

derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes ante la vulneración o amenaza de sus derechos en donde es irrelevante si tiene o no un representante legal, porque se repite, la Constitución impuso la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en su efectiva protección, lo que se traduce en que fue el mismo Constituyente el que estableció la legitimación en la causa de cualquier persona para actuar en nombre de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en estado de riesgo o vulneración de sus derechos. No en pocas ocasiones es el representante legal el agente de la vulneración, en consecuencia, no se puede exigir que actúe en defensa de los derechos de su representado, pues puede acontecer que éste, por negligencia, ignorancia o simplemente como sujeto activo de la vulneración, omita hacer uso de los instrumentos jurídicos diseñados para lograr el amparo de quien se encuentra bajo su representación⁶

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

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

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

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

4.4. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

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

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

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

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

4.4.4. Así, la Corte Constitucional ha establecido que para que la acción de tutela sea procedente en estos casos, debe cumplir una serie de presupuestos generales que, de presentarse plenamente, facultarían al juez de tutela para revisar las decisiones judiciales puestas a su consideración⁹. Los presupuestos generales a los que se hace referencia fueron señalados en la **Sentencia C-590 de 2005**, de la siguiente forma:

4.4.5. Empero, excepcionalmente, en aquellas situaciones en que las providencias judiciales desconozcan los preceptos constitucionales y legales a los que deben sujetarse, y cuando se pretenda la protección de

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

⁸ Ver, entre otras, las Sentencias: T-191 del 25 de marzo de 1999. MP. Fabio Morón Díaz, T-1223 del 22 de noviembre de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis, T-907 del 03 de noviembre de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil y T-092 del 07 de febrero de 2008. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

los derechos fundamentales y el respeto del principio de seguridad jurídica, la acción de tutela será procedente¹⁰.

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

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

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

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

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹⁴.

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

f. Que no se trate de sentencias de tutela^{16,17}.

4.4.7. En la misma sentencia esta Corporación manifestó que una vez que se verifica el cumplimiento de los requisitos generales, **el accionante debe demostrar la ocurrencia de alguna de las causales específicas de**

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

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

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

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

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

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

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

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

procedibilidad o vicios en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión discutida.

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

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

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

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

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

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

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que

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

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

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

precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

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

i. Violación directa de la Constitución.”

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

4.5. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

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

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

Lo anterior obedece a que por su naturaleza, el derecho fundamental al debido proceso se concreta en dos garantías: i) la de informar a la persona interesada de cualquier medida que lo pueda afectar y ii) que mientras se adopta la decisión a que haya lugar, a la persona se le debe

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

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

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

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

garantizar la plena vigencia de sus derechos superiores, especialmente, los de contradicción e impugnación. En otras palabras, esta garantía se ejerce durante todas las etapas que integran el respectivo trámite y con posterioridad a la expedición de la decisión, tratándose de actuaciones administrativas, este será el acto administrativo²⁵.

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

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

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

²⁵ *Ibíd*em

²⁶ *Ibíd*em

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

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

4.6. EL DEFECTO FÁCTICO

4.6.1. La doctrina constitucional ha establecido con claridad respecto a la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se incurre en un defecto fáctico. Este defecto, como se advirtió en el acápite anterior, también es predicable de los actos administrativos. Esta causal de procedibilidad se presenta cuando resulta evidente la omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias o la valoración caprichosa o arbitraria de las pruebas existentes²⁸. Al respecto ha señalado la Corte:

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

4.6.2. El defecto fáctico tiene o presenta dos dimensiones:

4.6.2.1. Una **dimensión negativa** que tiene lugar cuando el juez o autoridad administrativa niega o valora la prueba arbitraria, irracional y

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

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

caprichosamente³⁰ u omite su valoración³¹ y sin fundamento alguno da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente³².

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

4.7. EL ERROR INDUCIDO O POR CONSECUENCIA.

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

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

4.7.3. Por último cabe precisar que la expresión *error inducido* es más clara que la noción inicial de *‘vía de hecho’* por consecuencia, en la medida en que la misma se tornaba en un oxímoron, es decir, una contradicción dentro del mismo término, pues la vía de hecho implica una actuación

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

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

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

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

³⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-590 del 27 de agosto de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

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

arbitraria por parte del funcionario judicial y este defecto descarta dicha arbitrariedad, pues lo que realmente ocurre es que la autoridad judicial es *inducida a error* por conductas, hechos o fallas atribuibles a otros órganos del Estado³⁷.

4.8. EL DERECHO A LA PRESERVACIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR³⁸.

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

4.8.2. Siguiendo lo anterior, en la **Sentencia T-408 de 1995**⁴⁰, al resolver un asunto donde a una niña no se le permitía visitar a su madre, quien se encontraba privada de la libertad, la Corte estableció algunos lineamientos respecto de las relaciones directas y permanentes entre los hijos y sus progenitores, señalando:

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

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

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

4.8.3. En la **Sentencia T-572 de 2009**⁴¹, se manifestó que la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado. En tal sentido, debido a que la protección de la unidad familiar es un derecho fundamental, las autoridades públicas *“deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que,*

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

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

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

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

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

*en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes*⁴² (Negritas fuera del texto original).

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

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

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

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Reiterada jurisprudencia constitucional ha ratificado que la pobreza jamás puede ser un motivo permitido -por irrazonable- para ordenar la separación de los niños de su medio familiar. Ver, al respecto, entre otras, las Sentencias T-510 del 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y T-887 del 01 de diciembre de

- 4.8.4. En razón de lo anterior, el ICBF cuenta con programas sociales alternos a la separación de los niños de su medio familiar y que buscan, precisamente, ayudar a las familias que se encuentren en precaria situación económica. Así, por ejemplo existe el programa “Hogar Gestor”, dirigido “*a atender en el medio familiar de origen a niños, niñas y adolescentes con o sin discapacidad menores de 18 años, que se encuentran en situación de peligro y cuyas familias, identificadas mediante valoración socio- económica y familiar, presentan una alta vulnerabilidad social y carecen de oportunidades para satisfacer adecuadamente las necesidades fundamentales de sus niños o adolescentes.*”⁴⁵ (Negritas fuera del texto original).
- 4.8.5. Bajo la presunción de mantener los vínculos con la familia el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia en consonancia con lo que señalaba el artículo 70 del anterior Código del Menor, consagra como una de las posibles medidas de restablecimiento de los derechos de los niños la “*Ubicación en familia de origen o familia extensa*”, describiéndola como “*la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando éstos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos. Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos.*” (Negritas fuera del texto original).
- 4.9. **EL DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA Y LA PRESUNCIÓN A FAVOR DE LA FAMILIA BIOLÓGICA.**
- 4.9.1. Además del derecho de toda persona a la preservación de la unidad familiar, se encuentra como uno de los derechos constitucionales fundamentales y prevalecientes del que son titulares los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Política.
- 4.9.2. La Corte Constitucional ha establecido que este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la obligación de preservarlo, en especial, la consagración constitucional de la familia

2009. MP. Mauricio González Cuervo, en las que se señaló: “*ni la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas o educativas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres*”.

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

como la institución básica de la sociedad (arts. 5 y 42, C.P.); la prohibición de molestar a las personas en su familia (art. 28, C.P.); y la protección de la intimidad familiar (art. 15, C.P.). Además, tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías adicionales, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos⁴⁶.

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

4.9.4. De lo anterior, se deriva la regla de la **presunción a favor de la familia biológica**, según la cual, **las medidas estatales de intervención en la vida familiar, únicamente pueden traer como resultado final la separación de los menores de dieciocho años, cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con los niños, las niñas y adolescentes, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico**⁴⁹. En el mismo sentido, el Código de la Infancia y Adolescencia colombiano consagra el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

4.9.5. Esta presunción se encuentra amparada por múltiples disposiciones internacionales que obligan al Estado colombiano: **(i)** la Convención

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

⁴⁷ Ídem.

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

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

sobre los Derechos del Niño, artículos 7-1⁵⁰ y 9-1⁵¹; (ii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, principio 6⁵²; (iii) el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993⁵³, preámbulo⁵⁴; (iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁵, artículo 23⁵⁶.

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

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

4.9.7.1. En la **Sentencia SU-225 de 1998**⁵⁷, la Corte afirmó que la intervención estatal se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección. Ante esa eventualidad compete al Estado prestar la protección y el cuidado que las niñas y los niños necesitan. En otros términos, los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento. El Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente. Dicho en pocas palabras: "*en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la*

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

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

⁵² "(...) cuando sea posible, los niños tienen derecho a crecer bajo el cuidado y la responsabilidad de sus propios padres (...) los niños de temprana edad no podrán ser separados de sus madres, salvo que medien circunstancias excepcionales (...)"

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

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

⁵⁵ Adoptado por Colombia mediante Ley 74 de 1968.

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

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

*debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo*⁵⁸.

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

4.9.7.2. Igualmente en la **Sentencia T-587 de 1998**⁶⁰, la Corte sostuvo que un niño o una niña sin familia se ven privados de crecer en un ambiente *“de afecto, solidaridad, alimentación equilibrada”* que suele propiciar *“la educación, la recreación y la cultura”*. Así que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige. Desde esta perspectiva, la intervención estatal en el núcleo familiar solo puede presentarse de manera marginal y subsidiaria y únicamente si existen razones de peso que así lo ameriten.

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

4.9.7.3. Así las cosas, precisó la Corte en la **Sentencia T-671 de 2010**⁶², que en el análisis de los casos en los cuales los niños, niñas y adolescentes

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

⁵⁹ Ídem.

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

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

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

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

4.10. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS.

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

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

4.10.2. El principio del interés superior del menor de dieciocho años, consagrado en distintos convenios de derechos humanos, se encuentra establecido expresamente en el **artículo 8º del Código de la Infancia y la Adolescencia**, así “(...) *Se entiende por interés superior del niño,*

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

niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes". Por otra parte, el **artículo 25** de este mismo Código, siguiendo el precepto superior de la prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho años sobre los demás, estableció: "(...) *En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona (...)*".

- 4.10.3.** En definitiva, la **calidad de sujetos de especial protección constitucional** de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del **(i)** artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del **(ii)** marco internacional, que consagra el principio del **interés superior** de los menores de dieciocho años.
- 4.10.4.** Ahora bien, la **calidad de sujetos de especial protección constitucional de los menores de dieciocho años tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran**, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes grados y se da partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad⁶⁴. Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral⁶⁵.
- 4.10.5.** Adicional a lo expuesto, la protección constitucional reforzada de la cual son titulares los niños, las niñas y adolescentes tiene su sustento en **(i)** el respeto de su dignidad humana, y **(ii)** la importancia de construir un futuro promisorio para la comunidad mediante la efectividad de todos sus derechos fundamentales⁶⁶.
- 4.10.6.** Acerca de los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de menores de dieciocho años, en la jurisprudencia de esta Corporación se han establecido los siguientes: **(i)** el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; **(ii)** este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales y

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

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

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

también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes.⁶⁷

4.11. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS A SER ESCUCHADOS.

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

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

5. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

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

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

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

(iii) Respecto al precepto de que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en función de su edad y madurez, el Comité precisó: 1) Ante todo el ejercicio del derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación. 2) Los Estados partes deben partir del supuesto de que

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

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

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

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

4.11.4. Frente al contenido de esta garantía fundamental, en particular, el establecido en el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Comité

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

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

5. CASO CONCRETO

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.2. Corresponde a la Sala precisar, ahora, nociones esenciales para resolver el caso de la referencia, tales como el de los procesos administrativos diseñados por el legislador para proteger y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para el efecto, es necesario distinguir entre la normativa que rigió hasta el 8 de mayo de 2007, fecha en la que entró en vigencia la Ley 1098 de 2006, mediante la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, por cuanto los hechos objeto de la presente revisión tuvieron ocurrencia en vigencia del anterior Código del Menor, Decreto 2737 de 1989.

5.4. EL PROCESO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE DECLARACIÓN DE ABANDONO. CÓDIGO DEL MENOR.

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

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

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

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

- 1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro.*
- 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas.*
- 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.*
- 4. Haya sido autor o participe de una infracción penal.*
- 5. Carezca de representante legal.*
- 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental.*
- 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción.*
- 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la Ley.*
- 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.*

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

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

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

De la anterior normativa pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- (i) La legislación definía las llamadas situación irregulares en las que podría encontrarse un menor de 18 años. Una de ellas, la denominada

situación de peligro o abandono que, se producía, entre otros casos cuando *“Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la Ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.”*, artículo 31 numeral 2.

(ii) Correspondía al ICBF, como autoridad competente brindar protección a los menores de dieciocho años y en consecuencia, a través de sus Defensores de Familia, entre otras, declarar la situación de abandono o de peligro con base en las causales establecidas en la normativa;

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

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

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

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

significa entender que este grupo es sujeto de todos los derechos fundamentales y objeto a su vez de protección, lo que implica la adopción de todas las medidas legislativas, políticas, sociales para garantizar, restablecer y asegurar sus derechos.

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

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

- 5.4.4. Significa lo anterior que el estado de adoptabilidad es y sigue siendo la más drástica de las medidas previstas tanto por el Código del Menor derogado como por el actual, lo cual obliga al Estado a observar una serie de requisitos que le permitan tener la certeza que definitivamente la familia de origen o quien tuviere a cargo el cuidado, crianza o

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

educación del niño, niña o adolescente no pueden asumir su cuidado ni asegurar el restablecimiento de sus derechos⁷¹.

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

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

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

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

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

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

Si el menor tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores”. ()

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

administrativo conoce de la disposición de los padres o personas legalmente obligadas a velar por el menor, de reivindicar ese derecho y cumplir con esa obligación”⁷⁴.

- 5.5. Con base en la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004⁷⁵ y en las pruebas que obran en el plenario, éstas son, en resumen, las actuaciones que desplegó el ICBF en el curso del procedimiento especial de declaración de abandono objeto de revisión:

| Fecha | Actuación |
|----------------------------|---|
| 16 de enero de 2004 | <ul style="list-style-type: none"> • Su tía-abuela, la señora <i>Doris</i> se presentó al ICBF, Centro Zonal, manifestando que entregaba a la niña <i>Sofía</i> de 8 años y 11 meses de edad porque no contaba con familiares que pudieran cuidarla; pues su madre la había abandonado y su abuela, quien la había acogido desde recién nacida, había fallecido. • La niña entró en protección del ICBF. • El ICBF abrió la respectiva investigación administrativa y ordenó la práctica de pruebas. Dispuso como medida provisional que la niña debía estar en un hogar sustituto adscrito al Centro Zonal. (Cd. fl.) |
| 19 de enero de 2004 | El dictamen médico arrojó como conclusión que <i>Sofía</i> presentaba un “...leve retardo en el desarrollo ponderoestatural...” |
| 08 de marzo de 2004 | Se notificó el auto de la apertura del proceso administrativo de protección a los señores <i>Hernando, Andrea y Ofelia</i> , en el cual se les informaba acerca de los recursos que procedían en contra del mismo. |
| 15 de marzo de 2004 | <i>Miguel</i> , abuelo de la menor de |

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

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

| | |
|---------------------------------|--|
| | dieciocho años, rindió su declaración. |
| 17 de marzo de 2004 | La trabajadora social y la psicóloga, adscritas al Centro Zonal del ICBF practicaron una visita a la residencia de la señora <i>Andrea</i> . |
| 17 de marzo de 2004 | <i>Ofelia y Hernando</i> , bisabuelos de <i>Sofía</i> , fueron citados a declarar pero manifestaron que se acogían a la excepción de no hacerlo por ser sus parientes. |
| 25 de marzo de 2004 | La Defensora de Familia le notificó personalmente a la madre biológica de <i>Sofía</i> el auto de apertura de investigación. |
| 26 de marzo de 2004 | La psicóloga del ICBF realizó una entrevista no programada a la madre biológica de <i>Sofía</i> . |
| 26 de marzo de 2004 | La madre biológica de la niña fue escuchada en declaración. |
| 02 de julio de 2004 | La trabajadora social del Centro Zonal presentó el informe social. |
| 31 de julio de 2004 | La Defensoría de Familia, adscrita al Proyecto de Protección del Centro Zonal, mediante Resolución N° 064 del 31 de julio, declaró la situación de abandono de <i>Sofía</i> y adoptó como medida de protección el inicio de los trámites para su adopción. |
| 24 de agosto de 2004 | La anterior decisión le fue notificada personalmente a la Personería Municipal de <i>Macondo</i> . |
| 09 de septiembre de 2004 | Se le notificó la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004 a la señora <i>Andrea</i> , madre biológica de la niña. |
| 15 de septiembre de 2004 | La Defensora de Familia dejó |

| | |
|--------------------------------|--|
| | constancia de que el término para recurrir la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004 había transcurrido en silencio. |
| 14 de octubre de 2004 | La Defensora de Familia dejó constancia de que en el término previsto en la ley, 20 días, los padres y personas interesadas no intentaron la acción de homologación. |
| 15 de octubre de 2004 | La Defensora de Familia ante la declaración de abandono ejecutoriada solicitó, con base en el artículo 62 del Código del Menor su inscripción en el libro varios del registro civil de nacimiento de <i>Sofía</i> . |
| 20 de octubre de 2004 | Se le practicó a <i>Sofía</i> , valoración psicológica, y la psicóloga dejó constancia de que la niña se encontraba escolarizada en el grado cuarto de primaria. |
| 25 de octubre de 2004 | Se rindió dictamen médico en el que se indicaba que la niña es una paciente <i>sana</i> . |
| 22 de diciembre de 2004 | La Defensora de Familia de la oficina de adopciones certificó que la señora <i>Susana</i> , reunía los requisitos para brindar un hogar adecuado y estable a un menor de dieciocho años. Además, ese mismo día, la futura madre adoptante recibió a la niña; es decir, antes de que el juez de familia emitiera la sentencia de adopción. |

5.6. Teniendo en cuenta la normativa que regía el procedimiento administrativo de protección para ese entonces y las actuaciones que

adelantó la autoridad administrativa dentro del mismo, esta Sala concluye lo siguiente:

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

La señora *Doris* suscribió un documento el mismo 16 de enero, en el que explicó las razones por las cuales pedía protección para su sobrina: “*Mi hermana Nancy fue abuela de crianza de la menor Sofía, ya que su madre Andrea la abandonó. A la muerte de Nancy... la menor quedó bajo protección del abuelo Miguel, quien la entregó a Nilet quien vivía en Belén. Ante las travesuras de la menor la entregó a los bisabuelos, quienes se encuentran mal de salud, en pobreza extrema y sin tolerancia para ayudar a varios nietos huérfanos que vive en el hogar. La situación... es de Maltrato Físico ante sus travesuras infantiles, riesgo sexual, falta de cariño y extremada pobreza para su alimentación y vestido*”.

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

Frente a la conclusión que presenta la Defensora de Familia (cd.6, fl.7) en el sentido de que el señor *Miguel* “*en definitiva cree oportuno que la menor Sofía sea dada en adopción*” no es una conclusión inequívoca a

la cual pueda llegar esta Corporación porque su declaración no aparece completa en el expediente, sólo se presentan apartes de lo que al parecer le manifestó al ICBF, pero, se reitera, del aparte que se transcribió en la Resolución por medio de la cual se declaró la situación de abandono de la niña, no puede extraerse de forma diáfana esta conclusión, con mayor razón si se compara con lo que manifestó posteriormente ante el Tribunal Superior, en los siguientes términos:

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

Ahora bien, aunque *Sofía* había convivido un tiempo con sus bisabuelos, éstos se negaron a rendir su declaración dentro del proceso administrativo, aduciendo algo que llama la atención de la Sala, esto es, la prohibición del artículo 33 de declarar contra si o contra los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, hecho que es un indicio de la falta de información que éstos recibieron por parte de los funcionarios del instituto sobre las implicaciones del trámite que se estaba realizando y su posibilidad de participar en dicho procedimiento.

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

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

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

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

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

Ahora bien, según el artículo 37 del Código del Menor, vigente para la época en que los hechos tuvieron lugar, **el Defensor de Familia tenía la obligación de escuchar en declaración a todas aquéllas personas, que de acuerdo con la ley debían asumir el cuidado y la crianza de la menor de 18 años o de quien lo tuviere a su cargo. En el caso específico, dicha obligación no se cumplió a cabalidad, pues, la autoridad administrativa en ejercicio de su atribución legal y constitucional debió decretar pruebas encaminadas a determinar con precisión y claridad las circunstancias familiares que rodeaban a la niña.** En este caso, la señora *Doris* entregó a la niña al ICBF aduciendo su abandono, argumento que obligaba al funcionario competente a investigar rigurosamente la real situación de ésta, asunto que no era difícil porque quien la entregó precisó el nombre de quienes habían asumido su cuidado desde que nació, aduciendo, además, que por su condición de monja, siempre estuvo ausente del entorno familiar en que ella creció. Estas dos circunstancias, es decir, la mención de unos nombres y el hecho de no conocer el desenvolvimiento de la relación familiar, obligan al funcionario del ICBF a indagar sobre las condiciones y sujetos de crianza durante sus 8 años y 11 meses de vida, pues era claro que la madre de la niña nunca se había ocupado de atenderla ni de brindarle compañía y afecto.

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

No obstante, se repite, **el ICBF inició el proceso administrativo de protección llamando a declarar a personas que no convivían con la niña, como era el caso de su madre biológica.** En efecto, aunque la persona que la entregó al ICBF adujo que su progenitora jamás había

asumido su crianza y educación, y mucho menos le había prodigado el amor y cuidado que una niña requiere desde su más temprana infancia, lo cual fue ratificado por la propia madre al momento de rendir su declaración; la señora *Andrea* fue la única persona a la cual se le notificó legalmente la apertura del proceso de protección. Contraviniendo con ello, lo dispuesto en la normativa que regía para la época, en el sentido de que **el Defensor de Familia debía abrir la investigación y ordenar la práctica de pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias de la situación de abandono y además, ordenar la citación a quienes de acuerdo con la ley tengan la obligación de asumir su cuidado personal o de quienes de hecho lo tuvieren** (artículo 37 del Código del Menor)

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

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

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

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

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

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

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

No se puede admitir el argumento según el cual una niña de 8 años y once meses poco podía decir sobre su entorno familiar. Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, **la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta** en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá **de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.**

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

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

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

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

5.7. LA DEFENSORA DE FAMILIA INCURRIÓ EN DEFECTO FÁCTICO POR VALORAR LAS PRUEBAS DE MANERA ARBITRARIA Y CAPRICHOSA.

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

Significa lo anterior, que una vez decretada la situación de abandono o peligro, en vigencia del anterior Código, era obligación del ICBF analizar las distintas medidas que se contemplaban en la normativa para establecer cuál de ellas era la que satisfacía o permitía proteger en forma integral los derechos de quien era declarado en situación de abandono o peligro. En donde la iniciación de los trámites para adopción sólo era posible cuando en el proceso administrativo que debía -y aun hoy- agotar el Estado en cabeza del ICBF, resultare fehacientemente probado que el niño o la niña de que se trate, no contaba con ninguna de las personas que por ley están llamadas a satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que el niño o la niña ha sido, en efecto, abandonado a su propia suerte. En otras palabras, la declaración de adoptabilidad sólo se impone cuando existe evidencia clara de que ni los padres biológicos ni la familia extensa ni las personas que de hecho se han ocupado de su crianza, están en la capacidad de garantizar sus derechos -capacidad que nada tiene que ver con lo económico- o que de permanecer en la familia biológica o de crianza conlleve para el niño o para la niña un riesgo insuperable que el Estado está en la obligación de evitar.

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

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

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

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

que mejor se ajustaba al restablecimiento o protección de los derechos de la niña era la adopción.

De haberse investigado de una manera profunda y juiciosa las circunstancias que rodeaban la situación familiar de la niña, como lo exige un proceso de esta naturaleza, es posible que se hubiese llegado a la decisión de tomar otro tipo de medidas, como por ejemplo, el acompañamiento a la familia biológica de la niña para guiarlos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales y con el propósito de que pudieran atender sus necesidades afectivas, emocionales y económicas. Ahora, si se evidenciaba una situación económica precaria de sus cuidadores, el ICBF en aplicación del **principio constitucional del interés superior** de la niña, ha debido buscar que la familia quedara inscrita en un programa del Estado que les permitiera atender alguna de sus necesidades básicas, sin embargo, se optó por empezar los trámites para la adopción. En la nueva legislación, artículo 58 inciso segundo, se consagra expresamente la obligación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar de brindar a la familia los recursos adecuados que le permitan garantizar los derechos del niño, niña o adolescente en proceso de reestablecimiento de derechos.

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

5.8. LA ADOPCION Y SU IRREVOCABILIDAD

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

Esa definición no implica que por tratarse de la *“principal y por excelencia medida de protección”* deba ser la que prime cuando un niño, niña o adolescente es declarado en estado de abandono o peligro, como lo exigían los preceptos del Decreto 2737 de 1989 o en proceso de restablecimiento –en los términos de la Ley 1098 de 2006-. En vigencia del anterior Código dentro de los procesos administrativos que adelantaba el ICBF se imponían medidas como la colocación familiar, la institucional y la adopción porque se consideraba que así se protegía de una mejor manera al niño, niña y adolescente. Dicho concepto ha

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

tenido que variar en tanto la nueva legislación de la infancia y la adolescencia –Ley 1098 de 2006- como la doctrina constitucional, le apuestan a la institución familiar y por ende, a la presunción de permanencia en la familia biológica, salvo que se demuestre razonadamente que el niño, niña o adolescente debe salir de ella para lograr la protección efectiva de sus derechos. Por tanto, los funcionarios encargados de esta decisión deben tener especial cuidado de no afectar el derecho a la unidad familiar cuando no existan razones válidas para tan drástica decisión.

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

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

5.8.1. La irrevocabilidad de la adopción

En el Código Civil original de Andrés Bello se consagró la institución de la adopción como un contrato solemne que **podía ser revocado** por las mismas causales que el artículo 1266 de esa normativa consagraba para que una persona fuera desheredada, artículo 284.

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

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

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

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

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

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

La irrevocabilidad de la adopción tiene su fundamento en el plexo de derechos del niño, niña o adolescente, en especial a tener una familia y

ser protegido contra toda forma de abandono, artículo 44 de la Constitución.

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

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

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

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

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

La irrevocabilidad de la adopción no significa que en los casos en donde se han desconocido los derechos fundamentales del niño,

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

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

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

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

Lo anterior, aplicando al caso concreto, permite a la Sala advertir que proceso de protección y los trámites de adopción que siguió el ICBF

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

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

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

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

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

familiar de origen y que por ello, no debió ser decretada su adopción, en amplio desconocimiento de todos sus derechos (cd.6, fls.225-227).

Sin embargo y como si lo anterior no fuera ya lo suficientemente grave, pues fue el instituto el que generó la vulneración de los derechos de la niña, éste continuó con su cadena de errores y desaciertos en contra de la adolescente, pues en lugar de optar por una medida que permitiera el reestablecimiento de sus derechos, por ejemplo, brindando un apoyo psicológico y emocional, como atender la dificultad de comportamiento que ésta presentaba, y volver sobre la decisión de adopción, se dedicó a defender incansablemente su actuación e iniciar nuevamente el proceso administrativo de protección, tendiente a agotar nuevamente trámites para su adopción, sin reparar en sus errores anteriores. Se pregunta la Sala, si la madre adoptante no tenía razón ¿por qué aceptó el reintegro de la niña al ICBF? y ¿por qué inició nuevamente un trámite de adopción cuando ésta es irrevocable? Las actuaciones surtidas por el ICBF no dan respuesta a estos interrogantes y muestran que falencias como las que se presentaron en este proceso exigen que se adopten los correctivos necesarios para que el Estado no sea precisamente la fuente de vulneración de los derechos de este grupo de especial protección.

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

5.9. EL JUZGADO DE FAMILIA INCURRIÓ EN LA CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DENOMINADA ERROR INDUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE DESPLEGÓ EL ICBF.

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

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

ii) Considerando que se trata del cuestionamiento de una decisión proferida en el curso de un proceso administrativo especial de protección así como de la decisión que se adoptó al interior de un proceso judicial, la Sala precisa que la familia biológica de la menor de dieciocho años no fue vinculada a dicho proceso y no conoció

oportunamente del mismo; en esa medida, no se cuenta con otro medio de defensa judicial para amparar los derechos de la joven;

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

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

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

En relación con los requisitos específicos tenemos lo siguiente.

5.9.2. La Sala considera que el **Juzgado de Familia incurrió en el denominado defecto por error inducido al proferir la Sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005), en virtud de la cual se entregó en adopción a la niña *Sofía* a la señora *Susana***. La configuración del error inducido se debe a que dicha sentencia se fundamentó en un acto administrativo que, como se explicó anteriormente, adolece de un defecto fáctico, por lo que si bien la actuación del juez no es arbitraria, sí resulta vulneratoria de derechos fundamentales de quien fue dada en adopción, ya que le dio continuidad y ratificó una actuación irregular por parte del ICBF, Centro Zonal, bajo

la consideración que la niña no contaba una familia que se pudiera hacer cargo de ella. Por tanto, en la medida en que el acto administrativo, en virtud del cual se declaró en situación de abandono está viciado, el fallo que decretó la adopción, corre la misma suerte y no puede producir efectos jurídicos, **máxime cuando el juzgado no desplegó actividad alguna para corroborar el estado de abandono en que se encontraba la niña.**

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

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

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

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

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

5.10. LAS ÓRDENES A IMPARTIR.

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

- 5.10.1. Revocar la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2009 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se confirmó la dictada por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, el 13 de octubre de 2009, y en su lugar, se concederá la tutela de los derechos fundamentales de la adolescente a favor de quien se presentó la presente acción de tutela a ser escuchada, a tener una familia y a no ser separada de ella. En consecuencia de lo anterior,
- 5.10.2. Se dejarán sin efecto tanto la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004 proferida por el ICBF, mediante la cual se declaró en situación de abandono a Sofia, como la sentencia proferida por el Juzgado de Familia el treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005), en la cual se decretó su adopción. En consecuencia, se impone el cambio de sus apellidos en el registro del estado civil, razón por la que se ordenará a la oficina competente su modificación para que se registre nuevamente con sus apellidos de origen.
- 5.10.3. Teniendo en cuenta la situación anterior y su condición de madre de familia, se impone al Sistema General de Bienestar Familiar, en especial, al ICBF, adopte las medidas necesarias para que la adolescente y su hijo/a por nacer o ya nacido/a, pueda continuar conviviendo con su hermana por línea materna y la familia de ésta en la *Ciudad Verde*, **con quien ha estado en el último tiempo y han manifestado que pueden acoger a la adolescente (cd. 1 fl. 334).**

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

manera implica que la adolescente vuelva con su madre biológica ni con su familia extensa en *Macondo*.

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

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

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

5.10.4.3. Prestar el apoyo psico-social necesario a la adolescente, según sus necesidades, que le permitan entender lo sucedido y determinar su proyecto de vida, así como prepararla para que pueda ofrecerle a su hijo nacido o por nacer un entorno que le permita un desarrollo integral. Para el efecto, se le designará un psicólogo distinto a los que tuvieron incidencia en el proceso administrativo en donde se impuso la medida de protección de adopción y durante un lapso mínimo de dos (2) años y por el tiempo que se requiera, con miras, entre otros, a restablecer los vínculos afectivos con su familia biológica y a que asuma el cuidado de su hijo por nacer o nacido.

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

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

5.10.4.6. Se exhortará al ICBF para que diseñe un protocolo en el que se consagren las directrices que deben seguir los funcionarios de esa institución en cuanto a la aplicación de las distintas medidas de reestablecimiento de derechos para que no se cometan los errores que se evidenciaron en el caso de la referencia.

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

6. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

ICBF, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NOVENO.- EXHORTAR al Consejo Superior de la Judicatura para que adopte las medidas necesarias con el fin de que los jueces de familia cumplan su rol de garante de derechos, específicamente dentro del trámite de los procesos de adopción para que conozcan y profundicen el conocimiento del caso puesto a su conocimiento y hagan uso de las facultades oficiosas para determinar la procedencia de esta medida de restablecimiento de derechos frente a un niño, niña o adolescente.

DÉCIMO.- ORDENAR a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, que dentro de la órbita de sus competencias haga un seguimiento estricto al cumplimiento de las

Correspond, Externa

2012ENE19 11:59AM

Consejo Superior

órdenes de este fallo y, dentro de los dos meses siguientes, le presente un informe a la Sala acerca del cumplimiento de éstas.

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

DUODÉCIMO.- Por la Secretaría, librese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Jorge I. Pretelt Ch.
JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado

Humberto Sierra Porto
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

Con Valimiento Judicial de Voto.

Luis Ernesto Vargas Silva
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

Marta Victoria Sachica Méndez
MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ
Secretaria General