar, por lo cual no podemos informar sobre el caso.

Los costos de los procedimientos realizados en Fecundar, fueron cubiertos por el Sr. Salomón como gastos de laboratorio y honorarios profesionales.

Segundo: En general, los servicios médicos prestados a los pacientes extranjeros y colombianos se realizan bajo los mismos protocolos y reglamentos y des el año 2005 en que fuimos certificados según las normas ICONTEC se realizan consentimientos informados a todos los pacientes, desde esa misma época las historias son sistematizadas y protegidas.

Tercero: En lo posible se recomienda que un caso de madre sustituta se haga entre

parientes”.21

Anexó historia clínica de la señora Sarai (folios 263 y 264, cuaderno No. 5 del expediente), en la que consta que la paciente tiene 21 años de edad, una hija de 13 meses completamente normal, nacida por cesárea y no tiene compañero sexual. Se le practica ecografía ginecológica y se le ordenan los siguientes exámenes: H.I.V, hepatitis C, hepatitis B, serología, toxoplasma, rubéola, hemograma, glicemia y uroanálisis.

### 13.8. Sociedad Unidad de Medicina Reproductiva Centro Médico Imbanaco de Cali

13.8.1. Informe sobre la atención integral que proporciona a las parejas extranjeras que presentan problemas de fertilidad y los protocolos o reglamentos establecidos por el centro para la prestación de sus servicios.

13.8.2. Informe detallado sobre la atención prestada al matrimonio integrado por Salomón y Raquel y a la señora Sarai, que contenga fechas exactas, personal médico responsable, atención médica prestada, exámenes efectuados, y las copias de los registros que la institución lleva sobre tal atención.

13.8.3. Copia del expediente médico, el cual debe contener todos los exámenes y evaluaciones practicados a la señora Sarai.

Respuesta de la Sociedad Unidad de Medicina Reproductiva Centro Médico Imbanaco de Cali

Mediante escrito del 22 de julio de 2009 el Gerente Clínico del Centro Médico Imbanaco, Dr. William Duarte Porras, MD., dio respuesta a lo solicitado por esta Sala de Revisión en los siguientes términos:

1. “La atención integral que se proporciona a las parejas extranjeras o nacionales que presentan problemas de fertilidad, al igual que los protocolos o reglamentos establecidos se realizan a través de la Sociedad Unidad de Medicina Reproductiva Centro Médico Imbanaco de Cali S.A. con Nit 805018402-7, en donde el Centro Médico Imbanaco de Cali S.A. con Nit 890307200-5 hace parte de dicha sociedad, por lo que lo solicitado, reglamentos y protocolos de fertilidad los maneja la Sociedad Unidad de Medicina Reproductiva Centro Médico Imbanaco de Cali S.A. Nit 805018402-7 (...).”

2. En cuanto al informe detallado sobre la atención prestada a los señores Salomón, Raquel y Sarai en el Centro Médico Imbanaco de Cali S.A., reseñó lo siguiente:

- Señor Salomón. CC. No. xxxx.

Fecha de atención: Julio 21 de 2005

Análisis de semen

Médico: Rafael Camacho

- Señora Raquel.

“No se encontró registro alguno.” Anexa certificación de Gestión Documental.

- Señora Sarai. CC. No. xxxx.

El Registro de la Unidad de Medicina Reproductiva presenta cuatro (4) consultas médicas con el ginecólogo Dr. Rafael Camacho Mafla:

- Consulta del 16 de febrero de 2005: en esta consulta la señora Sarai, de 21 años de edad, manifiesta que lleva un año tratando de quedar embarazada, que su esposo, Salomón, vive en Estados Unidos y las relaciones son escasas. En consecuencia desea tratamiento de inseminación y congelación de semen. Informa que tiene una hija de dos años y medio de otro compañero.<sup>22</sup>

- Consulta del 24 de junio de 2005: cita de control. En la historia figura que la señora Sarai desea que se le realice la inseminación intrauterina en el mes de agosto. El Dr. Camacho le ordena una ecografía y le formula un medicamento.<sup>23</sup>

- Consulta del 11 de julio de 2005: cita de control.<sup>24</sup>

- Consulta del 9 de agosto de 2005: cita de control.<sup>25</sup>

Además, en el Registro de la Unidad de Medicina Reproductiva figuran los siguientes documentos que se presentan por orden cronológico:

\* Junio 30 de 2005

Consentimiento informado para el tratamiento de la infertilidad con técnica de reproducción, firmado por Sarai con CC. No. xxxx de Cali, y Carlos Enrique Narváez, no figura documento de identidad, en calidad de esposos.<sup>26</sup>

Consentimiento criopreservación de embriones suscrito por los esposos Sarai (CC. No. xxxx) y Carlos Enrique Narváez, residentes en la Cr. 3 No. 1-60 de Vijes.<sup>27</sup>

\* Julio 11 de 2005

Prueba de Mock Transfer.<sup>28</sup>

\* Julio 25 de 2005

Registro del procedimiento de aspiración folicular guiada por ECO. Se aspiraron 12 oocitos.<sup>29</sup>

\* Julio 27 de 2005

Registro de transferencia de cuatro (4) embriones y de embarazo. En este documento figuran los esposos Sarai y Salomón.<sup>30</sup>

13.9. Doctor Rafael Alberto Camacho del Centro Médico Imbanaco de Cali

13.9.1. ¿Si el matrimonio conformado por Salomón y Raquel, así como la señora Sarai, recibieron tratamiento médico y asistencia psicológica y legal por parte del Centro Médico Imbanaco, y en caso afirmativo de qué tipo?

13.9.2. ¿Cuál fue el procedimiento seguido por el Centro Médico Imbanaco para la selección de la señora Sarai dentro del proceso tendiente a obtener la donación de sus óvulos y el alquiler de su vientre en favor del matrimonio conformado por Salomón y

Raquel? ¿Qué papel cumplió el matrimonio en este proceso?

13.9.3. ¿Bajo qué condiciones aceptó la señora Sarai donar sus óvulos y arrendar su vientre?

13.9.4. ¿Qué tipo de asistencia o atención le prestó el centro Médico Imbanaco a la señora Sarai durante su embarazo?

Respuesta del Doctor Rafael Camacho

Mediante comunicación del 24 de junio de 2009 dio respuesta en los siguientes términos:

“1) Durante el tratamiento realizado a la Señora Sarai y al señor Salomón, estos se presentaron como esposos. Nunca informaron que había (sic) realizado acuerdos entre ellos y que la señora Sarai no era su esposa. Nuestra institución no realiza tratamientos de útero subrogue (alquiler de vientres). Existe en nuestros archivos consentimientos informados donde ellos firman como esposos.

2) La pareja conformada por Salomón y Raquel no recibió ningún tratamiento, pues estos nunca consultaron como pareja.

3) Desconocemos las condiciones bajo las cuales el Señor Salomón, la señora Raquel y la señora Sarai aceptaron realizarse un tratamiento de fertilidad.

4) La señora Sarai solo aparece registrada en un control prenatal a la semana 4. Desconocemos el resto de la información sobre el control prenatal y el nacimiento.”<sup>31</sup>  
Anexó historia clínica.<sup>32</sup>

Posteriormente, remitió a esta Corporación, a través de la comunicación del 1 de octubre de 2009, copia de los protocolos, flujogramas y registros que se aplican a pacientes tanto de origen nacional como extranjero. Además, precisó que en el caso que ocupa la atención de la Corte, no se trata de un útero subrogado, puesto que la paciente embarazada es la misma propietaria de sus óvulos y ratificó que la Unidad de Medicina Reproductiva -CMI, no realiza procedimiento de fertilidad con útero subrogado.<sup>33</sup>

### 13.10. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia

Informe sobre el incidente de desacato dentro de la acción de tutela promovida por Sarai contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

### 14. Otras intervenciones

La apoderada del señor Salomón, la abogada Isabel, mediante las comunicaciones que a continuación se citan, realizó algunas solicitudes a la Corte Constitucional e informó sobre el desarrollo de los distintos procesos judiciales que se estaban adelantando:

14.1. A la Sala de Selección, el 19 de marzo de 2009, la revisión del fallo de primera instancia contenido en la providencia No. 103 de diciembre 10 de 2008, originario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, magistrado ponente: Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos y confirmado en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de febrero de 2009, por haber incurrido en “VÍAS DE HECHO, porque esta (sic) violentando los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA JUSTICIA, a LA BUENA FE, y a LA DIGNIDAD Y EL BUEN NOMBRE, del señor SALOMÓN, en calidad de padre de los menores SAMUEL Y DAVID.”

El cuestionamiento a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali lo sustenta en el desconocimiento de todo el acervo probatorio aportado por la parte demandante, vulnerando con tal proceder el derecho al debido proceso del demandante, los derechos fundamentales a la presunción de buena fe, al buen nombre, a la honra y a la dignidad con que cuenta el señor Salomón. Por tanto, solicita dejar sin efecto la providencia referida.<sup>34</sup>

Esta solicitud fue reiterada mediante comunicación del 8 de junio de 2009 dirigida a la Magistrada Ponente:<sup>35</sup>

14.2. Por oficio del 19 de junio de 2009, hizo llegar a la Secretaría General de la Corte Constitucional, copia de los correos electrónicos enviados por el Dr. Marco Julio Velásquez Vega, médico del Centro Médico de Reproducción Asistida Fecundar Cali, al señor

Salomón y a la señora Raquel en marzo 4 de 2004, abril 21 de 2004, abril 29 de 2004, junio 24 de 2004 y octubre 12 de 2004, respectivamente, cuyos textos se transcriben a continuación:

- Correo de marzo 4 de 2004

“Bueno Salomón, te mando las fotos de la joven. Es una mujer bastante humilde, pero agradable, aseada, bien presentada, de muy buena estatura para el promedio colombiano (1.72 cms). Es muy joven y está bajo la responsabilidad de su madre, la cual igualmente es una Sra. humilde tipo campesina.

El arreglo económico que finalmente aceptaron es de \$650.000 mensuales y no de \$800.000. Yo les expliqué el esfuerzo que uds. han hecho y lo que han invertido. Este dinero se comienza a enviar en el momento que tenga prueba de embarazo positiva y embarazo comprobado ecográficamente. Al final los 9 millones pactados, más toda la atención médica y el nacimiento final de lo cual yo me encargo y arreglamos más adelante. Así es que logré la rebaja. En el momento que menstrúe se iniciará el tto. Ella debe menstruar al final de este mes, ya que recibió medicamentos para cortar la lactancia.

Quedo pendiente si hay algún repara (sic) en la joven y en los arreglos planteados. Dr. M.J. Velásquez V.”

Como archivo adjunto van nueve (9) fotos de la candidata, al parecer tomadas en el consultorio del Dr. Velásquez. En algunas de ellas está sola y en otras acompañada por su hija.<sup>36</sup>

- Correo de abril 21 de 2004

“Salomón, te comento que la paciente menstruó el día 17-Abril-04. Ya está recibiendo medicamentos y el jueves 22-Abril-04, inicia inyecciones. Si la respuesta es buena el procedimiento se estaría ha-ciendo (sic) entre los días 30 de Abril, 1 de Mayo y 2 de Mayo. Es necesario que me envíes esta misma semana 800 dólares, para empezar a cubrir medicamentos, ecografías y exámenes durante el tra-tamiento (sic).

Quedo pendiente de cualquier información que requieras, sea vía telefónica o Internet.

- Correo de abril 29 de 2004

“Salomón y Raquel Cordial saludo:

Les cuento que hoy tuvimos que realizar la primera parte del tratamiento ya que ecográficamente se vió que era necesario hacerla. Mañana jueves se hará la segunda parte. Por tal motivo le ruego me envié (sic) el resto del dinero.

Salomón y Raquel en este momento como siempre yo les digo, estamos en manos de Dios, para que nos ayude a lograr este gran anhelo que ustedes tienen, y que lógicamente se lo merecen. Las cosas se dieron perfectamente para lograr el embarazo, y lo que tocaba a la ciencia ya esta (sic) hecho. Es muy posible que logremos un embarazo gemelar aunque de todas maneras lo principal es lograr el embarazo. A partir de mañana el día 16 si no le ha venido la menstruación realizaremos la prueba de embarazo.

Muchos recuerdos,

Dr. M.J. Velásquez”.38

- Correo de junio 24 de 2004

“Salomón Ya Sarai va en la mitad del tratamiento, hoy miércoles día 10 del ciclo tiene dos folículos en el ovario derecho y dos en el ovario izquierdo de 16 mmm cada uno, que espero esten (sic) de 20 mm el lunes para hacer el procedimiento ese mismo lunes o el martes. Para este debe seguir aplicandose (sic) inyecciones de hormona folculo (sic) estimulante. Así que la cosa va bastante adelantada.

Como siempre necesito que me envíes (sic) el dinero (\$3.550.000), si tu quieres en la misma forma que lo enviaste la vez pasada.

Ahí te envio (sic) unas fotos de Sarai con una mejor cámara (sic), aunque a ella no le gusta que le tomen fotos.

En espera de sus noticias. Si quieres llamame (sic) mañana,

Atentamente,

Dr. Velásquez".39

Correo de octubre 12 de 2004

"Raquel y Salomón:

Cordial saludo: desgraciadamente no les tengo buenas noticias, la paciente llamo (sic) a informar que no quedo (sic) embarazada.

No tengo claridad porque no quedo (sic), ya que la respuesta había sido tan buena en esta ocasión que inclusive tuve temores de un embarazo múltiple de más de tres fetos. No es el momento para empezar a especular sobre la causa pero me preocupa mucho este caso ya que no hemos logrado embarazos ni con Raquel, no con donante (sic) ni ahora con madre sustituta.

Justifico plenamente si ustedes han perdido la fe en mí y en mi institución, así que si deciden seguir el tratamiento con otro grupo lo entendería perfectamente. Dre (sic) todas maneras les aseguro que se hizo todo lo posible y como les dije al principio, no tengo claro de esta falla sucesiva.

En espera de sus noticias,

MARCO JULIO VELASQUEZ V., M.D".40

14.3. Mediante comunicación del 31 de julio de 2009 solicitó a la Sala de Revisión revocar la segunda sentencia dictada por el Juzgado Décimo de Familia (No. J.334 de julio 7 de 2009), como resultado del incidente de desacato iniciado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, por la señora Sarai contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali. Considera que el Juzgado al revocar el permiso de salida del país de los menores Samuel y David, violó la garantía constitucional del derecho al debido proceso porque "no se dictó con sujeción a los lineamientos expresados en la parte motivada del fallo del Tribunal, y más aún la CORTE CONSTITUCIONAL no ha tomado una decisión final".41

14.4. Por oficio de noviembre 4 de 2009 informó a la Corte Constitucional sobre el incidente de desacato iniciado por la señora Sarai contra el Juzgado Décimo de Familia de

Cali y las decisiones judiciales que se desencadenan a partir del mismo, antes citadas, incluida la acción de tutela interpuesta por ella en representación del señor Salomón contra la Sentencia No. 416h del 8 de septiembre de 2009 proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali, fallada a favor del accionante. También puso en conocimiento de la corporación la solicitud de restitución internacional de los menores iniciada por la madre ante el ICBF, con el respaldo de la Procuradora Delegada 8 Judicial de Familia de Cali. (folios 407-499, cuaderno No. 5 del expediente). Finalmente, remitió copia del testimonio rendido ante el consulado de Colombia en Boston, EE.UU., el pasado 20 de agosto de 2009, por la señora Raquel, en cumplimiento de lo ordenado mediante exhorto No. 006 del 6 de mayo de 2009, proveniente del Juzgado Décimo de Familia de Cali, el cual fue remitido al juez solicitante por oficio del 9 de septiembre de 2009.42

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

Sarai, mercaderista de 22 años de edad<sup>43</sup>, madre soltera, residente en el municipio de Vijes, Valle del Cauca, y Salomón, psicólogo, de 54 años de edad, casado, residente en Sterling, Massachusetts, EE.UU., concibieron dos gemelos a través del proceso de reproducción asistida denominado fertilización in vitro.

Sarai y Salomón se conocieron por intermedio del Dr. Marco Julio Velásquez, director del Programa de Fertilización in vitro del Centro de Reproducción Asistida Fecundar, quien los presentó con el propósito inicial de que Sarai alquilara su vientre al matrimonio conformado por Raquel y Salomón, e hiciera realidad su sueño de ser padres.

En este acuerdo inicial los óvulos empleados para el proceso de fertilización in vitro serían los de la señora Raquel, limitándose Sarai a prestar su vientre para implantarlos una vez fecundados con el espermatozoides del señor Salomón, y llevar a término el embarazo. Todo a cambio de una suma mensual de dinero que enviaría el matrimonio a Sarai durante el

tiempo que durara el embarazo y otra cantidad significativa al final del mismo. Sin embargo después de varios intentos, Sarai no quedó embarazada. Incluso, posteriormente, se llegaron a emplear óvulos de una donante sin ningún éxito.

Sarai afirma que el convenio se dio por terminado ante el evidente fracaso del tratamiento, pero que Salomón siguió en contacto telefónico con ella, la visitó en varias oportunidades en su casa de Vijes, y al cabo del tiempo, después de haber logrado una relación un poco más íntima, accedió a hacer realidad su deseo de ser padre con el compromiso de que sin entregar a su hijo, él los ayudaría económicamente. Según Sarai intentaron primero un embarazo natural durante algún tiempo que tampoco dio resultado.

Por su parte Salomón niega rotundamente esta versión y sostiene que en desarrollo del acuerdo al que llegó con la señora Sarai, y por sugerencia del Dr. Velásquez, acudieron a otro centro de reproducción asistida, Sociedad Unidad de Medicina Reproductiva Centro Médico Imbanaco de Cali, donde fueron atendidos por el Dr. Rafael Camacho Mafla especialista en el tema.

Sarai y Salomón, se presentaron en el consultorio del Dr. Camacho como un matrimonio estable que estaba intentado tener hijos desde hacía más de un año sin ningún resultado, debido, probablemente, a las prolongadas ausencias del esposo con motivo de sus continuos viajes. El supuesto matrimonio conformado por Salomón y Sarai firmó los consentimientos informados que el centro les suministró para poder practicar el tratamiento de fertilización, el 30 de junio de 2005, tal y como consta en la historia clínica enviadas por el Dr. Rafael Camacho Mafla por requerimiento de esta Sala. El 27 de julio de 2005 se le implantaron a Sarai cuatro (4) embriones y a los pocos meses se confirmó que estaba esperando mellizos. Los niños nacieron en Vijes, Valle del Cauca, lugar de residencia de la madre, el 21 de marzo de 2006, en buen estado de salud.

La madre registró a los menores al día siguiente como hijos extramatrimoniales. No suministró el nombre del padre, quien no tuvo la oportunidad de regresar al país de manera oportuna para estar en el parto, porque no se le avisó a tiempo.

Según Salomón, Sarai se arrepintió de entregar a sus hijos en noviembre de 2005, después de que le había girado cerca de \$14.208.750.

A partir del registro de los menores como hijos extramatrimoniales, sin padre conocido, y de la escogencia de sus nombres sin el concurso de Salomón, empezó un tortuoso camino de enfrentamientos, denuncias y demandas, que culminó con la asignación de la custodia provisional al padre y la consecuente salida definitiva del país de los menores, el 5 de septiembre de 2008, debido a la autorización del Juez Décimo de Familia de Cali, contenida en la providencia del 29 de agosto de 2008 (primera sentencia<sup>44</sup>), objeto de la presente acción de tutela.

Contra esta providencia la madre interpuso acción de tutela, la cual fue fallada a su favor por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia. El Tribunal consideró que el Juez de Familia había incurrido en vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo y ordenó revocar el fallo 395h del 29 de agosto de 2008 y expedir una nueva providencia en el término de quince (15) días.

El Juez de Familia no cumplió con el término fijado por el Tribunal y cuando le fue notificada la iniciación de un incidente de desacato promovido por la madre de los menores, procedió a revocar la sentencia cuestionada y a dictar una nueva bajo el No. J.334 del 7 de julio de 2009 (segunda sentencia<sup>45</sup>), sin que el Tribunal Superior llegase a tener conocimiento de la misma. Por tanto, el Tribunal decidió el incidente en su contra, lo sancionó y le ordenó expedir la providencia correspondiente.

El Juez de Familia procedió a revocar la sentencia antes proferida (J.334 del 7 de julio de 2009) y a expedir una nueva denominada 416h del 8 de septiembre de 2009 (tercera sentencia<sup>46</sup>) contra la cual Salomón interpuso acción de tutela por violación del debido proceso. La tutela fue fallada a su favor y dio origen a la última sentencia del Juez Décimo de Familia de Cali, la No. J.498 del 13 de octubre de 2009 (cuarta sentencia<sup>47</sup>), que finalmente fue revocada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 4 de noviembre de 2009.

Así las cosas, la sentencia J.498 del 13 de octubre de 2009 del Juez Décimo de Familia de Cali, en la que había negado el permiso de salida del país de los menores con fundamento en la ineptitud sustantiva de la demanda, fue revocada, como también la providencia proferida bajo el No. J.334 del 7 de julio de 2009, en la que también negó el permiso de salida del país de los menores pero en cumplimiento de una orden del

Tribunal Superior, puesto que el Juzgado así lo había dispuesto en el Auto interlocutorio No. J.1397 del 31 de agosto de 2009, para dar cumplimiento a lo decidido en el incidente de desacato.

Quedó vigente, la sentencia 416h del 8 de septiembre de 2009 del Juzgado Décimo de Familia de Cali, puesto que la providencia No. J.334 del 7 de julio de 2009 (segunda sentencia) en la cual se había dejado de surtir efectos con la expedición del Auto interlocutorio No. J.334 del 7 de julio de 2009 suscrito por el Juez Décimo de Familia de Cali, en cumplimiento del incidente de desacato, así como la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008 por decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (primera sentencia).

Sin embargo, la Sala constata, que a la fecha lo ordenado en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, mediante providencia del 10 de diciembre de 2008, que resolvió favorablemente las pretensiones de la señora Sarai contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali, sentencia a su vez confirmada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (24 de febrero de 2009), materialmente no ha tenido cumplimiento, porque la violación de los derechos fundamentales de los menores Samuel y David a tener una familia, y al cuidado y al amor, persiste en el tiempo, sin que con las intervenciones de las autoridades judiciales involucradas se haya logrado el restablecimiento de sus derechos constitucionales.

Para efectos de garantizar el restablecimiento de derechos de los niños Samuel y David, la sala procederá a (i) recordar brevemente la jurisprudencia constitucional sobre los menores como sujetos de especial protección, el alcance y contenido del interés superior del menor y los criterios jurídicos para determinarlo, la idoneidad del grupo familiar; (ii) revisar la actuación adelantada por el ICBF Centro Zonal Yumbo que culminó con la asignación de la custodia y cuidado personal de los menores al padre; y (iii) analizar las cuatro providencias proferidas por el Juez Décimo de Familia de Cali con motivo de la demanda de permiso de salida del país de los menores que interpuso el padre.

3. Los menores de edad son sujetos de especial protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás

De conformidad con el artículo 44 de la Constitución son derechos fundamentales de los

niños: la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Gozan también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Más adelante esta misma disposición sostiene, que deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

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, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás.

Esta protección reforzada de los derechos de los niños, según la jurisprudencia constitucional, encuentra sustento en tres (3) razones principales: i) su situación de fragilidad frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal; (ii) es una manera de promover una sociedad democrática en la que sus miembros conozcan y compartan los principios de libertad, igualdad, tolerancia y solidaridad; y (iii) es una forma de corregir el déficit de representación política que padecen los niños en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate legislativo.<sup>48</sup>

La Corte ha sostenido que la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, reconocidos de forma expresa por el artículo 44 constitucional, representan verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual;<sup>49</sup> entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.<sup>50</sup>

La jurisprudencia constitucional ha considerado que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación, por lo

que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores, toda vez que, por mandato de la Carta, “el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica”.<sup>51</sup>

Este tratamiento preferencial del menor como interés jurídico relevante, que implica adoptar “una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran”,<sup>52</sup> encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 9 ha consagrado la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que (i) “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”; y (ii) “en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

#### 4. El interés superior del menor: criterios jurídicos para determinarlo

La Corte ha señalado insistentemente que en todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos en las que se encuentren involucrados menores de edad, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del menor.<sup>53</sup> El Código de la Infancia y la Adolescencia ha definido el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son

universales, prevalentes e interdependientes”.

En este mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3-1 que “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 que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, establece que “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 responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que “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 que se atenderá será el interés superior del menor”.<sup>54</sup>

Dentro de este contexto, para la Corte, “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.<sup>55</sup>

En tanto, las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés, también tienen altos deberes constitucionales y legales respecto de la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección. Estos deberes obligan a los jueces

y funcionarios administrativos a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, especialmente tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.<sup>56</sup>

En consecuencia, las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, en el ejercicio de la discrecionalidad que les es propia y de acuerdo a sus deberes constitucionales y legales, deben atender tanto a (i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados.” <sup>57</sup>

En este sentido, la Corte ha fijado reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares<sup>58</sup>:

(i) Garantía del desarrollo integral del menor. Se debe, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor. El artículo 7 del Código de la Infancia y la Adolescencia entiende por protección integral “el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.” El mandato constitucional en cuestión, que debe materializarse teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, se encuentra reflejado en los artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>59</sup> y en el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño.

(ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Los derechos de los menores deben interpretarse de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia. El artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene un mandato contundente en este sentido: “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

(iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.” Por su parte, el artículo 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece el conjunto de riesgos graves para los menores que deben ser evitados:

1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen responsabilidad de su cuidado y atención.
2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes viven con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad.
3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización.
4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la

explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.

5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre.

6. Las guerras y los conflictos armados internos.

7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley.

8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria.

9. La situación de vida en la calle de los niños y las niñas.

10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.

11. El desplazamiento forzado.

12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación.

13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT.

14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.

15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia.

16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.

17. Las minas antipersonales.

18. La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual.

19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.

En todo caso, se debe precisar que esta enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

(iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En este contexto, los derechos e intereses de los padres solo podrán ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga el interés prevalente del menor. La forma en que se deben armonizar los derechos y resolver los conflictos entre los intereses de los padres y los intereses del menor, no se puede establecer en abstracto, sino en función de las circunstancias de cada caso particular y sin que pueda, en ningún caso, poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, so pena de que el Estado intervenga para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo. “El sentido mismo del verbo ‘prevalecer’<sup>60</sup> implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los Estados 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 responsables de él ante la ley’<sup>61</sup>.”<sup>62</sup>

(v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. El desarrollo integral y armónico del menor (art. 44 CP), exige una familia en la que los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. Al respecto el art. 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella.”

(vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir motivos adicionales poderosos, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. “Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella - un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta.” Asimismo, lo dispone el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

## 5. La idoneidad del grupo familiar

El artículo 42 de la Carta en relación con la familia dispone que se conforma “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” La jurisprudencia constitucional se señalado que este concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo:

“De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial.”

En tal sentido, recientemente el Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 200963, al momento de determinar la existencia de perjuicios morales, indicó lo siguiente:

“la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esta perspectiva, es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales”.

64

El derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, según la jurisprudencia constitucional, se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución. Esta regla ha sido reconocida por el derecho internacional público<sup>65</sup> y el Código de la Infancia y la Adolescencia la consagra a su vez en su art. 22, como ya se señaló.

La preservación de la unidad familiar, para la jurisprudencia constitucional, presenta una dimensión iusfundamentalista, amparable en sede de tutela:

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

“Un análisis de la preceptiva en cuestión lleva necesariamente a concluir, como lo hace esta Corte, que los mandatos constitucionales relativos a la familia consagran de

manera directa y determinante el derecho inalienable de los niños -aún los de padres separados- a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores.

La Corte no vacila en calificar de fundamental este derecho, aplicando la expresa referencia del artículo 44 de la Carta Política”.<sup>66</sup>

La Corte ha precisado que la familia es una condición necesaria para la satisfacción de la mayoría de los derechos fundamentales de los menores, lo cual no impide que en determinadas circunstancias se deban aplicar medidas de protección que separen al menor de su núcleo familiar. Sin embargo, una medida tan drástica no puede obedecer exclusivamente a condiciones de pobreza o meramente económicas de la familia, deben existir motivos adicionales de suficiente peso porque de lo contrario se estaría imponiendo una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia.<sup>67</sup>

En consecuencia, las medidas que tengan como resultado separar a un menor de su familia biológica únicamente son procedentes cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor y que la aptitud de un determinado grupo familiar se determina atendiendo cuidadosamente a las circunstancias particulares de cada caso y aplicando, entre otros, los criterios que a continuación se presentan:

1. Existen hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, dada su gravedad; tal es el caso de (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (ii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños: “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral,

secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

1. Existen circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones. En esta segunda categoría se incluyen todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres.

1. Existen circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentado ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar).

Para la Corte, “ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las

autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño".<sup>68</sup>

"En todo caso, la acción estatal no puede encaminarse exclusivamente hacia la implementación de medidas de restablecimiento de derechos (ubicación del menor en centros de emergencia, hogares de paso, adopción, etc.), en tanto que mecanismos legítimos y necesarios dirigidos a proteger los derechos de los niños frente a peligros o amenazas verdaderamente reales contra sus derechos fundamentales, sino que igualmente, y de manera prioritaria, debe encausar su accionar, presupuestal y burocrático, hacia la puesta en marcha de medidas que, como se ha señalado, les faciliten a los padres poder cumplir con sus deberes constitucionales y legales en relación con la prole, y al mismo tiempo, suplir las necesidades económicas del núcleo familiar (vr. Programas de madres comunitarias, jardines del ICBF, etc.).

En suma, la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva iusfundamental del derecho, demanda del Estado un deber general de abstención (prohibición de puesta en marcha de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños), en tanto que desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar medidas positivas (programas sociales), dirigidas a mantenerla y preservarla. De tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social consistente en que miles de familias colombianas, en especial en los casos en que las madres son las únicas que deben velar por aquéllas, no cuentan con los recursos económicos suficientes para escolarizar tempranamente a los niños más pequeños, razón por la cual éstos quedan, en el mejor de los casos, a cargo de algún pariente".<sup>69</sup>

Desde esta perspectiva, las medidas estatales que impliquen la separación del niño de su familia, deben ser entendidas como excepcionales y su aplicación exige el sometimiento a los principios de graduación y racionalidad. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos "ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia<sup>70</sup>; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada.<sup>71</sup> Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención.<sup>72</sup> El mismo Tribunal

señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia”.<sup>73</sup>

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente a las amplias facultades que poseen las autoridades para tomar decisiones en relación con lo que mejor conviene a los menores, sostuvo que:

“no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres<sup>74</sup>. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor<sup>75</sup>. Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 5, 9, 19 y 20, inter alia)”.<sup>76</sup>

## 6. La custodia y cuidado personal del menor

El artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.”

La Corte ha concluido, en principio, que la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos.<sup>77</sup>

A los jueces de familia corresponde conocer, en única instancia, de los asuntos

relacionados con la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores, mediante el proceso verbal sumario.

Sin embargo, en los casos en que se advierta (i) la falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, o (ii) que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad física o psicológica, la acción de tutela resulta procedente de manera excepcional.<sup>78</sup>

Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela para procurar la restitución de la custodia, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, es lógico concluir que la restitución de la custodia de un menor al padre a quien el juez competente le asignó ese derecho, puede ser protegido por vía de tutela excepcionalmente cuando el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor y, también cuando se afecta de manera cierta, directa y grave el derecho a la estabilidad y a la unidad familiar del niño, pues es razonable entender que, en algunos casos, la retención irregular del menor puede producir el rompimiento de los lazos entre padres y el desarrollo pleno y armonioso de las relaciones familiares, lo cual no sólo puede ser más gravoso con el paso del tiempo sino que puede producir consecuencias irreparables para el bienestar emocional del menor”.<sup>79</sup>

## 7. Intervención del ICBF Centro Zonal Yumbo.

En primer lugar debe la Sala advertir que el expediente enviado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a este Despacho, en el que reposan los antecedentes de las diligencias y procedimientos adelantados por los centros Zonal Yumbo y Zonal Ladera de Cali, concerniente a la suspensión provisional de la custodia materna de los menores Samuel y David, fueron solicitados por esta Corporación mediante Auto del 11 de junio de 2009 y recibidos el 25 de noviembre de 2009.

Frente a la primera suspensión provisional de la custodia materna, efectuada por el ICBF Centro Zonal Yumbo encuentra la Sala que no se practicaron las pruebas y dictámenes médicos indispensables para proceder a una determinación tan drástica, como lo es la

separación de dos bebés de nueve (9) meses de edad del cuidado y amor de su madre. No existe ninguna instrucción o recomendación por parte de los médicos del Hospital de Vives que habían atendido a los niños por sus estados gripales reiterados, en el sentido de que debían ser cambiados de manera inmediata de domicilio debido a un posible empeoramiento de su estado de salud,<sup>80</sup> ni se tuvo el cuidado de ordenar un dictamen médico especializado. El centro se limitó a reproducir las inquietudes del señor Salomón sobre el lugar en el que vivían los menores.

Los niños fueron atendidos oportunamente por solicitud de la madre cuando lo estimó necesario en el Hospital de Vives y estaban al cuidado de la abuela materna, mientras la madre trabajaba, dentro de las posibilidades y limitaciones propias de los numerosísimos hogares de escasos recursos que existen en nuestro país. Tampoco fueron objeto de maltrato directo por ninguno de los miembros que conformaban el núcleo familiar y según los distintos informes socio familiares que hacen parte del expediente estaban bien alimentados, afiliados al sistema de salud y con sus vacunas al día.

Los incidentes por violencia intrafamiliar aducidos por el señor Salomón y que fueron acogidos por el ICBF Centro Zonal Yumbo, ocurrieron mucho antes del nacimiento de los menores en los años 2002, 2003 y 2004. Las declaraciones extrajuicio ante notario, rendidas por el padre de Sarai, por su excompañero sentimental y padre de su hija y por la madre de éste, entre el 10 y 12 de agosto de 2006, aportadas por el señor Salomón al ICBF y a los distintos procesos, pretendían presentarlas como situaciones que afectaban la cotidianidad de los niños, colocándolos en una situación de riesgo inminente, lo que en realidad no ocurría según puede deducirse de las pruebas que obran en el expediente.<sup>81</sup>

Además, los menores contaban también con el apoyo y respaldo del padre y la familia paterna para colaborar en el mejoramiento de sus condiciones de vida, sin necesidad de alejarlos tan drásticamente del cuidado y del amor de la madre. Con la fijación de una cuota alimentaría realmente acorde a las condiciones económicas del padre, rápidamente se hubiera podido solucionar cualquier inconveniente que el medio ambiente pudiera estar generando en la salud de los menores.

No se configuró, en consecuencia, una causal lo suficientemente grave y determinante para que se le hubiese suspendido a la madre la custodia y cuidado personal de sus pequeños hijos. La escasez de recursos económicos no implica necesariamente que sea mejor para los niños vivir separados de su madre, porque su padre, que está en mejor situación económica que la madre, está obligado a contribuir para proveerles un mejor estar. Además, la medida contribuyó, a largo plazo y de manera sustancial, al daño irreparable que han sufrido los niños Samuel y David con tal separación.

Se debe precisar, que incluso la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la carencia de recursos materiales no puede ser el factor determinante de una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño de su familia. Cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección, el Estado debe intervenir para prestar la protección y el cuidado que los menores necesitan. Sin embargo, tales condiciones económicas no constituyen 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-”.<sup>82</sup>

Por otra parte, la determinación posterior del mismo Centro Zonal Yumbo del ICBF, contenida en la Resolución del 16 de mayo de 2007, de trasladar la custodia y cuidado personal al padre, no residente en el país, sin haber considerado el cambio de domicilio y las nuevas circunstancias familiares de la madre y sin haber notificado dicha decisión, resulta por lo menos reprochable si se tiene en cuenta que las autoridades de la República están en la obligación de cumplir y hacer respetar los mandatos de la Constitución, y los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre derechos de los niños, que integran el bloque de constitucionalidad.

Con ocasión de la acción de tutela interpuesta por Sarai contra el ICBF Centro Zonal

Yumbo, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, al que correspondió por reparto la tutela, consideró vulnerado el derecho fundamental de Sarai al debido proceso, al no haberle sido notificada la Resolución del 16 de mayo de 2007, que resolvió entregar la custodia y el cuidado personal de los menores al padre<sup>83</sup>, negándosele así la oportunidad de demostrar sus nuevas condiciones de vida e interponer los recursos legales correspondientes. De la inspección judicial decretada por el Juzgado se dejó constancia en los siguientes términos:

“(…) Como parte de la Inspección Judicial que el despacho realiza al proceso, se evidencia la falta de notificación de la afectada sobre la custodia provisional otorgada al padre de los menores, a lo cual la defensora de familia manifiesta que la copia del Acta y la citación le fueron enviadas a la misma por correo.

Manifiesta además que se le dio trámite al Recurso interpuesto por la afectada en contra de la decisión adoptada por la defensora de familia respecto a la custodia de los menores, no encontrando explicación alguna en relación con la ausencia de dicho trámite al interior del expediente”.<sup>84</sup>

Encuentra la Sala que las actuaciones y decisiones del ICBF Centro Zonal Yumbo, sirvieron de soporte, entre otras, a la sentencia del Juzgado Décimo de Familia de Cali (395h del 29 de agosto de 2008) para autorizar la salida del país de los niños (septiembre 5 de 2008), decisión que a pesar de haber sido revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, en providencia de 10 de diciembre de 2008, no ha conducido aún al restablecimiento de derechos de los menores afectados, pues el contacto entre la madre y los hijos no ha podido reanudarse.

Los niños se encuentran fuera del país y el padre no ha cumplido con su obligación constitucional y legal de permitir el desarrollo natural y armónico de la relación materno filial, al igual que con su hermana y el resto de la familia materna, lesionando gravemente el desarrollo psicológico y emocional de los menores. De manera que el derecho fundamental de los niños a tener una familia y al cuidado y el amor que ella puede brindarles, no ha sido debidamente garantizado por las autoridades de familia y mucho menos restablecido.

8. Desconocimiento del interés superior del menor por el Juez Décimo de Familia de Cali

8.1. Previamente la Sala se aproximará al concepto de alquiler de vientre, cuya ocurrencia el Juez Décimo de Familia considera probado en el caso que nos ocupa y determinante de un menor derecho de la madre sobre sus hijos.

El alquiler de vientre no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”<sup>85</sup> En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos.<sup>86</sup>

Las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulo y esperma.

Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre.

En varios estados de Estados Unidos<sup>87</sup>, Reino Unido, Australia, Canadá, India, Rusia y en Ucrania la maternidad sustituta está permitida y atienden una gran demanda de ciudadanos de todo el mundo. Para el año 2001 sólo en Estados Unidos nacieron unos 41.000 bebés mediante el procedimiento de fertilización in vitro (FIV), cerca de 6.000 surgieron de óvulos donados, y aproximadamente 600 se gestaron en úteros

prestados o alquilados.<sup>88</sup> El costo de contratar una madre de alquiler en Estados Unidos para el año 2004, era de aproximadamente 59.000 dólares.<sup>89</sup>

Uno de los casos más reconocidos en los que se ha recurrido a esta práctica y que ha tenido gran cubrimiento por los medios de comunicación, es el caso conocido como "Baby M".<sup>90</sup>

En el contrato suscrito por la pareja con Mary Beth Whitehead, ésta se comprometió a no crear, ni intentar crear una relación maternofilial a partir del nacimiento de la criatura, a no ponerle nombre, a no abortar si el examen de amniocentesis determinaban que el feto era anormal, y a no consumir durante el embarazo alcohol, tabaco y drogas. El matrimonio Stern a cambio ofreció una contraprestación a tales obligaciones, pero sobre todo por la gestación y el parto, por la suma de 10.000 dólares y otros 10.000 dólares por los gastos médicos generados.

Al poco tiempo de quedar embarazada la señora Whitehead, el matrimonio Stern nombró heredero universal de sus bienes al bebé concebido, en el supuesto de que llegase a nacer y ellos hubiesen fallecido.

El 27 de marzo de 1986, Mary dio a luz a una niña, pero se negó a transferir la custodia a los esposos Stern, amenazó con suicidarse si se la quitaban y emprendió una fuga por todo el país con la niña.

El 5 de mayo de 1987, el Tribunal Superior de Nueva Jersey (juez Harvey R. Sorkow) en primera instancia, declaró que el contrato que había firmado Mary Beth Whitehead con el matrimonio Stern era válido y legal, concedió la custodia al matrimonio Stern, dando por terminados los derechos de la madre portadora, con fundamento en el interés superior de la menor, y en la obligatoriedad del contrato suscrito por las partes de conformidad con la enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos (derecho fundamental a procrear).

La sentencia fue recurrida por la señora Whitehead. El 3 de febrero de 1988, el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey al resolver el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad del contrato celebrado entre Mary Beth Whitehead y el matrimonio Stern, por contrariar el interés público del Estado.

Así, restituye a la señora Whitehead sus derechos como madre biológica, pero confirma la decisión de conceder la custodia de la menor al padre biológico por estar en mejor aptitud para ejercerla y ordena al juez de primera instancia regular el derecho de visita de la madre biológica.

Cuando Melissa cumplió 18 años en marzo de 2004, formalmente terminada la patria potestad de Mary Beth Whitehead, fue adoptada por Elizabeth Stern.<sup>93</sup>

Después de este caso, se han conocido muchos otros, como por ejemplo, el de Penny Wadnais de Spokane, quien el 4 de diciembre de 1987 dio a luz un niño que gestó como madre portadora, producto de la inseminación artificial del esperma de su cuñado. El niño fue registrado como hijo de los padres biológicos hasta que la hermana de la madre gestante terminó los trámites de adopción; o el caso de una mujer de 53 que dio a luz a su propio nieto, el 28 de noviembre de 1992, en la localidad de Búfalo (Nueva York, EE.UU.), como producto de los cuatro implantes de óvulos de su nuera de 33 años, fertilizados en un laboratorio con esperma de su hijo.<sup>94</sup>

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”

En Colombia, al parecer también es una práctica en auge. En internet se encuentran cientos de anuncios de mujeres de todas las edades que ofrecen su vientre para hacer realidad el sueño de otros de ser padres.

Precisamente, en el caso que ocupa la atención de esta Sala, el Dr. Marco Julio Velásquez, director del Programa de IVF del Centro de Medicina Reproductiva Fecundar, reconoció recurrir a esta práctica y haberla recomendado a sus pacientes:

“El centro de Medicina Reproductiva Fecundar, al no ser clara la reglamentación en Colombia, sobre madre sustituta recomienda este tratamiento siempre con una pariente o

familiar, pero la pareja manifestó no tener una candidata con las condiciones requeridas y solicitó el favor de que se le recomendara una persona.

Después de examinar y encuestar varias candidatas que pudieran servir de madre sustituta, se recomendó a la Sra. Sarai, de 26 años en ese momento (sic)<sup>95</sup>, febrero 21 del año 2004, la cual había sido recomendada por otra paciente del Centro, la Sra. Esperanza Reina Ramos.

Esta candidata se le evaluó (sic) desde el punto de vista médico, exámenes de laboratorio y departamento de psicología, encontrándose adecuada. Además tenía a su favor que ya era madre de una niña de 1 año de edad".<sup>96</sup>

De acuerdo con la información suministrada a esta Sala por el Dr. Velásquez, a Sarai se le practicaron varios exámenes de laboratorio y se prestó asistencia psicológica, sin embargo en ninguna parte de la historia clínica aparece acreditada este tipo de asistencia. Incluso el Dr. Velásquez niega reiteradamente haber intervenido en el acuerdo económico a que llegó el matrimonio conformado por Salomón y Raquel con Sarai y su madre, pero en el expediente reposa copia de los correos que intercambiaron a través de internet Salomón y el Dr. Velásquez, en relación con la candidata, costos y evolución del tratamiento, información suministrada por la apoderada del señor Salomón en las distintas actuaciones judiciales y administrativas que se han surtido con ocasión de la custodia y cuidado personal de los menores, la patria potestad y el permiso de salida del país.

Es precisamente este vacío normativo al que hace referencia el Dr. Velásquez, el que ha permitido el desencadenamiento de hechos y decisiones tan lesivas e irremediables de los derechos fundamentales de los menores involucrados.

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones” como los siguientes: (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.<sup>97</sup>

Debe la Sala precisar, en todo caso, que el proceso que culminó con el nacimiento de los menores Samuel y David, no constituye un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, puesto que la señora Sarai es la madre biológica de los menores. Además, suponiendo que esa hubiese sido su intención inicial, de las declaraciones del padre se desprende claramente que por lo menos desde noviembre de 2005 había anunciado al señor Salomón su decisión de criar a los niños.

8.2. Procede la Sala a examinar las consideraciones que motivaron las cuatro sentencias que profirió el Juzgado Décimo de Familia con ocasión de la demanda de permiso de salida del país que instauró el señor Salomón contra la madre de sus hijos, Sarai.

#### 8.2.1. Primera sentencia: 395h del 29 de agosto de 2008

En esta providencia el Juez Décimo de Familia concedió el permiso de salida del país de los menores Samuel y David de manera permanente en compañía de su padre, lo que en la práctica equivale a una asignación disfrazada de la custodia de los menores, proceso que por demás se estaba adelantando en el Juzgado Promiscuo Municipal de Vives, el cual se

encuentra en este momento en etapa probatoria. Tampoco había concluido el proceso de pérdida de la patria potestad que el padre había instaurado contra la madre de los menores y del que conocía el mismo Juzgado Décimo de Familia.

La decisión del Juez se basó en las siguientes consideraciones<sup>98</sup>:

(i) Entre Salomón y Sarai, existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel.

(ii) Sarai después de recibir una alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños.

(iii) Sarai desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas.

(iv) Las diferentes autoridades que inicialmente conocieron del caso (ICBF y Juzgado de Vijes), consideraron pertinente que ante la situación de salud que estaban viviendo los niños, se le adjudicara a la tía paterna de manera provisional su custodia y cuidado personal, la cual posteriormente fue ratificada en cabeza del padre.

(v) Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado.

(vi) El padre de los menores tiene un mejor derecho a estar con ellos, porque él fue quien buscó por todos los medios y con muchos sacrificios su concepción.

#### 8.2.2. Segunda sentencia: J.334 del 7 de julio de 2009

Con esta providencia, el Juez Décimo de Familia cumplió extemporáneamente lo ordenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la sentencia del 10 de diciembre de 2008 que concedió la tutela interpuesta por Sarai contra la providencia del 29 de agosto de 2008 que autorizó la salida de los menores del país.

En esta oportunidad el Juez Décimo revocó el permiso de salida del país de los menores, porque así se lo había ordenado el Tribunal, pero insistió en que la madre no cumplía las condiciones exigidas para asumir la custodia y cuidado personal de los menores, de acuerdo con los estudios sociofamiliares realizados y con fundamento en las consideraciones que a continuación se presentan:

(i) Entre los señores Salomón y Sarai existió un contrato, cuyo objeto era la maternidad subrogada o alquiler de vientre, en el que ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel.

(ii) “En nuestro país, hasta ahora, el alquiler de vientres no es legal, ni ilegal, en el sentido de que no hay un código o una ley que lo prohíba.”

(iii) “En nuestro medio y de acuerdo a los índices de pobreza tan altos que se presentan, el alquiler de vientres se ha convertido en tabla de salvación para muchas mujeres que a veces arriesgando su vida, prestan su cuerpo para que otros puedan ser padres.”

(iv) “A nivel constitucional, a partir de la disposición del artículo 42 se reconoce que los hijos ‘procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.’ De acuerdo con lo anterior es válido afirmar que a nivel constitucional es madre, en el caso de un contrato de gestación sustitutiva, la madre genética.”

(v) “Lo que sí es objeto de discusión es por qué si SARAI hizo un contrato verbal con el señor SALOMÓN, por el cual recibió una alta suma de dinero, en donde se le dio oportunidad de una afiliación a una EPS, de recibir un tratamiento adecuado y de recibir otros beneficios, decide finalmente quedarse con los niños (...).”

(vii) “Las diferentes autoridades que inicialmente conocieron del caso (Bienestar Familiar, Comisaría y Juzgado de Vives, etc.) consideraron pertinente que ante la situación que estaban atravesando los niños SAMUEL y DAVID, lo pertinente era que la señora SARAI no continuara con el cuidado personal de dichos niños y por eso inicialmente le otorgó de manera provisional la custodia y el cuidado de los niños a la tía paterna, ISABEL, y posteriormente ratificó dicha en cabeza del padre de los bebés (...).”

(viii) “Los citados menores se encuentran bajo la custodia y cuidado personal de la familia paterna desde el día 20 de diciembre del 2006 y lo cierto es que desde esa fecha los menores han cambiado sustancialmente, pues su salud ha mejorado notablemente igualmente han sido sometidos a un tratamiento médico por un problema de asma.”

(ix) “Durante todo el tiempo que los niños han permanecido con su padre y con la familia de éste, la señora SARAI, ha tenido la oportunidad semanalmente de visitarlos, (...) aunque no estuviera colaborando económicamente para su manutención.”<sup>99</sup>

### 8.2.3. Tercera sentencia: 416h del 8 de septiembre de 2009

Como resultado del incidente de desacato promovido en su contra, el que prosperó ordenándole que dentro de las doce (12) horas siguientes a la notificación de la sanción, cite para audiencia de fallo y proceda a dictar sentencia dentro del término máximo de cinco días hábiles. El Juez Décimo de Familia de Cali volvió a negar las pretensiones de la demanda de permiso para salir del país de los menores Samuel y David. A pesar de que advierte que en esta oportunidad “dictará la sentencia con base en los puntos expresamente señalados en el fallo que le concedió la tutela a favor de la señora Sarai”, insiste en reiterar que los niños se encuentran en excelentes condiciones en el hogar paterno y que la decisión de retirar la custodia y cuidado personal a la madre fue tomada previamente por el ICBF y el Juzgado Promiscuo de Vijes. Fundamenta la decisión en las consideraciones siguientes:

(i) “(...) aunque las condiciones para esos momentos de la señora SARAI no eran las mejores, hay que reconocerle que ha hecho un esfuerzo por querer salir de las circunstancias tan adversas que estaba viviendo en el municipio de Vijes y que se ha ubicado laboralmente para poder tener sus propios recursos y de esa manera poco a poco ir saliendo adelante, lo que ha llevado a que se sienta con la capacidad de poder tener a sus hijos y poderles brindar el desarrollo integral de ellos obviamente de acuerdo a sus capacidades económicas, pero seguramente brindándoles el amor y el cariño que como madre puede darles.”

(ii) A pesar de las condiciones de inferioridad económica de la madre respecto del padre, debido a la corta edad de los menores (3 años cumplidos), hay que considerar que

requieren en esta edad estar al lado de su madre, así no cuente con los recursos necesarios, máxime cuando existe un padre que debe colaborar en todo lo que sea necesario para que los niños alcancen el desarrollo integral que merecen.

(iii) No ha habido por parte de los padres de los niños tratos crueles ni inhumanos, ni degradantes, no ha habido abusos y no se ha cometido contra ellos ningún tipo de violencia, y si bien sufrieron algunos quebrantos de salud al inicio de su convivencia con la madre, esto se debió ante todo a las condiciones de insalubridad que presentaba el sector donde residían en Vijes, y no a la intención de la madre de causarles daño.

(iv) En esta oportunidad no tendrá en cuenta para dictar sentencia, la situación económica de la madre, ni sus circunstancias del pasado cuando vivía en Vijes, ni siquiera el negocio jurídico de alquiler de vientre, ya que dichos aspectos fueron tomados por su Superior como “unos desaciertos al tenerlos en cuenta”, pues antes que todo debía tomarse una decisión sobre la custodia de los menores, de vital importancia para la definición de la salida de los niños del país.

#### 8.2.4. Cuarta sentencia: J.498 del 13 de octubre de 2009

Como la sentencia anterior providencia fue impugnada por el padre de los menores, el Juez Décimo de Familia de Cali, inexplicablemente expidió otra, antes de que se decidiera la impugnación, en la que volvió negar las pretensiones de la demanda de permiso de salida del país de los menores Samuel y David, pero en esta oportunidad por ineptitud sustantiva de la demanda. No obstante reitera que al Señor Salomón, por reunir las condiciones necesarias, se le debería conceder el permiso de salida del país de sus hijos. Las consideraciones que en esta oportunidad motivaron su decisión son las siguientes:

(i) “Como se puede apreciar las pruebas que obran en el proceso son bien variadas y de todo tipo (...) si se analiza detenidamente llevan a que la balanza se incline a favor del señor SALOMÓN y es por eso mismo que tendría que considerarse la posibilidad de poder otorgarle el permiso para que él pudiere salir del país junto con sus dos hijos menores (...).”

(ii) “Es requisito indispensable que se mencione el tiempo de permanencia de los niños en el exterior. En el presente proceso (...) el permiso que se solicita es para que los

niños residan de manera permanente en los ESTADOS UNIDOS, por tanto la demanda presentada no cumple con dicho requisito de señalar el tiempo de permanencia de los niños en el exterior, teniendo en cuenta a demás (sic) que el mismo Artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia (sic) tendrá vigencia por sesenta días hábiles contados a partir de su ejecutoria.”

(iii) “Consideramos que en este caso sería mejor que se intentara, como ya se hizo, la suspensión o privación de la patria potestad, pues obtenida la misma ya no se requeriría del permiso que por este procesos e solicita.”

(iv) “También se podría intentar el cambio de domicilio de los menores, pues este, a diferencia del permiso de salida del País que es por un tiempo determinado, como su nombre lo dice es para que el menor o los menores en este caso puedan radicarse en otro País.”

(v) “En conclusión ha sido errada la petición hecha con la demanda, porque si lo que se pretendía era que los menores SAMUEL Y DAVID, se fueran a vivir al lado de su Padre y de su esposa a los EE.UU., tenían que haber manifestado el tiempo que iban a permanecer con ellos con el permiso que ya se ha dicho es temporal”.

8.3. De las consideraciones expuestas por el Juez Décimo de Familia en estas cuatro sentencias, a la Sala no le queda más que advertir, que ésta autoridad judicial parte de la base de la ineptitud moral, afectiva y económica de la madre y que es precisamente ese prejuicio anticipado, el que ha impedido que prevalezca el interés superior de los menores y el derecho que les asiste a no ser separados de su madre y vivir bajo su protección, y cuidado.

Para el Juez Décimo de Familia de Cali, la señora Sarai incumplió injustificadamente un contrato verbal consistente en entregar a sus hijos después del parto. Las consideraciones de carácter económico primaron en su decisión de concebir, no puede ofrecer debido a su estrechez económica, el bienestar y oportunidades que tienen con el padre, que según el fallo: “(...) tiene un mejor derecho de tener a los niños que la señora SARAI y esto por una muy sencilla razón, él fue quien busco (sic) de todas formas tener un hijo, lucho por ello, acudió a la medicina para que lo ayudaran, no desfalleció ante las dificultades, se ha sacrificado viniendo constantemente a esta ciudad para luchar por sus

hijos, para que no se los vayan a quitar, para poder estar a su lado”.100

Con este proceder se desconocieron de manera directa no sólo la Constitución sino también el precedente constitucional que claramente ha establecido unos criterios jurídicos a efectos de determinar el interés superior del menor en cada caso concreto. Para el caso que nos ocupa, específicamente (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; y (iii) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor.

Por otra parte, considerar que la madre tiene un menor derecho sobre sus hijos que el padre, porque inicialmente accedió a gestar en su vientre un hijo del matrimonio integrado por Salomón y Raquel, empleando los óvulos de la señora Domínguez y después de una donante anónima, sin ningún resultado, a cambio de una compensación económica que le permitiera dar un mejor nivel de vida a su familia, incluida su hija, no inhabilita per se a la madre para exigir y hacer valer los derechos de sus hijos. Pero, tampoco al padre, quien conscientemente facilitó y costeó todo el proceso que culminó con el nacimiento de los menores a través de técnicas de reproducción asistida, y que no vaciló en recurrir a una mujer joven y sana, pero sin solvencia económica, para concebir a sus hijos, cuyo papel activo como madre es ahora rechazado por el padre, debido precisamente a su condición social y económica, situación que conoció previamente, y que en aquel entonces no consideró para nada inconveniente.

Olvida el juez que también esa mujer ha adelantado una lucha continua ante los estrados judiciales, para recuperar a sus hijos, y que quizás es ella quien más sacrificios a hecho pese a su situación económica, para recuperarlos.

Además, el Juez de Familia sin ninguna valoración ni justificación desechó el estudio socio familiar presentado por la trabajadora social adscrita a su despacho, del 20 de mayo de 2008, en el cual conceptúo:

“Teniendo en cuenta las visitas realizadas al lugar de residencia de los menores se observa que el INTERÉS GENERAL de los niños predomina sobre el particular; es decir que por encima de las desavenencias existentes entre los padres, éstos tienen el deber primordial de promover y proteger el derecho fundamental del menor a tener una familia

y a no ser separado de ella. La única excepción al derecho de los padres e hijos a mantener relaciones consiste en la protección del interés superior del menor. Sin embargo, para justificar la separación entre padres e hijos, no basta que el padre que tiene bajo su cuidado al menor, alegue el virtual daño que puede generar sobre su personalidad el contacto con el otro progenitor. El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella exige que cuando se esgrima el interés superior del menor, para exceptuarlo, se demuestre plenamente que este es real, independiente del criterio arbitrario de los padres y necesario como garantía cierta del desarrollo sano de la personalidad del menor. En realidad la regla general favorecerá siempre la relación permanente entre padres e hijos.

Por lo anterior es necesario que los mismos conserven el vínculo biológico con la madre y su hermana, pues la primera quiere ejercer su rol de madre parcialmente por no tener la custodia de los menores y brindar aportes económicos desde sus posibilidades, por lo tanto no considero conveniente la salida del país de los menores (...). Se debe tener en cuenta que sacarlos del país es realizar una ruptura total de los vínculos afectivos entre la progenitora y su familia, además de que no existe garantía de su retorno al país".101

En este mismo sentido, la Procuradora 8 Judicial de Familia de Cali, mediante escrito del 29 de julio de 2008, presentó al Juez Décimo de Familia de Cali los siguientes alegatos de conclusión, en los que se opone a la salida del país de los menores:

"(...) Luego de una confusa e ilegítima contratación sobre el alquiler de vientre (entre la madre de los niños, (...) y el padre (...)), acaece la concepción de los niños quienes desde su nacimiento se encuentran a cargo de la madre, hasta que el padre regresa al país y comienza una serie de dificultades entre ellos generando una situación de vulneración de Derechos para los niños, quienes por enfrentar afección de salud a causa de las condiciones del sitio donde residen en el municipio de Vijes, son arrancados del lado de la madre por el ICBF de Yumbo y entregados en custodia provisional a la apoderada del demandado y tía de los mencionados niños.

Es de conocimiento del despacho, a través de éste proceso y del que sigue con las mismas

partes por PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD, que existe un transfondo en ésta controversia por un presunto alquiler de vientre entre los señores Salomón y Sarai. (...)

Toda la evidencia que se desprende del plenario no deja la menor duda, Señor Juez, de que el señor Salomón lo que quiere es hacerlos desaparecer de la vida de la madre, llevárselos en forma definitiva e indefinida de su lado, y eso es un atentado contra la calidad y condición de madre, a más de que ella debe ser protegida contra toda forma de discriminación o violencia, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales y que debe ser tenido en cuenta por USTED Señoría. (...).

Como lo solicita el demandante, no es una autorización para que sus hijos salgan del país en forma provisional, sino un cambio de residencia o domicilio, cercenando en forma definitiva el Derecho que tienen los niños a crecer bajo el amparo, cuidado, cariño y amor de su madre desde la perspectiva de garantía y restablecimiento de derechos (...). Desde muy temprana edad en vez de propender en forma garantista por el desarrollo integral de los niños, se les castigaría, privándoles en la etapa más importante para el desarrollo del ser humano que es la primera infancia, la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo emocional y social del ser humano y comprende la franja de edad que va desde 0-6 años de edad, del cuidado, afecto y amor de su madre ya que una medida provisional del estado, vulneró flagrantemente un derecho impostergable.

La solicitud planteada en forma inequívoca por el demandante no determina siquiera un término de permanencia de los niños en ese país, ni tampoco una posible relación de los niños con su madre. (...)

La salida del país es por un tiempo, nunca indefinida, porque eso sería tanto como privar de la patria potestad a la madre sin haber sido oída y vencida en juicio. (...) Seamos prácticos: ¿Cuántas veces podría la mamá ir a USA a visitarlos al año? ¿El padre ha probado que ya le consiguió la visa? ¿Le va a dar los pasajes y estadía? No hay pruebas, Señor Juez. (...)

Fuera de eso, es su deber Señor Juez considerar que, si no ha fallado el asunto de Privación de la Patria Potestad, no puede el Juzgado autorizar salida del país de los menores, pues la madre mientras dure el proceso conserva intacto sus derechos y debe

ejercerlos sin que ningún adulto se lo impida. Ello implicaría violación al debido proceso y su derecho de defensa.”<sup>102</sup>

8.4. La revisión del expediente y la valoración de las pruebas ordenadas por esta Sala, no evidencian la existencia de una circunstancia que constituya razón suficiente para separar a los niños Samuel y David del entorno familiar materno, máxime cuando la madre cambió de domicilio para ofrecer un ambiente más saludable a sus hijos. Incluso los episodios de violencia intrafamiliar que en algún momento son aducidos como justificación para suspender provisionalmente la custodia y cuidado personal que detentaba la madre, nunca fueron dirigidos contra los menores y si se presentaron fue con anterioridad a su nacimiento.

Ante la clara evidencia de la vulneración injustificada de los derechos fundamentales de los menores implicados en el presente asunto, y del enorme perjuicio que las decisiones mencionadas en este fallo, han generado en su desarrollo psico-afectivo por la separación abrupta y definitiva de los niños de su progenitora en una etapa crucial en su desarrollo, la Sala, en primer lugar, procederá a confirmar la sentencia del 24 de febrero de 2009 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la decisión del 10 de diciembre de 2008 de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el sentido de dejar sin efectos la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008 del Juzgado Décimo de Familia de Cali, por medio de la cual se autorizó la salida del país de los menores.

En segundo lugar, la Sala advirtiendo que pese a haberse expedido con respecto al caso cuatro (4) sentencias por el mismo despacho judicial, el Juzgado Décimo de Familia de Cali, hasta la fecha no se ha logrado el restablecimiento efectivo de los derechos conculcados. Por ello, ordenará unas medidas de protección encaminadas a lograr el restablecimiento de los derechos de los menores y de la madre, afectados con las decisiones de las autoridades de familia antes señaladas, cuyo eje central es garantizar el contacto de los hijos con su madre, hasta tanto se decidan los procesos de pérdida de la custodia y cuidado personal que adelanta el Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes y el de pérdida de la patria potestad que ha sido suspendido.

Para tales efectos, en cumplimiento de los criterios jurídicos desarrollados por la

jurisprudencia constitucional para determinar el interés superior del menor en el caso concreto, explicados en el numeral 5 del punto II. Consideraciones y fundamentos, el padre de los menores deberá traer los niños a Colombia, a la ciudad donde se encuentre domiciliada la madre, como mínimo tres (3) veces al año, durante las vacaciones de Semana Santa o su equivalente, mitad de año (junio-julio) y de fin de año (diciembre), hasta tanto se decidan definitivamente los procesos de custodia y cuidado personal y pérdida de la patria potestad por las autoridades competentes. Los gastos que ocasione el traslado de los menores durante estas fechas, así como de alimentación, salud, vestuario y recreación, y en general todos los gastos que demande su estadía en el país, deberán ser asumidos por el padre, de acuerdo con la cuota que para tales efectos determine el Juzgado Décimo de Familia de Cali, la cual deberá estar acorde con las reales condiciones económicas del padre de manera que se garantice el nivel de vida que los menores han tenido hasta el momento, o facilitar el traslado de la madre a los Estados Unidos en tales oportunidades asumiendo todos los costos que ello suponga.

Además, en caso de enfermedad de los menores, el padre deberá sufragar todos los gastos de traslado, alojamiento y alimentación de la señora Sarai, y respaldar con la documentación que se requiera el trámite de la visa correspondiente y sus costos para el desplazamiento de la señora Sarai, a los Estados Unidos.

El Instituto de Colombiano de Bienestar Familiar deberá acompañar el proceso de reencuentro de los menores con su madre, con el asesoramiento y ayuda psicológica que se requiera para restablecer la relación madre e hijos, y como garante del cumplimiento de las órdenes previstas en esta sentencia, sin perjuicio de las funciones de vigilancia superior, de prevención, control de gestión y de intervención ante las autoridades judiciales asignadas por la Constitución (art. 268) y la (Ley 1098 de 2006, art. 211) a la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- CONFIRMAR la providencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de febrero de 2009, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia del 10 de diciembre de 2008 de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, por medio del cual se dejó sin efectos la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008, proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

Tercero.- ORDENAR al Juzgado Décimo de Familia de Cali el cumplimiento, sin dilación alguna, de las medidas de protección ordenadas en el punto 8.4 de la presente sentencia, encaminadas a lograr el restablecimiento de los derechos de los menores y de la madre, hasta tanto se decidan definitivamente los procesos de pérdida de la custodia y cuidado personal que adelanta el Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes y el de pérdida de la patria potestad adelantado por el Juzgado Décimo de Familia de Cali, juzgados que serán notificados de la presente providencia.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el acompañamiento del proceso de reencuentro de los menores con su madre, y adelantar todas las gestiones dentro del ámbito de su competencia para garantizar, a la mayor brevedad posible, el cumplimiento de las medidas de protección ordenadas en el punto 8.4 de la presente sentencia, sin perjuicio de las funciones de vigilancia superior, de prevención, control de gestión y de intervención ante las autoridades judiciales asignadas por la ley a la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Yolanda Gómez Sánchez. El derecho a la reproducción humana. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

2 Folios 28-32, cuaderno 2.

3 Edad para el momento de la impugnación.

4 Folios. 412 y 413, cuaderno principal.

5 Folios 426-434, cuaderno principal. Para la fecha de la sanción, el juez décimo había dictado la nueva sentencia identificada con el N° J. 334 de julio 07 de 2009, pero por fuera del término de quince (15) días que le había señalado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia.

6 Folio 435, cuaderno principal.

7 Folios 459 y 460, cuaderno principal.

8 Folio 475, cuaderno principal.

9 Ibídem.

10 Folio 476, cuaderno principal.

11 Ibídem.

12 Folios 461-478, cuaderno principal.

- 13 Folios 479-49, cuaderno principal.
- 14 Folio 115, cuaderno principal.
- 15 Folio 116, cuaderno principal.
- 16 Folios 259 y 260, cuaderno principal.
- 17 Folio 118, cuaderno principal.
- 18 Folios 121 a 125, cuaderno principal.
- 20 Folios 129-131, cuaderno principal.
- 21 Folios 261 y 262, cuaderno principal.
- 22 Folios 166 y 167, cuaderno principal.
- 23 Folio 168, cuaderno principal.
- 24 Folio 169, cuaderno principal.
- 25 Folio 170, cuaderno principal.
- 26 Folio 172, cuaderno principal.
- 27 Folios 173 y 174, cuaderno principal.
- 28 Folio 176, cuaderno principal.
- 29 Folios 178-187, cuaderno principal.
- 30 Folios 176, 177 y 187, cuaderno principal.
- 31 Folio 195, cuaderno principal.
- 32 Folios 196 a 223, cuaderno principal.
- 33 Folios 272-390, cuaderno principal.

- 34 Folios 18-29, cuaderno principal.
- 35 Folios 18-29, cuaderno principal.
- 36 Folios 137-138, cuaderno principal.
- 37 Folio 136, cuaderno principal.
- 38 Folio 135, cuaderno principal.
- 39 Folio 134, cuaderno principal.
- 40 Folio 133, cuaderno principal.
- 41 Folios 231-232, cuaderno principal.
- 42 Folios 500-511, cuaderno principal.
- 43 Edad de la madre en el momento en que nacieron sus hijos, el 21 de marzo de 2006.
- 44 En esta providencia el Juzgado Décimo de Familia de Cali autorizó la salida de los dos menores del país con destino a Estados Unidos, en compañía del padre.
- 45 Con este fallo revocó el permiso de salida del país de los menores, que había concedido mediante sentencia 395h del 29 de agosto de 2008, en cumplimiento de la providencia proferida el 10 de diciembre de 2008 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que le ordenó dictar una nueva.
- 46 El Juez Décimo de Familia de Cali negó el permiso de salida del país de los menores, pero esta vez, con “base en los puntos expresamente señalados en el fallo que concedió la tutela a favor” de la madre (sentencia del 10 de diciembre de 2008 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia).
- 47 En esta oportunidad del Juez Décimo de Familia de Cali volvió a negar el permiso de salida del país de los menores, pero con un nuevo argumento, el de la ineptitud sustantiva de la demanda, a pesar de que en su concepto, el análisis detallado de las

pruebas que obran en el proceso “llevan a que la balanza se incline a favor del señor Salomón”. Ver punto 6.5. de la presente sentencia.

48 Sentencia C-796 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

49 Sentencia C-019 de 1993 (MP. Ciro Angarita Barón).

50 Sentencia T-029 de 1994 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

51 Ibídem.

52 Sentencia C-1064 de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

53 En sentencia T-408 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) se señaló al respecto lo siguiente: “El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.¶“Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.”

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002.

55 T-503 de 2003 y T-397 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

56 Ibídem.

57 Ibídem.

58 Sentencias T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

59 Artículo 6: “(...) 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Artículo 27: “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 responsables por el 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 (...).”

60 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prevaler” significa, en su primera acepción, “sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

61 En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que “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”.

62 Sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

63 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, MP. Enrique Gil Botero, Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Citada en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

64 Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

65 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 el menor 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 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”.

66 Sentencias T-408 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

67 Sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

69 Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

70 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Buchberger contra Austria; T and K contra Finlandia; Elsholz contra Alemania; Bronda contra Italia; Johansen contra Noruega. Ver Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001, para. 35; Eur. Court H.R., Case of T and K v. Finland, Judgment of 12 July 2001, para. 151; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 43; Eur. Court H.R., Case of Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 51; y Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, para. 52.

71 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Ahmut contra los Países Bajos; Gül contra Suiza; Berrehab contra los Países Bajos. Ver Eur. Court H.R., Case of Ahmut v. the Netherlands, Judgment of 27 November 1996, Reports 1996-VI, para. 60; Eur. Court H.R., Case of Gül v. Switzerland, Judgment of 19 February 1996, Reports 1996-I, para. 32; y Eur. Court H.R., Case of Berrehab v. the Netherlands, Judgment of 21 June 1988, Series A no. 138, para. 21.

72 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Buchberger contra Austria; Elsholz contra Alemania; Bronda contra Italy; y Johansen contra Noruega. Ver, inter alia, Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 November 2001, para. 35; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 43; Eur. Court H.R., Case Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 51; y Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para 52.

73 Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

74 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Buchberger contra Austria; Elsholz contra Alemania; Johansen contra Noruega; y Olsson contra Suecia (no. 2). Ver, inter alia, Eur. Court. H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 November 2001, para. 40; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 50; Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para 78; y Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden (no. 2), Judgment of 27 November 1992, Series A no. 250, para. 90.

75 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Buchberger contra Austria; Scozzari and Giunta contra Italia; Elsholz contra Alemania; y Johansen contra Noruega. Ver Eur. Court. H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001, para. 40; Eur. Court H.R., Case of Scozzari and Giunta v. Italy,

Judgment of 11 July 2000, para. 169; y Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 50; y Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, para. 78.

76 Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva núm. OC-17 del 28 de agosto de 2002, referente a “la condición jurídica y los derechos humanos del niño”, siguiendo la Directriz núm. 14 de Riad, y la jurisprudencia del TEDH según la cual cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño. Citada en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

77 Sentencia T-024 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

78 Sentencia T-914 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

79 *Ibíd.*

80 Ver historia médica de los menores en folios 28-33 y 53-55 del cuaderno 2.

81 Folios 192-193, cuaderno 2; folios 26-29 y 72-75 del cuaderno 1, folios 192-193 del cuaderno 2, y folios 77-78 del cuaderno 1 del expediente enviado por el ICBF.

82 Sentencias SU-225 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), y T-887 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo).

83 Folios 517-541, cuaderno principal.

84 Folios 522-523, cuaderno principal.

85 Yolanda Gómez Sánchez. El derecho a la reproducción humana. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

86 Si lo aportara estaríamos frente a la hipótesis de la mujer que se compromete a entregar su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, la cual si está prohibida en nuestro ordenamiento por constituir trata de seres humanos.

87 Como Arkansas, California, Florida, Illinois, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland,

Massachusetts, Michigan, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, Nuevo México, Oregon, Tennessee, Texas, Utah. En otros no está prohibida y se practica libremente como en Alabama, Alaska, Colorado, Connecticut, Delaware, Idaho, Nueva York, Carolina del Norte, Oklahoma y Vermont.

88 Debora L. Spar. *Baby Business*. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad. Tendencias, Barcelona, España, 2006. pp. 12-13. El título del libro corresponde a la traducción realizada por Felipe Villegas para la versión en español (la parte del título que no fue traducida al español podría leerse como El negocio de los bebés). El título original en la versión en inglés es *The Baby Business - How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, el cual fue publicado por Harvard Business School Press, Boston en 2006.

89 *Ibíd.*, p. 13.

90 Seudónimo empleado para Melissa Stern.

91 De 29 años en 1985, casada con un esposo alcohólico, madre de dos hijos (un niño de doce años y una niña de once años), de escasos recursos económicos, inestables laboralmente y con varias hipotecas en mora.

92 Los esposos Stern contaban ambos con títulos de doctorado y una posición económica solvente.

93 José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. *La maternidad subrogada o portadora o de encargo en el derecho español*. Madrid, Dykinson, 1994, pp. 27-29.

94 *Ibíd.*, pp. 31-32.

95 La señora Sarai nació el 13 de diciembre de 1983, en consecuencia, para esa fecha contaba con 21 años de edad.

96 Folios 261 y 262, cuaderno principal.

97 Aitziber Emaldi Cirión. *El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas*. Cátedra Interuniversitaria. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y

Genoma Humano. Bilbao, Granada, 2001, pp. 409-413.

98 “(...) entre Salomón y Sarai, existió un contrato, en donde el objeto de dicho contrato era la maternidad subrogada o alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resulte de la fecundación a la pareja que él tiene formada con Raquel. (...) // Lo que es objeto de discusión es el por qué si SARAI hizo un contrato verbal con el señor SALOMÓN, por el cual recibió una alta suma de dinero, en donde se le dio la oportunidad de una afiliación a una EPS, de recibir un tratamiento adecuado y de recibir otros beneficios, decide finalmente quedarse con los niños, no permitir ni siquiera que el demandante escogiera los nombres de sus bebés (sic); no permitirle que inicialmente los pudiera registrar con su apellido, no permitirle las visitas y en últimas desconocerle los derechos al señor SALOMÓN.// Era por lo demás obvio que el señor SALOMÓN, ante los atropellos que contra él se estaban cometiendo, no solo por SARAI sino también por la familia de esta, decidiera acudir ante las autoridades locales de Vijes, sitio donde vivía la señora SARAI y su familia, para hacer valer sus derechos que como padre de los niños tenía (...).”// Después de describir las circunstancias socioeconómicas de cada padre, el juez se pregunta: “¿con quién estarían mejor los menores, con su familia materna o con su familia paterna? Teniendo en cuenta que aquí lo que importa es el bienestar de los menores, que estén en buenas condiciones de salud, que tengan amor, que gocen de una casa cómoda, bien dotada, donde haya salubridad, buen ambiente, donde no corran peligro, donde tengan un buen servicio de salud, donde sus estudios estén asegurados etc. //Para nadie es un secreto que nuestra ciudad de Cali, es peligrosa, no hay fuentes de empleo, la gente pobre pasa demasiadas necesidades, estudiar se ha vuelto una odisea, hay problemas de drogadicción y prostitución, hay delincuencia en todos los órdenes de la sociedad, narcotráfico, etc., en otras palabras es difícil levantar familia en esta ciudad ante los innumerables problemas que nos rodean. Nuestra ciudad la queremos porque aquí nacimos pero ojalá tuviéramos la oportunidad de poder vivir con nuestra familia en un lugar más seguro y donde existan mejores oportunidades de estudio y de empleo.// Consideramos que Samuel y David estando con su padre no solo van a tener el amor de una familia que los va a querer, si no que también van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado.// Estamos seguros que SALOMÓN y su señora RAQUEL, van a brindarles un gran amor y cariño a los menores (...); el hecho de poder tener a esta par de gemelos en su poder les va a dar gran felicidad y alegría a sus vidas, por eso han

luchado y con mucho sacrificio lo lograron y por eso es que consideramos justo que dichos niños puedan estar con ellos.// (...)// Consideramos que en esta ocasión es el señor SALOMÓN quien tiene un mejor derecho de tener a los niños que la señora SARAI y esto por una muy sencilla razón, él fue quien busco (sic) de todas formas tener un hijo, lucho por ello, acudió a la medicina para que lo ayudaran, no desfalleció ante las dificultades, se ha sacrificado viniendo constantemente a esta ciudad para luchar por sus hijos, para que no se los vayan a quitar, para poder estar a su lado. Por su parte la demandada inicialmente la motivó a tener el hijo un interés económico que nos e puede desconocer. (...).” Ver folios 251 a 263, cuaderno 5.

99 Ver folios 420 y 421, cuaderno principal.

101 Folios 138-147, cuaderno 5.

102 Folios 332-334, cuaderno 5.