

Sentencia T-259/18



Referencia: Expediente T-6.587.184

Acción de tutela instaurada por *MJGB* - Defensora de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander- quien actúa en calidad de agente oficiosa de la menor *SFZS* contra el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga

Magistrado ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en la acción de tutela instaurada por *MJGB* -Defensora de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander- en calidad de agente oficiosa de la menor *SFZS*.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. El 16 de febrero de 2018, la Sala de Selección de Tutelas número Dos de esta Corte¹ lo escogió para revisión.

I. ANTECEDENTES

Aclaración previa

En razón a que en el presente caso se estudiará la situación de una menor de diecisiete años declarada en estado de adoptabilidad, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre de la niña y el de

¹ Conformada por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.

sus familiares, así como los datos e informaciones que permitan conocer su identidad. En consecuencia, para efectos de individualizarlos y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a esta tutela, se cambiará el nombre de la menor, el de sus familiares y el de la accionante por las iniciales de sus nombres².

Hechos

1. *MJGB*, Defensora de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander, interpuso acción de tutela en calidad de agente oficiosa de *SFZS* contra la decisión proferida por el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga, dentro del proceso de restablecimiento de derechos adelantado en favor de la menor, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, y a tener una familia y no ser separado de ella.

2. Señaló que el 18 de octubre de 2012 la Comisaría de Familia de Piedecuesta, Santander dio apertura al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la adolescente *SFZS*.

3. Sostuvo que el 12 de octubre de 2016 se expidió la Resolución No. 002 de 2016 por medio de la cual se declaró a la menor en situación de vulneración de derechos y abandono.

4. Indicó que dicha Comisaría remitió las diligencias a la coordinadora del Centro Zonal del ICBF Luis Carlos Galán Sarmiento para continuar con el trámite correspondiente a la declaratoria de adoptabilidad de la menor.

5. Mencionó que el defensor de familia que avocó conocimiento procedió a revisar las actuaciones surtidas, encontrando falencias procesales y sustanciales que impedían dar continuidad al proceso, razón por la cual remitió el trámite administrativo a los juzgados de familia, *“ya que la oportunidad procesal para subsanar tales yerros jurídicos perecieron en cabeza de la Comisaría de Familia del Municipio de Piedecuesta, perdiendo la autoridad administrativa competencia, tal y como lo contempla el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006”*³.

6. Afirmó que el proceso correspondió por reparto al Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga que mediante providencia del 17 de enero de 2017 dispuso: **“PRIMERO: ASUMIR la competencia y por consiguiente AVOCAR conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos de la adolescente SFZS. SEGUNDO: DECLARAR la Nulidad de lo actuado a partir del 28 de abril de 2013, inclusive, conforme en lo expuesto en la parte motiva”**.

² La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores de edad implicados en procesos de tutela y de los de sus familiares ha sido adoptada, entre otras, en las siguientes sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-510 de 2003, T-376 de 2014, T-768 de 2015, T-733 de 2015, T-730 de 2015, T-129 de 2015, T-387 de 2016, T-741 de 2017, T-663 de 2017, T-024 de 2017 y T-512 de 2017.

³ Cuaderno de instancias, folio 1, vto.

7. Refirió que el 3 de abril de 2017 le fue comunicada la sentencia proferida el 10 de marzo de 2017, en la que el Juzgado declaró a la menor en situación de vulneración de derechos y abandono, así mismo la declaró en estado de adoptabilidad como medida de protección y ordenó:

“(...) la ubicación de la adolescente SFZS en un hogar distinto al HOGAR SJ donde actualmente se encuentra establecida. El cambio de institución deberá realizarse a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia. Ofíciase al ICBF, para que disponga el hogar donde deba ser reubicada la adolescente. Así mismo, se le requiere al ICBF, que una vez se practique el cambio de institución, se sirva informar al despacho a qué lugar fue enviada la adolescente SFZS, ello en razón a que se le autorizó que los progenitores la visitaran cada 15 días, situación que se debe poner de presente al nuevo hogar”. (Resaltado por la accionante).

8. Relató que el 26 de abril de 2017 solicitó al Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga allegar una copia de la sentencia para poder dar trámite a la medida adoptada por el despacho, ante lo cual recibió el Oficio No. 788 del 2 de mayo de 2017 con una copia del extracto de la sentencia y el siguiente pronunciamiento por parte del juzgado: *“Así mismo, se le requiere al ICBF, que de una vez practique el cambio de institución, se sirva informar al despacho a qué lugar fue enviada la adolescente SFZS, ello en razón a que se autorizó que los progenitores la visitaran cada 15 días, situación que se debe poner de presente al nuevo hogar”.*

9. Comentó que el 10 de agosto de 2017 le solicitó al Juzgado a través de correo electrónico enviar el expediente teniendo en cuenta que no se había podido dar trámite a la declaratoria de adoptabilidad, dado que el mismo se encontraba en ese despacho judicial, siendo necesario para *“elaborar la ficha de declaratoria de adoptabilidad y ser enviado al comité de adopciones junto con el expediente e igualmente enviar la sentencia original para la respectiva inscripción en el libro de varios”.*

10. Arguyó que el 28 de agosto de 2017 fue remitido el expediente, fecha en la cual avocó conocimiento para continuar con el trámite administrativo.

11. Según indicó, el juzgado accionado declaró la medida de adopción, en razón a que sus padres no estaban en condiciones de asumir su cuidado y protección, y no contaba con familia extensa que pudiera hacerlo, declarando con ello la pérdida de la patria potestad, pero permitiendo a su vez la visita de los representantes legales de la adolescente cada quince (15) días.

12. A juicio de la accionante, *“no resulta claro si la medida que se adoptó fue la declaratoria de adoptabilidad pues con ella se pierden todos los derechos y deberes de los padres frente a sus hijos; no siendo viable jurídicamente que se les otorguen permisos para ver a la menor”.* Lo anterior, con fundamento en el numeral 4° del artículo 64 del Código de Infancia y Adolescencia⁴.

⁴ Artículo 64. *“(...) 4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil”.*

13. Con sustento en lo expuesto, solicitó que se ampare el derecho al debido proceso y demás derechos fundamentales de la adolescente SFZS y, en consecuencia, se deje sin efectos la decisión adoptada por el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga el 10 de marzo de 2017, ordenando a ese despacho judicial proferir una nueva providencia que se encuentre acorde con la normatividad vigente.

Trámite procesal

Mediante Auto del 1° de septiembre de 2017 la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga admitió la acción de tutela y dispuso vincular *i)* al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; *ii)* a la Comisaría de Familia de Piedecuesta, Santander; *iii)* al Centro Zonal Luis Carlos Sarmiento; *iv)* a la señora NJSO y al señor JMZR, padres de la menor; y *v)* a la Procuraduría Sexta Judicial II para Asuntos de Familia de Bucaramanga.

Contestaciones de las entidades accionadas

14. El Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga manifestó que declarar en situación de vulneración de derechos y abandono a SFZS, fue una decisión que correspondió a la realidad de la adolescente. Al respecto, sostuvo:

“Tal declaración simplemente corresponde a la realidad de la adolescente, quien tiene vulnerados sus derechos por no tener las posibilidades de desarrollarse dentro de su familia biológica, dadas las condiciones de salud física y mental de sus padres, que le impiden brindarle un ambiente adecuado para su crecimiento, a lo que se sumó la extrema pobreza y la falta de familia extensa, lo que colocó en situación de riesgo los derechos fundamentales de SFZS, pues como se puede observar del material probatorio recaudado, la adolescente fue abusada sexualmente durante su infancia por su padrastro, y su madre a pesar de tener buen nexo afectivo con su hija se resiste a abandonar su pareja actual, a quien SFZS no soporta, porque encuentra que este amenaza su integridad física y sexual, de otra parte su padre es una persona discapacitada con una enfermedad degenerativa en progreso, ubicado en una zona rural donde SFZS no puede llevar acabo (sic) sus estudios secundarios, y donde tampoco existen condiciones adecuadas para que ella habite al lado de él, circunstancia que patentiza un estado de vulneración de derechos y abandono físico de sus progenitores porque no pueden ni quieren por el mismo bien de ella que vuelva con alguno de ellos porque son conscientes que no tienen nada que ofrecerle y que está mejor bajo el cuidado de las instituciones estatales”⁵.

Por otro lado expuso, que no se incurrió en la irregularidad alegada porque la decisión adoptada por el Despacho correspondió a las circunstancias especialísimas del caso, que no puede estandarizarse con los de común ocurrencia. Lo anterior, toda vez que la menor, a pesar de llevar varios años bajo la protección del ICBF, nunca perdió

⁵ Cuaderno de instancias. Folio 21

contacto con sus padres y fue ella quien solicitó que se le permitiera la comunicación a pesar de ser declarada en estado de adoptabilidad.

Por último, aclaró que el nexo con los padres biológicos se pierde de manera definitiva con el decreto de adopción y no con la declaratoria de adoptabilidad.

15. La Procuradora 6 Judicial II para la Defensa de la Infancia, Adolescencia y Familia de Bucaramanga, indicó que no podía pronunciarse sobre los hechos expuestos, en tanto desconoce los mismos. En todo caso, señaló que no se oponía a la prosperidad de las pretensiones siempre y cuando se acreditara el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y se demostrara la vulneración de los derechos fundamentales alegada por la accionante.

16. La señora *NJSO*, madre de la menor *SFZS*, solicitó el amparo y protección de los derechos fundamentales de su hija *“como es el de tener una familia, máxime cuando yo como mamá me encuentro en plenas facultades para atender sus necesidades hoy cuando tengo vivienda y trabajo, que puedo garantizar una estabilidad personal y familiar”*⁶.

Decisión de instancia

17. Mediante sentencia del 14 de septiembre de 2017 la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga negó el amparo. Luego de referirse a las actuaciones surtidas en el proceso cuestionado, determinó que el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga no incurrió en los defectos invocados, por cuanto se respetaron los derechos de la menor y de sus padres, al punto que aquella fue oída en una entrevista por la titular del juzgado; además, los padres de la adolescente no se opusieron a la declaratoria de adoptabilidad a pesar de que las decisiones fueron debidamente notificadas.

18. De igual modo, citó los artículos 107⁷ y 108⁸ del Código de la Infancia y la Adolescencia, y concluyó que según esas disposiciones el único efecto de la

⁶ Cuaderno de instancias. Folio 38.

⁷ *“ARTÍCULO 107. CONTENIDO DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD O DE VULNERACIÓN DE DERECHOS. En la resolución que declare la situación de adoptabilidad, o de vulneración de derechos del niño, niña o adolescente, se ordenará una o varias de las medidas de restablecimiento consagradas en este Código. En la resolución de vulneración se indicará la cuota mensual que deberán suministrar los padres o las personas de quienes dependa el niño, la niña o el adolescente, para su sostenimiento mientras se encuentre bajo una medida de restablecimiento, cuando a ello haya lugar. PARÁGRAFO. Para garantizar la adecuada atención del niño, niña o adolescente en el seno de su familia, el Defensor de Familia podrá disponer que los padres o las personas a cuyo cargo se encuentre, cumplan algunas de las siguientes actividades:*

1. Asistencia a un programa oficial o comunitario de orientación o de tratamiento familiar.

2. Asistencia a un programa de asesoría, orientación o tratamiento de alcohólicos o adictos a sustancias que produzcan dependencia.

3. Asistencia a un programa de tratamiento psicológico o psiquiátrico.

4. Cualquiera otra actividad que contribuya a garantizar el ambiente adecuado para el desarrollo del niño, niña o adolescente”.

⁸ *“ARTÍCULO 108. DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD. Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente Código, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.*

En los demás casos, la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá solicitarse la inscripción en el libro de Varios y

declaratoria de adoptabilidad es la pérdida de la patria potestad, mientras que con la adopción el adoptivo sí deja de pertenecer a su familia y extingue todo parentesco de consanguinidad.

19. Finalmente, adujo que fue la menor quien en la entrevista con la juez accionada solicitó que le permitieran continuar teniendo contacto o visitas con sus padres, mostrando interés en mantener su relación filial, e incluso, dentro de lo que refirió como proyecto de vida, hizo mención a que era “*para poder ayudarlos*”, circunstancias que fueron tenidas en cuenta por la funcionaria judicial al momento de adoptar el fallo.

20. Es de aclarar que no se anexó ninguna prueba al expediente de la referencia.

Actuación en sede de revisión

21. Mediante Auto del 18 de abril de 2018, el magistrado sustanciador solicitó al Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga y al Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander, que remitieran en calidad de préstamo el expediente administrativo con radicado No. 2016-00543 correspondiente al trámite de restablecimiento de derechos de la menor SFZS.

22. El 4 de mayo de 2018, el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga remitió en calidad de préstamo una copia de las diligencias adelantadas por ese despacho dentro del proceso de restablecimiento de derechos, en razón a que el cuaderno original se entregó junto con el expediente administrativo al Centro Zonal de Protección Especial Luis Carlos Galán Sarmiento del ICBF. Posteriormente, el 16 de mayo de 2018 la Defensora de Familia de ese centro zonal, remitió el expediente administrativo.

23. Una vez revisado el plenario la Sala destaca las siguientes actuaciones surtidas por las autoridades administrativas y por el juzgado accionado:

i) El 18 de octubre de 2012, la Comisaría de Familia de Piedecuesta rindió un informe sicosocial donde se consignó lo siguiente⁹:

“Se presenta SFZS, debido a la citación que se realizó por petición del progenitor JMZR, quien manifestó que su hija (12 años) presenta comportamiento desobediente, aunado a que se encuentran viviendo en una casa que presenta riesgo de derrumbe, motivo por el cual deben desalojar, y según el señor JMZR se va a vivir a la vereda Tres Esquinas; en dicho sector se

en el registro civil del menor de edad de manera inmediata a la ejecutoria. La Registraduría del Estado Civil deberá garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez (10) días a partir de la solicitud de la autoridad. Una vez realizada la anotación de la declaratoria de adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del niño, la niña o adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir la historia de atención al Comité de Adopciones de la regional correspondiente, en un término no mayor a diez (10) días. PARÁGRAFO. En firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho”.

⁹ Carpeta 1. Folios 1 y 2.

ubica la Escuela de Los Monos, donde no hay bachillerato e implicaría que SFZS abandone sus estudios. Se indaga por la progenitora NJSO y la niña manifiesta que vive en una pieza con un señor y ya le quitó el ICBF a su hermano de 13 años, motivo por el cual SFZS considera que su mamá no está en condiciones de cuidarla”.

ii) El 22 de octubre de 2012, la Comisaría de Familia de Piedecuesta rindió dos informes sicosociales, en los siguientes términos:

“[PRIMER INFORME] Ingresan a consulta JMZR y NJSO, progenitores de la menor. JMZR manifiesta que la menor últimamente no le obedece y no tiene donde vivir actualmente, ‘yo no puedo brindarle lo que la niña necesita y no puedo hacerme cargo de ella’. Se entrevista a la madre de la menor, quien manifiesta que actualmente convive con el señor PS desde hace 3 años, afirma: ‘yo estoy en condiciones de tener a mi hija y ya hablé de eso con mi pareja, yo no la quiero perder. Yo tengo dos piezas en arriendo y hablé con mi pareja para que él duerma solo y yo duerma con la niña’¹⁰.

[SEGUNDO INFORME] Se toma declaración de la señora NJSO quien informa que no puede tener bajo su cuidado a SFZS, puesto que vive en una habitación con su pareja y su horario de trabajo es de 1 am a 6 am y retoma 2 pm a 3:30 pm, tiempo en el que le preocupa dejar sola a la niña en compañía de otra persona. Declaración MGR, la señora es amiga de la mamá, puesto que fue la esposa de la pareja actual. Se ofrece a brindar cuidado, protección a SFZS mediante vivienda y alimentación”¹¹.

iii) El 23 de octubre de 2012 se llevó a cabo una visita social a la finca donde se iría a vivir el padre de SFZS. En el informe quedó consignado que la vivienda no cuenta con cuidadores óptimos para la niña, ya que el espacio físico está destinado para otras personas y no cuentan con las condiciones económicas para la manutención diaria de la menor¹². Al día siguiente, se realizó una visita social a la vivienda de la progenitora, de la cual se concluyó que la menor se encontraba viviendo nuevamente en ese lugar y que en dos semanas la segunda habitación del inquilinato contaría con las condiciones óptimas para alojar a la señora NJSO y a su pareja, y SFZS utilizara la otra habitación¹³.

iv) El 3 de diciembre de 2012, la Comisaría de Familia de Piedecuesta rindió un informe sicosocial, del cual se extrae¹⁴:

“El señor JMZR se presenta junto con SFZS, informando que durante la estadía con su progenitora no ha cumplido los compromisos asumidos con el área de trabajo social; sino que por el contrario ha asumido comportamientos de riesgo ‘como tener relaciones sexuales con su pareja delante de la niña’ lo que quiere

¹⁰ Carpeta 1. Folio 3.

¹¹ Carpeta 1. Folio 4.

¹² Carpeta 1. Folios 5 y 6.

¹³ Carpeta 1. Folio 7.

¹⁴ Carpeta 1. Folio 8.

decir que no buscaron una habitación individual para SFZS. (...) La niña manifiesta que desea ingresar a un hogar del ICBF”.

v) Esta situación fue corroborada con la visita social realizada el 4 de diciembre de 2012 cuyo informe evidencia que las condiciones habitacionales se mantienen: *“Inquilinato: una habitación tanto para la señora NJSO y su pareja sentimental en una cama doble, y conjunto una cama sencilla para SFZS”*¹⁵.

vi) El 7 de diciembre de 2012 la menor rindió una declaración donde indicó que no quería vivir con la mamá¹⁶:

“Es que mi mamá me falta el respeto, a veces me dice idiota y eso, entonces yo también le respondo (...) mi mamá no se preocupa por mí, si como no, hoy por ejemplo salió desde por la mañana y no dijo nada de qué debía hacer o algo así (...) otra razón es que mi mamá tiene relaciones con su nueva pareja adelante mío y eso es muy incómodo (...) ella no muestra ningún interés conmigo (...) donde el señor ese le falte algo ella hace lo que sea por conseguirle lo que necesite, en cambio algo mío no pone cuidado (...)”.

vii) En el expediente obra un informe de Historia de Atención de la Comisaría (sin fecha) de la que se destaca que la menor *“durante su infancia sufrió abuso sexual por parte de un padrastro”*¹⁷.

viii) Mediante decisión del 27 de diciembre de 2012, la Comisaría de Familia - Segundo Turno- de Piedecuesta dio apertura al proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de SFZS. En consecuencia, dispuso como medida de restablecimiento de derechos retirar a la menor del medio familiar en el que se encontraba y ubicarla en un hogar de paso, hogar sustituto o programa de atención especializada, según su perfil¹⁸.

ix) El 28 de diciembre de 2012 la menor fue ubicada en el hogar de paso Corporación para el Fomento y Desarrollo Social de Santander Corfordesan¹⁹.

x) El 7 de enero de 2013, la señora NJSO presentó un escrito ante la Comisaría de Familia de Piedecuesta, donde manifestó que quería recuperar a su hija y que cumpliría a cabalidad lo exigido respecto del alojamiento, alimentación, vestuario y educación, hasta donde las condiciones y capacidades socioeconómicas se lo permitieran. Aclaró que el interés por conservar a su hija obedecía a la tristeza y profundo dolor que le causaba la entrega en adopción de su hijo mayor a ciudadanos extranjeros²⁰. Esta petición fue reiterada el 1 de abril de 2013²¹.

¹⁵ Carpeta 1. Folio 9.

¹⁶ Carpeta 1. Folio 10.

¹⁷ Carpeta 1. Folios 13 a 18.

¹⁸ Carpeta 1. Folios 24 y 25.

¹⁹ Carpeta 1. Folio 33.

²⁰ Carpeta 1. Folios 37 a 38.

²¹ Carpeta 1. Folio 54.

xi) El 18 de enero de 2013, la sicóloga de Corfordesan remitió la copia de algunas de las actividades realizadas con la menor, donde exteriorizó sus sentimientos frente a las situaciones que ha vivido con su mamá. Sobre el particular, expuso que el resultado fue la manifestación de *SFZS* de no querer volver a vivir con la mamá, ya que no confía en su cambio de conducta²². Para ello, se anexaron unas cartas escritas por la menor de las cuales se extrae que: *i)* siente afecto por su progenitora y lo único que espera de ella es un cambio de conducta y que abandone a la pareja con la que se encuentra; *ii)* se duele del trato que recibe de su madre, quien le dice groserías, la maltrata, le pega, habla mal de su papá y tiene relaciones sexuales delante suyo; y *iii)* relata que a los 8 años fue violada por un señor que ya está en la cárcel²³.

xii) El 28 de enero de 2013, *SFZS* fue ingresada al Refugio *SJ* del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento, Regional Santander, del ICBF²⁴.

xiii) El 27 de abril de 2013, el equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de Piedecuesta conformado por la Comisaria, la trabajadora social, la sicóloga y el auxiliar administrativo, rindió un concepto sobre la medida de protección adoptada en favor de la adolescente, en el que indicó que del estudio socio-familiar realizado al hogar de la progenitora, se concluía que esta no tenía compromiso de cambio y las condiciones de convivencia con la pareja no habían mejorado para mantener un ambiente emocional y garantizar los derechos a su hija. En virtud de lo anterior, emitió un concepto favorable para continuar la medida de protección en ubicación en centro especializado de ICBF²⁵.

xiv) Ese mismo día, la Comisaría de Familia de Piedecuesta llevó a cabo una audiencia en la cual confirmó la medida de protección de ubicación de la adolescente en un programa de atención institucional.

xv) Posteriormente, el 15 de agosto de 2013 la Comisaría de Familia de Piedecuesta emitió la Resolución No. 001 de 2013, por medio de la cual declaró en estado de vulneración de derechos y abandono a *SFZS*, teniendo en cuenta que *“ninguno de los progenitores cuenta con las condiciones de vida, salud, estabilidad emocional y afectiva, empleo, vivienda, etc, que les permitan asumir la responsabilidad legal y moral que les asiste en el cuidado y protección integral de la joven. Aunado al hecho que la adolescente no cuenta con redes de apoyo familiar que permitan ser tenidas en cuenta como candidatos para un posible reintegro familiar (...)”*²⁶.

xvi) El 14 de diciembre de 2016, Carlos Saúl Díaz Carvajal, Defensor de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del ICBF, solicitó ante los juzgados de familia de Bucaramanga avocar conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos de *SFZS*, luego de poner de presente múltiples inconsistencias dentro

²² Carpeta 1. Folio 46.

²³ Carpeta 1. Folios 39 a 45.

²⁴ Carpeta 1. Folios 52 y 53.

²⁵ Carpeta 1. Folio 76.

²⁶ Carpeta 1. Folios 89 a 94.

del trámite que llevaron a la pérdida de competencia por parte de esa dependencia²⁷.

xvii) El proceso fue repartido al Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga, que mediante Auto del 16 de enero de 2017 asumió la competencia y avocó conocimiento del proceso, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del 28 de abril de 2013, y vinculó como familia extensa a *AdSO*, *GSO* y *ArSO*, tíos maternos de *SFZS*, y a *GS*, madre de crianza de la progenitora de la adolescente. El despacho encontró, entre otras irregularidades, que la Comisaría de Familia encargada no resolvió de fondo la vulneración de derechos de la menor en el término estipulado en el parágrafo 2 del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, esto es, cuatro meses contados a partir del auto de apertura del proceso²⁸.

xviii) El 23 de enero de 2017, el juzgado llevó a cabo una audiencia a efectos de entrevistar a la señora *GS*, madre de crianza de la progenitora de la adolescente, para que brindara información sobre los tíos maternos de la menor. Explicó que en ese momento no tenía conocimiento de la dirección exacta donde podrían ser ubicados²⁹.

xix) El 2 de febrero de 2017 se realizó una diligencia de declaración de *SFZS*, con el fin de determinar si conocía la ubicación de sus tíos, ante lo cual la menor informó que no sabía quiénes eran. Por otro lado, la adolescente solicitó lo siguiente: *“quisiera que me dieran permiso para asistir los domingos a la iglesia y que me cambiaran de institución porque llevo 4 años en la institución a veces el ambiente es terrible tanto de parte de la niña como del personal, a toda hora peleas, a veces no me gusta la actitud que tiene el personal hacia uno, porque si uno falla de una vez queda tildado (...)”*³⁰.

xx) Dada la imposibilidad de localizar a los tíos maternos de la adolescente, mediante Auto del 2 de febrero de 2017, el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga le ordenó al ICBF publicar en su página web el edicto emplazatorio de *NJSO*, progenitora de la menor, *AdSO*, *GSO* y *ArSO*, tíos maternos, a la familia extensiva y demás personas que se consideren con interés dentro del proceso de la referencia. De igual forma, dispuso hacer la correspondiente publicación en el programa *“ME CONOCES”*³¹.

xxi) El 3 de febrero de 2017, la señora *NJSO*, madre de la menor *SFZS*, allegó un escrito en el que informó que tiene una hermana que se llama *CSO*, pero que no la conocía. De otro lado, brindó información de contacto de sus hermanos *AdSO* y *ArSO*; sin embargo, aclaró que nunca los había visto. Por último, manifestó: *“yo trabajo muy duro, en la tarde lavo carros y en la mañana vendo periódico, yo quiero que me la entreguen o que me la dejen ver cada 15 días, no tengo sino esa*

²⁷ Carpeta 2. Folios 265 a 267.

²⁸ Carpeta 2. Folios 270 y 271.

²⁹ Carpeta 2. Folio 282.

³⁰ Carpeta 2. Folio 301.

³¹ Carpeta 2. Folio 303.

hija, porque el otro me lo quitaron y no sé nada de él, para uno perder los hijos es muy duro, solo la tengo a ella”³².

xxii) El 27 de febrero de 2017, la Oficial Mayor del juzgado emitió un informe secretarial en el cual señaló que ese día se hizo presente la menor SFZS, indicando que deseaba el cambio de hogar, porque *“donde estaba no se sentía bien, que el trato de las hermanitas no era el mejor y que no quería continuar allí, razón por la cual necesitaba hablar con la juez para que en el fallo ordenaran su cambio de institución*”³³.

xxiii) Mediante Auto del 28 de febrero de 2017, el juzgado citó al comité interdisciplinario del Hogar Refugio SJ, conformado por la psicóloga, la trabajadora social y la coordinadora de modalidad, con el fin de que rindiera un informe sobre las condiciones físicas, emocionales y psicológicas de la menor³⁴.

xxiv) En cumplimiento de lo anterior, el 1° de marzo de 2017 la Hermana APT, Coordinadora del Hogar Refugio SJ, entregó el informe evolutivo de los meses agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2016, del cual se extraen los siguientes apartes sobre el programa de *“fortalecimiento personal y familiar*”³⁵:

“Los progenitores de SFZS la visitan cada uno por su lado, es de anotar que durante este periodo han asistido más seguido a los encuentros biológicos, donde se evidencia fortalecimiento del vínculo.

Los padres refieren no tener las condiciones (habitacionales, económicas, de protección y salud) para asumir el cuidado de su hija. El señor tiene discapacidad cognitiva y requiere de caminador para desplazarse por lo cual no puede trabajar y refiere que depende de los hermanos de la iglesia cristiana a la que pertenece. La progenitora tiene discapacidad cognitiva y continúa viviendo con el presunto agresor sexual de SFZS.

SFZS ha participado en talleres sobre prevención de situaciones de riesgo, manejo de la sexualidad y comunicación asertiva.

La adolescente ahora tiene dos carreras profesionales que le llaman la atención, psicología o jefe de enfermería.

SFZS ha manifestado que desea que le definan su situación legal y quiere que la declaren en adoptabilidad, aduciendo que no quiere volver a pasar por lo que ya vivió de estar en la calle con su madre, pedir dinero a transeúntes, ella quiere mejorar su calidad de vida y dice que con su familia no lo va a ser (sic) ni ellos la van a apoyar en su proyecto de vida que es ir a la universidad. (...)”.

³² Carpeta 2. Folio 314.

³³ Carpeta 2. Folio 326.

³⁴ Carpeta 2. Folio 327.

³⁵ Carpeta 2. Folios 329 a 334.

xxv) El 3 de marzo de 2017 se llevó a cabo una audiencia a la cual concurrieron dos integrantes del equipo interdisciplinario del Hogar SJ, quienes se pronunciaron sobre la evolución, crecimiento y desarrollo de la menor SFZS, lo cual quedó registrado en los siguientes términos³⁶:

“(…) 2. Presenta un cansancio institucional debido a que lleva más de 5 años allí.

3. La menor reclama mayor libertad y autonomía, la cual la institución no se la puede brindar debido a la cantidad de menores que se manejan y a la complejidad de los casos, pues darle a ella la libertad implicaría dársela a las demás.

4. Indican que la menor ha manifestado en varias ocasiones ser hija del Estado, y que no quiere vivir con su familia.

5. Manifiestan que no es recomendable que la menor vuelva al hogar de su progenitora, toda vez que tienen una relación muy deteriorada.

(…)

7. Mencionan que el hogar ya le brindó todas las bases para que la niña pueda desarrollarse en su proyecto de vida, cumpliendo de esta manera con la función que le fue encomendada, por lo que requiere un cambio de institución donde pueda tener mayor libertad y poner en práctica los valores y principios que le fueron inculcados”.

xxvi) El 10 de marzo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de práctica de pruebas y sentencia de que trata el artículo 100 del Código de Infancia y Adolescencia.

En primer lugar, a las 10:20 a.m., se realizó una entrevista a la joven SFZS con el fin de indagar sobre las relaciones familiares y determinar posibles visitas de familiares y/o acudientes durante su estado de adoptabilidad. Del acta de la diligencia se extrae lo siguiente³⁷:

“SFZS nació en Bucaramanga el 29 de septiembre de 2000, tiene 16 años de edad, estudia en el Colegio CCB, donde cursa grado once. (…)

Desde el 28 de enero de 2013, ingresó voluntariamente al Refugio SJ, dice que lo hizo por el maltrato familiar de su progenitora y su relación de pareja con el señor PS, quien maltrataba verbalmente a la señora NJSO, y además sentía que viviendo con ella, no tenía mamá pues prefería invertir tiempo y plata en su pareja más que en su hija, entonces cuando tenía 10 años de edad, se fue a vivir con su papá JMZR, a una iglesia que se llamaba ‘Caminando con Cristo’. Él trabaja en oficios varios, SFZS hacía aseo, estudiaba pero volvió a aparecer la mamá y le pidió que volviera con ella, que iba a dejar a PS y todo iba a cambiar, entonces se fue otra vez con ella y se fueron a vivir a una pieza en Piedecuesta, pero las cosas siguieron igual que antes. Su mamá seguía viviendo con el señor PS y no tenía el menor reparo en hacer a su hija partícipe de sus relaciones íntimas. Esta situación maltrataba moralmente a SFZS. Para diciembre de 2012, tuvieron una fuerte discusión madre-hija, hasta golpearse y

³⁶ Carpeta 2. Folio 335.

³⁷ Carpeta 2. Folio 342.

SFZS huyó. Entonces la mamá puso una queja en la Comisaría y allá fue donde SFZS informó que no quería seguir viviendo ella (sic).

Desde esa fecha hasta hoy SFZS vive en el Refugio SJ y su mamá sigue viviendo con el señor PS. NJSO decía que el papá había violado a SFZS, pero eso no es cierto, el papá a pesar de su discapacidad siempre la ha respetado. Actualmente la mamá continúa viviendo en una habitación y sigue viviendo con el señor PS.. (...)

En cuanto a las visitas de sus padres, ellos la visitan una vez al mes de manera separada. (...) En la actualidad la relación con su mamá ha mejorado, porque a pesar de todo la quiere y la respeta, y con su papá la relación es cada vez mejor. Y le gusta mucho que sus padres la visiten. No tiene vínculos con ningún otro familiar paterno ni materno. (...)

SFZS dice que no sabe bien qué trámite se está adelantando ante este juzgado, pero lo alcanza a entender que es para decidir si se tiene que ir para la casa o se queda con la protección del Estado con el ICBF. Y quiere pedirle al Despacho que la declare HIJA DEL ESTADO para continuar sus estudios de sicología porque su familia no tiene las condiciones económicas, habitacionales y sociales para ver de ella. Y una vez declarada hija del Estado, ella quiere seguir en contacto con sus papás, y ayudarlos, porque para eso es que quiere estudiar, porque a pesar de sus errores SFZS los quiere como son, porque son las personas que Dios puso en su camino para que fueran sus papás. Dice que no los juzga porque tratan de darme lo que pueden. (...)

Posteriormente, a las 2:00 p.m., el juzgado de conocimiento llevó a cabo la audiencia de fallo³⁸. En primer lugar, llamó a interrogatorio a señora NJSO, progenitora de la menor, del cual se extrae lo siguiente³⁹:

Juez: ¿por qué a SFZS no le gusta vivir con usted? **NJSO:** porque yo estoy con una pareja. **Juez:** ¿y que pasa con esa pareja, por qué a SFZS no le gusta esa pareja? **NJSO:** porque ella dice que la ha tocado pero yo no creo. **Juez:** usted escuchó la entrevista de SFZS donde dice que ella desea seguir viviendo en una institución, ¿usted está de acuerdo con que eso sea así? **NJSO:** sí, porque no tengo como darle el estudio, pero que no me vaya a olvidar porque yo soy la mamá de ella. **Juez:** ¿usted desea que SFZS no vuelva a vivir con usted y seguirla visitando? **NJSO:** sí, pero yo voy y la visito, cada 15 días. **Juez:** ¿usted tiene capacidad para de pronto colaborarle económicamente a SFZS? **NJSO:** sí. **Juez:** ¿cuánto le da usted mensualmente? **NJSO:** le llevo el almuercito, le llevo cositas y le doy 10 mil pesitos, cinco mil. **Juez:** ¿cómo se porta SFZS con usted cuando están en visita? **NJSO:** bien, para que. **Juez:** ¿usted actualmente dónde vive, o sea, vive en una habitación, en un apartamento? **NJSO:** en una pieza con la cocina. **Juez:** ¿y ahí vive con el señor PS? **NJSO:** sí. **Juez:** ¿con quien más vive usted? **NJSO:** no más los dos. **Juez:** ¿el señor PS qué le ha dicho de SFZS,

³⁸ Carpeta 2. Folios 344 y 345.

³⁹ Copia del expediente remitido por el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga. Folio 74A, CD.

a él le gustaría que SFZS volviera a vivir con usted o no ha dicho nada? NJSO: no ha dicho nada”.

Luego de lo anterior, la Defensora de Familia presente en la audiencia procedió a interrogar a la señora NJSO:

“Defensora: quisiera que le recordara al despacho ¿por qué SFZS llegó al Bienestar Familiar, que fue lo que pasó? NJSO: porque ella no quería vivir más conmigo. Defensora: ¿y usted sabe por qué ella no quería vivir más con usted? NJSO: porque yo tengo una pareja. Defensora: ¿existe otra persona en la familia que pudiera hacerse cargo de SFZS? NJSO: no. Defensora: es decir, si usted misma no reúne las condiciones como usted misma dice, porque usted continúa viviendo con su pareja, ¿considera usted que hay otra persona de la familia aparte de usted que pudiera hacerse cargo? NJSO: mi mamá nos regaló de chiquitas, yo no conozco los otros hermanos, la que me crio fue GS, pero yo no conozco a los otros hermanos. Yo se los nombres de ellos, pero no los conozco”.

Acto seguido, el juzgado interrogó al señor JMZR, padre de la menor, de lo cual se registra lo siguiente:

“Juez: ¿sabe los motivos por los que fue llamado a declarar? JMZR: porque la niña quiere seguir adelante, seguir estudiando. Juez: ¿usted sabe dónde vive actualmente SFZS? JMZR: en el refugio SJ. Juez: ¿usted la visita allá? JMZR: si señora. Juez: ¿con qué frecuencia? JMZR: pues no mucho, la niña sabe que yo no trabajo y cualquier pesito que me llega para ir a visitarla (...) Juez: ¿cómo es su relación con SFZS?: JMZR: pues bien, excelente. Juez: ¿con quién ha vivido SFZS desde que nació? JMZR: una parte cuando estuvimos viviendo con NJSO y otras veces después de que nos dejamos pues vivía con ella, y otro poco que vivíamos allá en la iglesia, después de ahí para acá no más. Juez: ¿usted que conoce a SFZS, que conoce el proceso de SFZS, que ha vivido con ella, con quién cree que debe permanecer SFZS, con la institución en la que actualmente se encuentra, debe permanecer con NJSO o debe permanecer con usted? JMZR: pues la niña quiere seguir adelante y yo no tengo como darle el estudio, entonces pues que siga adelante. Juez: ¿y con la mamá? JMZR: pues yo no sé, la decisión la toma la niña. Juez: ¿usted considera que la señora NJSO está apta para asumir el cuidado de SFZS? JMZR: sinceramente yo no sé, porque usted sabe que yo no puedo trabajar, estoy enfermo, la carrera que la niña quiere es muy costosa y nosotros no tenemos cómo darle esa carrerita, ella quiere salir adelante. Juez: ¿usted sabe si SFZS cuenta con otros familiares que la puedan ayudar? JMZR. No sé. Juez: ¿y de su familia hay alguien que pudiera encargarse del cuidado de SFZS? JMZR: yo tengo dos hermanos, a uno le tocó perderse porque debía mucha plata y el otro tiene su hogar, tiene su esposa, tiene hijos, entonces, ¿a dónde? Juez: ¿y sus padres? JMZR: mis papás están en el ancianato, yo estoy solo. Juez: ¿usted asume bien si SFZS se queda en la institución donde está actualmente por orden del bienestar familiar? JMZR: si señora. (...) Juez: ¿usted sabe si SFZS cuando vivió con la mamá estuvo

expuesta a una situación de peligro? JMZR: pues la verdad yo no sé, no sé nada, porque cuando estaba con ella yo vivía en la iglesia”.

Una vez finalizaron los citados interrogatorios, la Defensora de Familia solicitó que la menor fuera declarada en situación de adoptabilidad, habida cuenta que ninguno de los padres reunía las condiciones para brindarle protección y garantizarle sus derechos, y porque no existía otro miembro de la familia extensa que lo pudiera hacer.

Posteriormente, el juzgado procedió a dictar sentencia. En primer lugar, hizo referencia a los antecedentes del caso: *“acude el progenitor de la menor a las instalaciones de la comisaría de familia de Piedecuesta a fin de que se brinde un hogar a su hija, pues la casa donde reside tiene riesgo de derrumbe por lo que tomó la decisión de irse a vivir a un lugar donde SFZS no podría continuar con sus estudios porque la escuela solo cuenta con primaria. La Comisaría atiende el caso y de inmediato procede a realizar el seguimiento.*

De las entrevistas practicadas a la adolescente y a sus progenitores se extrajo que la menor vivió hasta los 7 años en la calle con su progenitora y con su padrastro quien abusó sexualmente de ella a los 9 años. Posteriormente, se fueron a vivir a una habitación de un inquilinato con su progenitora y su nueva pareja siendo la menor sometida a presenciar los encuentros íntimos de la pareja (...).”

El juzgado concluyó que de las declaraciones tomadas en esa audiencia se desprendía que los progenitores estaban de acuerdo con que la menor continuara bajo la protección del Estado. Además, que no se conocía de otro familiar que pudiera asumir el cuidado de la menor, quien manifiesta que *“desea ser hija del Estado porque su mamá continua viviendo con PS quien la ha tocado y no la ve como su hijastra sino como su mujer, y que su papá con quien tiene una excelente relación no la puede ayudar porque tiene problemas de salud que le impiden devengar un sueldo para su sostenimiento”.*

A juicio del despacho, *“si bien la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que los niños tiene derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, ese derecho no es absoluto, lo que significa que un menor puede ser retirado de su núcleo familiar cuando no se brinden las condiciones óptimas para su crecimiento físico y emocional”.* En el caso bajo estudio encontró que el padre no cuenta con las condiciones habitacionales y económicas, y la madre no cumplió con las recomendaciones realizadas por más de 3 años; además, no cuenta con familia constituida estable o con una red de apoyo de su familia extensa. Sostuvo que la niña fue abusada sexualmente y al dormir la menor en la misma habitación la ponía en riesgo permanente de un nuevo abuso; aunado a ello, debía presenciar los encuentros íntimos.

El despacho determinó, sobre la solicitud de visitas, que con ella no se verían afectados los intereses de la menor, más aun cuando ella misma lo solicita.

Con sustento en lo anterior, dictó la siguiente sentencia: *i*) declaró a la menor *SFZS* en situación de vulneración de derechos y abandono al no tener una familia que le ofrezca la protección necesaria para su desarrollo; *ii*) declaró a la adolescente en estado de adoptabilidad como medida de protección y restablecimiento de derecho; *iii*) ordenó la ubicación de la joven en un hogar sustituto distinto al Refugio *SJ*, cambio que debía realizarse dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia; *iv*) declaró la pérdida de la patria potestad de los señores *NJSO* y *JMZR* sobre la menor; y *v*) aceptó que los padres de *SFZS* la visitaran cada 15 días en la institución u hogar que fuera asignado por el ICBF.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela mencionados, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Problema jurídico

24. Con base en los hechos descritos, corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar, en primer lugar, si en el asunto bajo estudio se acreditan los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En caso afirmativo, procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos: *i*) ¿El Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga vulneró el derecho al debido proceso de *SFZS* por incurrir en un defecto sustantivo en la sentencia dictada dentro del proceso de restablecimiento de derechos de la menor, al declararla en estado de adoptabilidad, lo que genera la pérdida de la patria potestad de los progenitores, pero al mismo tiempo disponer que estos últimos la visiten en el hogar sustituto del ICBF donde se encuentra?; *ii*) ¿el Juzgado Octavo de Familia del Circuito de Bucaramanga desconoció con esa conducta el interés superior de la menor *SFZS*?

25. Con el fin de resolver los anteriores problemas jurídicos, la Corte abordará el análisis de *i*) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Caracterización del defecto sustantivo como causal específica; *ii*) el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; *iii*) el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, como componente esencial del principio del interés superior; *iv*) caracterización del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes; *v*) declaratoria de adoptabilidad y efectos de la pérdida de la patria potestad; y *vi*) el caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia⁴⁰

⁴⁰ La base argumentativa y jurisprudencial expuesta en este capítulo hace parte de las sentencias SU-917 de 2010; SU-195 de 2012, SU-515 de 2013 y SU-769 de 2014, y mantiene la postura reciente y uniforme de esta Corporación en la materia

26. El artículo 86 de la Carta establece que a través de ese mecanismo constitucional puede reclamarse la protección de los derechos fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública. De la lectura de esta disposición se desprende que el Constituyente de 1991 no realizó distinción alguna respecto de los ámbitos de la función pública en los cuales tales derechos podrían resultar vulnerados. Por ello, la acción de tutela procede contra los actos o las decisiones proferidas en ejercicio de la función jurisdiccional.

Debido al aumento del uso de la acción de tutela contra esta clase de decisiones, la jurisprudencia constitucional se vio en la necesidad de imponer unos límites a su ejercicio. Es así como en la sentencia C-543 de 1992 la Corte declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, que como regla general permitían la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Determinó que si bien los funcionarios judiciales son autoridades públicas, ante la importancia de principios como la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la autonomía e independencia judicial, tal procedencia debía ostentar un carácter excepcional frente a las “*actuaciones de hecho*” que implicaran una grave vulneración a los derechos fundamentales. Por eso, en los primeros pronunciamientos de esta Corporación se sostuvo que tal procedencia era permitida únicamente cuando en las decisiones judiciales se incurriera en una “*vía de hecho*”, esto es, cuando la actuación fuera “*arbitraria y caprichosa y, por lo tanto, abiertamente violatoria del texto superior*”⁴¹.

Más adelante, la Corte redefinió el espectro de afectación de los derechos fundamentales y manifestó que “*va más allá de la burda transgresión de la Constitución*”, incluyendo entonces los casos en los que, por ejemplo, el juez se aparta de los precedentes sin la debida justificación o cuando “*la interpretación que desarrolla se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados*”⁴².

27. Posteriormente, en la sentencia C-590 de 2005 la Corte declaró inexecutable la expresión “*ni acción*”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía ejercer la acción de tutela contra decisiones de casación en materia penal. Partiendo de la excepcionalidad de este mecanismo, acompañado con el propósito de asegurar el equilibrio entre los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía e independencia judicial, se sistematizaron diferentes requisitos denominados “*criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales*”, dentro de los cuales se distinguen unos de carácter general y otros de carácter específico.

Los primeros han sido fijados como restricciones de carácter procedimental o presupuestos indispensables para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo, es decir, aquellos que habilitan la interposición de la acción, los cuales fueron definidos por la Corte como “*requisitos generales de procedencia de tutela contra providencias judiciales*”. La clasificación fue realizada en la mencionada sentencia

⁴¹ Ver Sentencia C-543 de 1992.

⁴² Ver Sentencia C-543 de 1992.

en los siguientes términos:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

*a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente **relevancia constitucional**. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*

*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 irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*

*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 vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.*

*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 actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.*

*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*

posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

*f. **Que no se trate de sentencias de tutela.** Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”. (Resaltado fuera de texto).*

La citada providencia mencionó que una vez acreditados los presupuestos generales, el juez debe entrar a determinar si la decisión judicial cuestionada por vía de tutela configura un yerro de tal entidad que resulta imperiosa su intervención. Así, mediante las denominadas “*causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*”, la Corte identificó cuáles serían tales vicios, en los siguientes términos:

“25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. (...)

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 inconstitucionales 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 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 vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución”.

28. Con todo, para el análisis de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es necesario tener en cuenta, por un lado, que se trata de una posibilidad de carácter excepcional, sujeto al cumplimiento de los parámetros formales y materiales fijados por esta Corporación. Por el otro, deben encontrarse acreditados cada uno de los requisitos generales expuestos, que le permitan al juez de tutela realizar un examen constitucional de las decisiones judiciales puestas a su conocimiento; luego de lo cual, habrá de demostrarse la existencia de, por lo menos, una de las causales específicas o defectos enunciados.

Breve caracterización del defecto sustantivo

29. Las autoridades judiciales y administrativas fueron dotadas de amplias competencias en la interpretación y aplicación del derecho a su cargo. Sin embargo, esta Corporación ha sostenido que la autonomía de la que gozan dichas autoridades no es absoluta, pues deben someterse al imperio del Estado de Derecho⁴³.

En reiterada jurisprudencia se ha señalado que el defecto sustantivo, como una circunstancia que determina la carencia de validez constitucional de las providencias judiciales, se causa cuando una providencia judicial acude a una motivación que contradice, de manera manifiesta, el régimen jurídico que debe aplicar⁴⁴. En otras palabras, la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada⁴⁵. Tal evento se presenta en los siguientes casos:

“(i) la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente⁴⁶, b) ha perdido su vigencia por haber

⁴³ Sentencia SU-918 de 2013.

⁴⁴ Se pueden consultar las sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994 T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009. Cfr., sentencia T-741 de 2017.

⁴⁵ Sentencia Su-918 de 2013.

⁴⁶ Sentencia T-189 de 2005.

sido derogada⁴⁷, c) es inexistente⁴⁸ d) ha sido declarada contraria a la Constitución⁴⁹, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, “no se adecuaba a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”⁵⁰.

(ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable⁵¹ o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes⁵² o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial,⁵³

(iii) cuando la autoridad judicial no toma en cuenta sentencias que han definido el alcance de una norma con efectos erga omnes⁵⁴,

(iv) cuando la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva⁵⁵ o contraria a la Constitución⁵⁶

(v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza para un fin no previsto en la disposición⁵⁷

(vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso⁵⁸,

(vii) cuando se desconoce la norma aplicable al caso concreto,^{59 60}

(viii) cuando la providencia judicial se profiere con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación⁶¹ que afecte derechos fundamentales⁶²

(ix) cuando se desconoce el precedente judicial⁶³ sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia⁶⁴⁶⁵ y

⁴⁷ Sentencia T-205 de 2004.

⁴⁸ Sentencia T-800 de 2006.

⁴⁹ Sentencia T-522 de 2001.

⁵⁰ Sentencia SU-159 de 2002.

⁵¹ Sentencias T-051 de 2009, T-1101 de 2005. y T-1222 de 2005.

⁵² Sentencia T-462 de 2003, Sentencia T-001 de 1999.

⁵³ Sentencia T-066 de 2009. Sentencia T-079 de 1993.

⁵⁴ Sentencia T-814 de 1999.

⁵⁵ Sentencia T-018 de 2008

⁵⁶ Sentencia T-086 de 2007

⁵⁷ Sentencia T-231 de 1994.

⁵⁸ Sentencia T-807 de 2004.

⁵⁹ Sentencia T-056 de 2005. Ver además T-066 de 2009.

⁶⁰ Sentencia T-949 de 2009.

⁶¹ Sentencia T-114 de 2002, T- 1285 de 2005.

⁶² Sentencia T-086 de 2007.

*(x) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso*⁶⁶⁶⁷. ”⁶⁸

30. La Corte ha sostenido que cuando el juez de tutela advierta que una providencia incurre en alguna de las mencionadas situaciones deberá declarar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso⁶⁹. Así mismo, ha establecido que para que la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto constituya defecto sustantivo, se debe estar frente a una decisión judicial en la que el funcionario en su labor hermenéutica, desconozca o se aparte de forma abierta de los parámetros constitucionales y legales, de tal manera que vulnere o amenace derechos fundamentales de las partes⁷⁰.

En todo caso, lo anterior debe ser analizado bajo el entendido que el juez de tutela, en principio, no está llamado a definir la forma correcta de interpretación del derecho; sin embargo, en aquellos eventos en los que la interpretación dada por el juez ordinario carezca de razonabilidad y cuando se cumplen los requisitos anteriormente mencionados, se hace procedente la intervención del juez constitucional⁷¹.

El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

31. Inicialmente se consideraba que los niños y niñas eran sujetos en proceso de convertirse en ciudadanos, mientras los adultos ejercían potestad sobre ellos; sin embargo, hoy en día tienen los mismos derechos que todos los seres humanos, aunado a ciertas prerrogativas especiales por el hecho de no haber alcanzado la

⁶³ Ver las sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

⁶⁴ Ver Sentencia T-1285 de 2005. Además, en la sentencia T-193 de 1995, esta Corporación señaló: "*Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución*". Sobre este tema, también puede consultarse la sentencia T-949 de 2003.

⁶⁵ Sentencia T-086 de 2007.

⁶⁶ Sobre el tema pueden consultarse, además, las sentencias SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000; T-522 de 2001; T-047 de 2005. En la sentencia T-522 de 2001, la Corte señaló que: "*es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicatos porque los procesos se adelantan ante jueces especializados*", razón por la cual el juez, al constatar su existencia, tendría que haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad.

⁶⁷ Sentencia T-086 de 2007. Ver además Sentencia T-808 de 2007 "*... en cualquiera de estos casos debe estarse frente a un desconocimiento claro y ostensible de la normatividad aplicable al caso concreto, de manera que la desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial sea notoria y no tenga respaldo en el margen de autonomía e independencia que la Constitución le reconoce a los jueces (Art. 230 C.P.). Debe recordarse además, que el amparo constitucional en estos casos no puede tener por objeto lograr interpretaciones más favorables para quien tutela, sino exclusivamente, proteger los derechos fundamentales de quien queda sujeto a una providencia que se ha apartado de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico*".

⁶⁸ Sentencia T-949 de 2009.

⁶⁹ Sentencia T-741 de 2017.

⁷⁰ Sentencia T-266 de 2012.

⁷¹ Sentencia SU-918 de 2013.

mayoría de edad, dentro de las cuales se encuentra el interés superior de los niños, niñas y adolescentes⁷².

En el plano internacional este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en los siguientes términos: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*⁷³. Así mismo, fue consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁴, cuyo artículo 3.1 prevé que en todas las medidas que tomen las autoridades, concernientes a los menores, *“una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

El Comité de los Derechos del Niño interpretó el contenido de este último aparte y en la Observación General No. 14⁷⁵, concluyó que el interés superior del menor abarca tres dimensiones⁷⁶:

(i) Es un derecho sustantivo del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que lo afecte.

(ii) Es un principio jurídico interpretativo fundamental, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

(iii) Es una norma de procedimiento, porque siempre que se deba tomar una decisión que afecte al menor, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la misma.

En esa observación general, el Comité se pronunció sobre el alcance del concepto e indicó que su contenido debe determinarse caso por caso. Al respecto, sostuvo: *“Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto”*⁷⁷.

⁷² Sentencia T-955 de 2013.

⁷³ Principio 2.

⁷⁴ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁷⁵ Es de aclarar que este tipo de Observaciones no son parte integrante del bloque de constitucionalidad, razón por la cual se citan como referentes doctrinales que ilustran la labor del juez constitucional en este caso particular.

⁷⁶ Introducción. Numeral 6.

⁷⁷ Capítulo IV. Análisis jurídico y relación con los principios generales de la Convención.

Bajo la misma línea argumentativa, hizo referencia a que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas de cada niño, que se refieren a características específicas como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores⁷⁸.

El Comité enfatizó que, por ejemplo, en caso de separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada, cuando sea posible, por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada, a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño. Al respecto explicó que *“cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño”*⁷⁹. Lo anterior, aunado a que cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto, deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas.

32. En el ordenamiento jurídico interno, el artículo 44 de la Constitución Política consagra como derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Esa disposición establece 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, y finaliza señalando que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

A su vez, el interés superior del menor fue desarrollado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, en los artículos 8° y 9°. El primero reza lo siguiente: *“Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*; mientras que el segundo dispuso: *“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. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales,*

⁷⁸ Capítulo V. La evaluación y determinación del interés superior del niño. Consideración número 48.

⁷⁹ Capítulo V. La evaluación y determinación del interés superior del niño. Consideraciones número 64 y 65.

administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

33. Esta Corporación se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el principio del interés superior de los niños y ha concluido que implica reconocer en favor de estos *“un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral”*⁸⁰.

También ha señalado que su aplicación solo se puede dar según las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular, aclarando, por ejemplo, que se desconoce cuando se le obliga a regresar al lado de la madre biológica que *“no puede brindarle el cuidado y la asistencia necesaria, ni menos aún, el amor y la protección de una familia”*⁸¹, o cuando *“se le separa, en forma abrupta e intempestiva, de un hogar con el cual ha desarrollado vínculos afectivos legítimos, así se trate de un hogar sustituto, sin antes valorar adecuadamente su entorno”*⁸². Sobre este aspecto, en la sentencia T-510 de 2003⁸³, la Corte planteó el siguiente interrogante: ¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? Sobre el particular, expuso las siguientes consideraciones:

“La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,⁸⁴ sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

En esa sentencia la Corte también aclaró que aun cuando el interés superior del niño solo puede ser evaluado según las circunstancias propias de cada caso, esa regla no excluye la existencia de ciertos parámetros generales que pueden ser adoptados como criterios orientadores en el análisis de los casos individuales, que diferenció de la siguiente manera: *i) las consideraciones fácticas*, que hacen referencia a las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no

⁸⁰ Sentencia T-741 de 2017. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-019 de 1993, T-290 de 1993, T-278 de 1994, T-442 de 1994, T-408 de 1995, T-412 de 1995, T-041 de 1996, SU-225 de 1998, T-514 de 1998, T-587 de 1998, T-715 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-979 de 2001, T-189 de 2003, T-510 de 2003, T-292 de 2004, C-507 de 2004, C-796 de 2004, T-864 de 2005, T-551 de 2006, C-738 de 2008, C-149 de 2009, C-468 de 2009, T-078 de 2010, T-572 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014, entre muchas otras.

⁸¹ Sentencia T-278 de 1994. Como medida de protección la Corte ordenó la permanencia de una menor en el hogar de una pareja que la había cuidado durante los últimos cinco (5) años, con la cual había formado sólidos lazos psicoafectivos cuya ruptura incidiría negativamente sobre su proceso de desarrollo integral, a pesar de que su madre biológica –que la había entregado voluntariamente a dicha pareja– había expresado al ICBF su voluntad de reclamarla. Citado en la sentencia T-741 de 2017.

⁸² Sentencia T-715 de 1999. La Corte amparó los derechos de una menor que fue separada abrupta e intempestivamente de su hogar sustituto en el que había permanecido sus cerca de cinco (5) años de vida. Citado en la sentencia T-741 de 2017.

⁸³ Reiterada en las sentencias T-955 de 2013, T-768 de 2015, T-512 de 2017, T-663 de 2017, T-741 de 2017, C-262 de 2016, entre otras.

⁸⁴ Sentencia T-408 de 1995.

atendiendo a aspectos aislados; y *ii) las consideraciones jurídicas*, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. Dentro de estos últimos, resaltó como relevantes los que se transcriben a continuación⁸⁵:

(i) *Garantía del desarrollo integral del menor*. Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad.

(ii) *Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor*. Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en estos.

(iii) *Protección del menor frente a riesgos prohibidos*. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.

(iv) *Equilibrio con los derechos de los padres*. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor -tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso-.

(v) *Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor*. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

(vi) *Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales*. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales

⁸⁵ Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor. Consideración número 3.1 de la sentencia. Reiterado en las sentencias C-683 de 2015 y C-262 de 2016, entre otras.

que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

34. De lo expuesto se concluye que el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene un amplio reconocimiento no solo en el ordenamiento jurídico interno, sino en instrumentos internacionales, que lo han catalogado de manera general como una protección especial de la que goza el menor dirigida a su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. Esta prerrogativa debe ser analizada desde la realidad concreta del caso y de la situación de cada menor, evaluando las consideraciones fácticas y jurídicas que lo rodean.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, como componente esencial del principio del interés superior del menor

35. Distintos instrumentos internacionales han protegido el derecho de todo ciudadano a ser escuchado sin exclusión alguna, en el marco de los procesos judiciales en los que son parte.

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo consagra en el artículo 14, cuyo tenor dispone lo siguiente: *“Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8.11, establece que *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

Particularmente, la Convención de los Derechos del Niño prevé en el artículo 12 que se debe garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de la edad y madurez, para lo cual se le dará la oportunidad de ser escuchado⁸⁶.

36. En el ordenamiento jurídico interno, el derecho de los menores a ser oídos fue acogido en el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, donde el legislador dispuso que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que

⁸⁶ Artículo 12: *“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.*

2. 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”.

se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados, donde tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.

37. Esta Corporación ha definido el contenido de este derecho acudiendo a las consideraciones del Comité de los Derechos del Niño, órgano que interpretó el contenido del referido artículo y en la Observación General No. 12⁸⁷ explicó que es una disposición que se aplica a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al menor, *“sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias”*⁸⁸.

Así, en la sentencia **T-844 de 2011** la Corte resaltó que según la Observación General No. 12, el derecho de los niños a ser escuchados los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos; además, que se debe partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida.

También destacó que, según el Comité, del artículo 12 de la Convención no se desprende 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. Al respecto, citó: *“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”*⁸⁹.

Posteriormente, en la sentencia **T-276 de 2012**, esta Corporación recordó que a través de la Observación General No. 12 el Comité precisó que el derecho de los niños a ser escuchados comprende las siguientes obligaciones en cabeza del Estado: *“(i) garantizar que el niño sea oído en los procesos judiciales y administrativos que lo afecten y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta; (ii) ofrecer protección al niño cuando no desee ejercer el derecho; (iii) ofrecer garantías al niño para que pueda manifestar su opinión con libertad; (iv) brindar información y asesoría al niño para que pueda tomar decisiones que favorezcan su interés superior; (v) interpretar todas las disposiciones de la Convención de conformidad con este derecho; y (vi) evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, lo que significa que los estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus*

⁸⁷ Es de aclarar que este tipo de Observaciones no son parte integrante del bloque de constitucionalidad, razón por la cual se citan como referentes doctrinales que ilustran la labor del juez constitucional en este caso particular.

⁸⁸ Consideración número 32.

⁸⁹ Ver consideración número 29 de la Observación General No. 12. Cfr., Sentencia T-844 de 2011.

opiniones, sino que en cada caso se debe evaluar tal capacidad, evaluación en la que la edad no puede ser el único elemento de juicio; entre otras”.

Más adelante, en la sentencia **T-955 de 2013**, este Tribunal no solo acogió y reiteró las consideraciones del Comité enunciadas, sino que hizo mención a la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, en el que se pronunció sobre el derecho de los niños a ser escuchados e identificó las premisas fundamentales que se derivan de esta prerrogativa a partir de la lectura de la Opinión General No. 12, así⁹⁰:

- “- Los niños son capaces de expresar sus opiniones;*
- No es necesario que los niños conozcan de manera exhaustiva todos los aspectos de un asunto que los afecte, basta con una comprensión que les permita formarse un juicio propio;*
- Los niños deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren ejercer el derecho a ser escuchados;*
- Quienes van a escuchar al niño, así como sus padres o tutores, deben informarle el asunto y las posibles decisiones que pueden adoptarse como consecuencia del ejercicio de su derecho;*
- Se debe evaluar la capacidad del niño o niña, para tener en cuenta sus opiniones y comunicarle la influencia de éstas en el resultado del proceso;*
- La madurez de los niños debe establecerse a partir de su capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente”.*

En un pronunciamiento más reciente, sentencia **T-675 de 2016**⁹¹, la Corte recordó que para el Comité *“no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [sobre el interés superior de las y los niños], si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”.*

38. En definitiva, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes se traduce en la efectividad de numerosas garantías en favor de estos, dentro de las cuales se encuentra el derecho a ser escuchados, a formarse su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los afecten o los involucren. Esta prerrogativa tiene sustento en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la Constitución Política y en varios instrumentos internacionales, todos dirigidos a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

Caracterización del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes

39. El artículo 50 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, define el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como *“la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”.*

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 198.

⁹¹ Reiterando la sentencia T-768 de 2015.

En la misma línea, el artículo 51 de esa normatividad establece que el restablecimiento de los derechos es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de *“informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad”*.

Las medidas de restablecimiento que pueden ser adoptadas por la autoridad competente se encuentran establecidas en el artículo 53, así: *i) amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; ii) retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; iii) ubicación inmediata en medio familiar; iv) ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; v) la adopción; vi) cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes; y vii) promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.*

40. El Capítulo IV, Título II de ese Código contiene el procedimiento administrativo dispuesto para el restablecimiento de los derechos⁹².

De manera preliminar, establece que los defensores y comisarios de familia tienen el deber de procurar y promover la realización y el restablecimiento de los derechos reconocidos en el Código, en la Constitución y en los tratados internacionales, y que el seguimiento de las medidas adoptadas por esas autoridades estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Artículo 96).

El niño, la niña o adolescente, su representante legal, quien lo tenga bajo su cuidado o custodia, o cualquier persona, podrá solicitar ante el Defensor o Comisario de Familia, o en su defecto el Inspector de Policía, la protección de los derechos cuando se encuentren vulnerados o amenazados. Una vez se tenga conocimiento de dicha situación, la autoridad dará **apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos**, mediante auto contra el cual no procede recurso alguno. (Artículo 99)⁹³.

⁹² Es de aclarar que los artículos 99, 100 y 108 a los que se hace referencia este acápite fueron modificados por la Ley 1878 de 2018 *“por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones”*. Publicada en el Diario Oficial No. 50.471 de 9 de enero de 2018. Los textos originales de la Ley 1098 de 2006 de cada una de esas disposiciones se citarán en el aparte correspondiente.

⁹³ Texto original de la Ley 1098 de 2006: ARTÍCULO 99. *“El representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, podrá solicitar, ante el defensor o comisario de familia o en su defecto ante el inspector de policía, la protección de los derechos de aquel. También podrá hacerlo directamente el niño, niña o adolescente.*

Cuando el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia; en caso contrario avisará a la autoridad competente.

En la providencia de apertura de investigación se deberá ordenar:

Luego de lo anterior, el funcionario notificará y correrá **traslado del auto de apertura** por cinco (5) días a las personas que deben ser citadas, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado, la autoridad administrativa decretará de oficio o a solicitud de parte, las pruebas que no hayan sido ordenadas en el auto de apertura, las cuales se practicarán en audiencia de pruebas y fallo o fuera de ella. Acaecido el término del traslado de dichas pruebas, mediante auto **se fijará la fecha para la audiencia de pruebas y fallo**. (Artículo 100).

La decisión allí adoptada es susceptible de recurso de reposición el cual debe interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron a la misma, y para quienes no asistieron se les notificará por estado; el recurso se interpondrá en los términos del Código General del Proceso y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación. Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para **homologar el fallo**, si dentro de los quince (15) días siguientes a su ejecutoria, alguna de las partes o el Ministerio Público manifiestan su inconformidad con la decisión. (Artículo 100).

En todo caso, la **definición de la situación jurídica** deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, término que será improrrogable.

La norma aclara que vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, **la autoridad administrativa perderá competencia** para seguir conociendo del asunto y remitirá el expediente al juez de familia para que resuelva el recurso o defina la situación jurídica del niño, niña o adolescente. Cuando el juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar. (Artículo 100)⁹⁴.

El juez resolverá en un término no superior a dos (2) meses, contados a partir del día siguiente a la radicación del proceso. Si el juez no resuelve el proceso en este término, perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá

1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos.

2. Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente.

3. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente”.

⁹⁴ El artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia regula la competencia del juez de familia en única instancia: “Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: (...) 4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia (...)”.

inmediatamente el expediente al juez de familia que le sigue en turno, lo cual se pondrá en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura. (Artículo 100)⁹⁵.

Ahora bien, cuando se **declare la adoptabilidad** de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación. (Artículo 108).

Por otro lado, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece que corresponde al juez de familia, en única instancia, resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia hayan perdido competencia. (Artículo 119, numeral 4).

Una vez aclaradas las etapas del proceso de restablecimiento de derechos, la Sala hará una referencia particular a la pérdida de la patria potestad como consecuencia de la declaratoria de adoptabilidad respecto de los padres, al ser el objeto de debate en el caso que se estudia.

Declaratoria de adoptabilidad y los efectos de la pérdida de la patria potestad

41. De conformidad con lo establecido en el artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia⁹⁶, la resolución que declare la adoptabilidad producirá,

⁹⁵ Texto original de la Ley 1098 de 2006: ARTÍCULO 100. “Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación. Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia.

El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición. Este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron en la misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el Juez resolverá en un término no superior a 10 días.

PARÁGRAFO 1o. Cuando lo estime aconsejable para la averiguación de los hechos, el defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, podrán ordenar que el equipo técnico interdisciplinario de la defensoría o de la comisaría, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial.

PARÁGRAFO 2o. En todo caso, **la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación**, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Excepcionalmente y por solicitud razonada del defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, el director regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales, sin que exista en ningún caso nueva prórroga”.

⁹⁶ Modificado por la Ley 1878 de 2018.

respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá solicitarse la inscripción en el libro de Varios y en el registro civil del menor de edad de manera inmediata a la ejecutoria. Según esa disposición, una vez se encuentre en firme la providencia que declara la adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho⁹⁷.

42. Esta Corporación ha señalado que la acción estatal debe estar orientada principalmente a que se conserve la unidad familiar en el marco de un ambiente que salvaguarde los derechos de los menores de edad. Sin embargo, cuando ello no es posible, el defensor de familia puede acudir a una medida, si se quiere de *última ratio*, como la adopción, siempre y cuando se respeten todas las garantías procesales y constitucionales de los intervinientes⁹⁸. Al respecto, ha referido:

“5.3. En consideración a dicha medida, esta corporación ha insistido en su inmanente carácter extraordinario, en tanto debe primar la unidad familiar. Así bien, mediante sentencia T-572 de agosto 26 de 2009 M .P. Humberto Antonio Sierra Porto, se insistió en que la acción estatal de manera prioritaria, debe estar dirigida a la concisión de medidas que posibiliten a los padres el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales respecto a sus hijos, por lo cual la admisión de medidas de restablecimiento de derechos que generen el rompimiento del núcleo familiar, debe considerarse en un segundo plano.

5.4. Acorde con lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia de esta corporación, la procedencia de la adopción como medida de restablecimiento de derechos estará sujeta al cumplimiento del debido proceso y al agotamiento de todos los medios necesarios para asegurar el cumplimiento de derechos en la familia biológica de los niños, niñas o adolescentes, en aras de proteger la unidad familiar y sin que se logre obtener un resultado adecuado, en conclusión, la declaración de adoptabilidad será la última opción, cuando definitivamente sea el medio idóneo para protegerlos”⁹⁹.

Bajo ese entendido, la declaratoria de adoptabilidad deberá ser la decisión a tomar por la autoridad correspondiente, solo en los casos en que no sea posible conservar la unidad familiar y cuando sea el único mecanismo para garantizar la protección del niño, la niña o el adolescente.

⁹⁷ Texto original de la Ley 1098 de 2006: ARTÍCULO 108. “*HOMOLOGACIÓN DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD. Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el parágrafo primero del artículo anterior, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.*

En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil”.

⁹⁸ Sentencia T-663 de 2017.

⁹⁹ Sentencia T-376 de 2014.

43. Como se expuso previamente, el efecto de esa medida respecto de los padres es la pérdida de la patria potestad. Una consecuencia de ese tipo genera serias dudas sobre la posibilidad de los padres de continuar ejerciendo ciertos derechos como sucede con las visitas, pues si un menor se encuentra en situación de adoptabilidad, significa que el Estado está buscando su ubicación en una nueva familia, razón por la cual, en principio, la consecuencia sería perder todo tipo de contacto con su familia biológica.

En la sentencia **C-145 de 2010** la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 62 parcial del Código Civil¹⁰⁰, oportunidad en la cual hizo referencia al alcance, las características y los elementos esenciales de la patria potestad. De esa providencia se destacan las siguientes consideraciones¹⁰¹:

De conformidad con lo señalado en el artículo 288 del Código Civil, “*la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone*”. Esta figura, también conocida como potestad parental es una institución jurídica creada no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación.

La jurisprudencia constitucional ha aclarado que el ejercicio de esa potestad debe armonizarse con los nuevos postulados constitucionales, pues “*los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el del interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado*”¹⁰². Al respecto, ha explicado que “*los derechos que se derivan de la patria potestad son derechos instrumentales, cuyo ejercicio, restringido única y exclusivamente a sus titulares, sólo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del menor*”¹⁰³. En consecuencia, su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado, puede derivar en sanciones para el progenitor.

Los derechos que reconoce la patria potestad a los padres, como instrumento para el adecuado cumplimiento de los deberes de crianza, educación y establecimiento, se reducen a: *i*) la representación legal del hijo menor; *ii*) la administración de

¹⁰⁰ ARTÍCULO 62. “Modificado. Decr. 2820 de 1974, art. 1°. Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

1o. Modificado. Decr. 772 de 1975, art. 1°. Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años.

Si falta uno de los padres, la representación legal será ejercida por el otro.

Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio. Igualmente, podrá el juez, con conocimiento de causa y a petición de parte, conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres, o poner bajo guarda al hijo, si lo considera más conveniente a los intereses de este. La guarda pondrá fin a la patria potestad en los casos que el artículo 315 contempla como causales de emancipación judicial; en los demás casos la suspenderá.

2o. Por el tutor o curador que ejerciere la guarda sobre menores de 21 años no sometidos a patria potestad y sobre los dementes, disipadores y sordomudos que no pudieren darse a entender (por escrito)”.

¹⁰¹ Capítulo 4 de la parte considerativa de la sentencia C-145 de 2010.

¹⁰² Sentencia T-474 de 1996.

¹⁰³ *Ibidem*.

algunos bienes de este; y *iii*) al usufructo de tales bienes. De igual forma, los derechos sobre la persona del hijo se relacionan con la guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, a la crianza, a la formación, a la educación, a la asistencia y a la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de este último.

Esta Corporación ha sido enfática en señalar que el derecho constitucional preferente que le asiste a las niñas y niños, de tener una familia y no ser separados de ella, y de ejercer sus demás derechos de forma adecuada, no se edifica exclusivamente sobre la base de la presencia apenas formal de los padres, titulares de la patria potestad, *“sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”*¹⁰⁴.

Es por lo anterior, que el legislador dispuso las causales de suspensión y terminación de la patria potestad, previendo que los padres no asuman sus responsabilidades. Estas causales se encuentran reguladas en los artículos 310, 311 y 315 del Código Civil, en virtud de las cuales la patria potestad se suspende con respecto a cualquiera de los padres, previa decisión judicial que así lo determine, *i*) por su demencia, *ii*) por estar en entredicho la capacidad de administrar sus propios bienes y *iii*) por su larga ausencia. De igual manera, la patria potestad termina, también mediante pronunciamiento del juez, por las mismas causales previstas para que opere la emancipación judicial (C.C. art. 315), esto es: *i*) por maltrato del hijo, *ii*) por haber abandonado al hijo, *iii*) por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad, y *iv*) por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año¹⁰⁵.

Mientras las consecuencias de la suspensión son temporales, de manera que superadas las circunstancias que la motivaron es posible recuperarla por vía judicial, la terminación de la patria potestad tiene un carácter definitivo, siendo imposible su recuperación¹⁰⁶. En todo caso, la suspensión o terminación de la patria potestad no libera ni exonera a los padres de los deberes que tienen para con los hijos, manteniéndose vigente la obligación de proveer alimentos en favor de ellos. Sobre este punto, la sentencia C-145 de 2010 sostuvo:

“Para la Corte, el hecho de que el padre o la madre, o ambos, no ejerzan la patria potestad, no significa que se liberan de su condición de tal, y, por tanto, del cumplimiento de sus deberes paterno filiales. En realidad, la pérdida o suspensión de la patria potestad, se proyectan concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación.

¹⁰⁴ Sentencia T-378 de 1995.

¹⁰⁵ Causal declarada exequible mediante la sentencia C-997 de 2004.

¹⁰⁶ Sentencia C-997 de 2004.

En efecto, cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con los hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que le han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores, se exponen a ser despojados de las facultades derivadas de la patria potestad, sin perjuicio de que, en todo caso, se mantengan vigentes las obligaciones morales y pecuniaria que les corresponden como padres, surgidas de la relación natural que existe entre ellos, y que son ineludibles en su observancia”. (Resaltado fuera de texto).

La Corte concluyó entonces que a las características ya atribuidas a la patria potestad, debe agregarse la de ser una institución temporal y precaria. Temporal, en tanto, por regla general, el hijo solo está sujeto a ella por el tiempo necesario para su formación y desarrollo, esto es, hasta cumplir la mayoría de edad; y precaria, porque quien la ejerce puede verse privado de ella si en el ejercicio de la misma no ajusta su comportamiento a los propósitos altruistas que la justifican.

Más adelante, en la sentencia **C-262 de 2016** esta Corporación estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 310 (parcial) del Código Civil¹⁰⁷. Reiteró que la patria potestad es uno de los instrumentos a los que ha recurrido el Estado para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor de edad¹⁰⁸. Así mismo, que esa figura está relacionada con el artículo 44 de la Constitución, que consagra la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndole tal responsabilidad, en su orden, a la familia, a la sociedad y al Estado, quienes participan de forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos.

Acto seguido, reiteró las consideraciones expuestas en la sentencia C-145 de 2010 y concluyó que cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con los hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que les han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores de edad, se exponen a ser despojados de las facultades derivadas de la patria potestad.

Recientemente, en la sentencia **C-727 de 2015**, este Tribunal estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 149 (parcial) del Código Civil¹⁰⁹. En esa ocasión, recordó la importancia de asegurar el interés superior del niño en todos los ámbitos que puedan afectarlo, desde las asignaciones prioritarias dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños, la sanción a los infractores de los

¹⁰⁷ ARTICULO 310. “*SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD. <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 772 de 1975> La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.*

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos”.

¹⁰⁸ T-531 de 1992, T-041 de 1996 y C-997 de 2004, entre otras

¹⁰⁹ ARTICULO 149. “*EFFECTOS DE LA NULIDAD RESPECTO DE LOS HIJOS. Los hijos procreados en una matrimonio que se declara nulo, son legítimos, quedan bajo la potestad del padre y serán alimentados y educados a expensas de él y de la madre, a cuyo efecto contribuirán con la porción determinada de sus bienes que designe el juez; pero si el matrimonio se anuló por culpa de uno de los cónyuges, serán de cargo de este los gastos de alimentos y educación de los hijos, si tuviere medios para ello, y de no, serán del que los tenga”.*

derechos de los niños, y en la aplicación de la regla *pro infans* en situaciones en las que se encuentre involucrado un menor de edad¹¹⁰.

Bajo ese entendido, aclaró que la patria potestad y los deberes y obligaciones que se desprenden de la relación paterno-filial, están diseñados precisamente para garantizar el bienestar del menor de edad y hacer efectivo su interés superior. Sobre este punto, destacó que *“de tal entidad son los derechos de los niños, que la suspensión o la privación de la patria potestad no modifican las obligaciones que los padres tienen con sus hijos no emancipados. Asimismo, la separación de los padres, el divorcio o la nulidad del matrimonio, no afecta el estatus y los derechos de los niños, porque la relación filial permanece y con ello los deberes y obligaciones que se le adscriben”*. (Resaltado fuera de texto).

Con base en ello, concluyó que los instrumentos diseñados por la ley para que los progenitores cumplan su función de garantizar los derechos de sus hijos no emancipados, la patria potestad y los deberes que se derivan de la relación paterno-filial, se dirigen a realizar el interés superior del niño y a asegurar su desarrollo integral y armónico.

Ahora bien, la Corte también se ha pronunciado sobre el particular en sede de revisión. Así, en la sentencia **T-266 de 2012** estudió la situación de dos menores de edad cuyo padre, pese a haber sido despojado judicialmente de la patria potestad, obtuvo mediante sentencia de otro juez de familia el derecho a las visitas a sus hijos. La madre de los niños instauró la acción de tutela al considerar que la pérdida de la patria potestad excluía la posibilidad de ordenar visitas del padre a sus hijos; además porque la sentencia cuestionada no consideró múltiples pruebas del maltrato al que históricamente fueron sometidos sus hijos por parte de su padre.

La Sala de Revisión que conoció el asunto confirmó el fallo único de instancia que había negado el amparo. Para arribar a esa conclusión indicó que en la interpretación que ha hecho la Corte en relación con la patria potestad, los efectos de la pérdida o suspensión de la misma, se proyectan sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación. Aclaró que el régimen de visitas pertenece a los deberes de crianza, cuidado personal y educación, que no se extinguen con la pérdida de la patria potestad.

En la misma línea se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela.

En la sentencia **STC3599-2015 del 25 de marzo de 2015**¹¹¹, conoció el amparo constitucional interpuesto por una Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al considerar vulnerados los derechos fundamentales de

¹¹⁰ T-450 A/13. Cita : C-041 de 1994, T-075 de 1996, SU- 225 de 1998, T-236 de 1998, T-286 de 1998, T-453 de 1998, T-514 de 1998, T-556 de 1998, T-784 de 1998, T-796 de 1998, T-046 de 1999, T-117 de 1999, T-119 de 1999, T-093 de 2000, T-153 de 2000, T-610 de 2000, T-622 de 2000, T-1430 de 2000, T-421 de 2001, T-801 de 2004, T-569 de 2005, T-540 de 2006, T-799 de 2006, T-564 de 2007, T-760 de 2008 y T-091 de 2009.

¹¹¹ Radicación N° 76111-22-13-000-2015-00031-01. Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

cuatro menores que habían sido declaradas en situación de adoptabilidad, ante la decisión adoptada por un juez de familia de ordenar el reintegro de los menores al hogar sustituto de Tuluá, con el fin de que la progenitora pudiera restablecer el contacto con ellas. A juicio de la accionante, *“permitir el contacto de las menores con la progenitora es equivocado, desproporcionado y nada coherente, pues si la declaratoria de adoptabilidad priva a los padres del derecho a la patria potestad, el hecho de permitir el contacto de las niñas con el principal agente vulnerador de sus derechos las coloca en una perjudicial situación de indefinición, ya que fomenta lazos afectivos con la progenitora a quien no es posible entregarle la custodia de sus hijas”*.

La tutela fue negada en primera instancia por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por cuanto el proveído cuestionado no hacía tránsito a cosa juzgada material y podía ser modificado posteriormente atendiendo las particularidades del caso; además, porque el juzgado accionado había acogido la sugerencia de los profesionales de la Universidad del Valle consistente en el cambio de medida debido a que *“cada traslado de hogar de las niñas trae consigo problemas psicológicos por la pérdida familiar”*, y sobre todo *“por el vínculo afectivo desarrollado entre estas y su progenitora, pese a no ser el adecuado para el desarrollo y goce pleno de los derechos fundamentales de éstas”*.

Esta decisión fue confirmada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al estimar que la decisión adoptada por el juzgado accionado tuvo como propósito garantizar el interés superior de las menores mientras eran incluidas en el programa de adopción, dando aplicación al artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia. Indicó que si las menores fueron declaradas en situación de adoptabilidad, por cuanto la madre no quiere asumir dicho rol y las induce a ejercer la mendicidad, tal medida no se contraponía a que las menores fueran ubicadas en un hogar sustituto situado en Tuluá con el propósito de que se restableciera el contacto o las visitas con la madre biológica. Para ello, se refirió al informe rendido por la Coordinadora Académica del Programa de Trabajo Social de la Universidad del Valle, que da cuenta que las niñas *“desean retornar al hogar de la madre biológica, siendo la progenitora para ellas el personaje con más identificación y vínculo afectivo”*.

A juicio de esa Corporación, *“si aún perdura esa relación materno filial entre ellas, no hay motivos para romperla de manera abrupta por la decisión de adopción, pues aún las menores no se encuentran escogidas en un programa de esa índole y aunque la madre no quiera asumir su verdadero papel, debe tenerse en cuenta que esa interrelación de cariño, afecto y amor entre madre e hijas se transforma en bienestar psíquico, psicológico y físico principalmente para estas que son a quienes hay que proteger”*. Además, aclaró que no se avizoraba que esa medida impidiera la iniciación del procedimiento de adopción, pues en la providencia censurada se dio la solución para cuando esa figura fuera una realidad, en los siguientes términos; *“y solo de llegar a darse de manera cierta e indiscutible la posibilidad de adopción, la que presupone la misma aceptación de todas las niñas, se debe romper paulatinamente esta comunicación”*.

Por último, la Corte Suprema de Justicia resaltó que si bien es cierto que por la adopción el adoptivo deja de pertenecer a su familia, se extingue todo parentesco de consanguinidad y produce respecto de los padres la terminación de la patria potestad de las menores, conforme lo establecen los artículos 64 y 108, inciso 2° del Código de la Infancia y la Adolescencia, en todo caso aquéllos mantienen vigentes obligaciones morales y no libera ni exonera a los padres de los deberes paterno filiales por lo menos hasta el momento en que dicha figura se concreta o materializa.

44. En conclusión, si bien la labor de las autoridades administrativas o judiciales debe estar orientada a conservar la unidad familiar, de modo que se garanticen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, lo cierto es que no es posible integrar al menor en un medio familiar propicio en todos los casos. En eventos excepcionales el Estado debe acudir como última opción a declarar en estado de adoptabilidad al menor, como único mecanismo de protección y garantía de su integridad. La consecuencia directa de esa medida, es la pérdida de la patria potestad, que se proyecta concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo.

El caso concreto

Breve presentación del asunto

45. El 18 de octubre de 2012 la Comisaría de Familia de Piedecuesta, Santander dio apertura al proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de la adolescente *SFZS*. Mediante la Resolución No. 002 de 2016 se declaró a la menor en situación de vulneración de derechos y abandono; sin embargo, el defensor de familia que avocó conocimiento del caso procedió a revisar las actuaciones surtidas, encontrando falencias procesales y sustanciales que impedían dar continuidad al trámite, razón por la cual remitió el proceso a los juzgados de familia, por pérdida de competencia. El proceso correspondió por reparto al Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga que mediante sentencia del 10 de marzo de 2017, declaró a la menor en situación de adoptabilidad y autorizó que sus progenitores la visitaran cada 15 días en el hogar sustituto en el que sería reubicada.

MJGB, Defensora de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander, interpuso acción de tutela en calidad de agente oficiosa de la menor *SFZS*, al considerar que “*no resulta claro si la medida que se adoptó fue la declaratoria de adoptabilidad pues con ella se pierden todos los derechos y deberes de los padres frente a sus hijos; no siendo viable jurídicamente que se les otorguen permisos para ver a la menor*”.

46. El Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga manifestó que la decisión de declarar en situación de vulneración de derechos y abandono a la menor, correspondió a la realidad de la adolescente; es decir, a las circunstancias especialísimas del caso, que no puede estandarizarse con los de común ocurrencia. Lo anterior, toda vez que la menor, a pesar de llevar varios años bajo la protección del

ICBF, nunca perdió contacto con sus padres y fue ella quien solicitó que se le permitiera la comunicación a pesar de ser declarada en estado de adoptabilidad. Aclaró que el nexo con los padres biológicos se pierde de manera definitiva con el decreto de adopción y no con la declaratoria de adoptabilidad.

La Procuradora 6 Judicial II para la Defensa de la Infancia, Adolescencia y Familia de Bucaramanga, indicó que no se oponía a la prosperidad de las pretensiones siempre y cuando se acreditara el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y se demostrara la vulneración de los derechos fundamentales alegada por la accionante.

La señora *NJSO*, madre de la menor *SFZS*, solicitó el amparo y protección de los derechos fundamentales de su hija *“como es el de tener una familia, máxime cuando yo como mamá me encuentro en plenas facultades para atender sus necesidades hoy cuando tengo vivienda y trabajo, que puedo garantizar una estabilidad personal y familiar”*¹¹².

47. La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga negó el amparo, tras considerar que se respetaron los derechos de la menor y de sus padres, al punto que aquella fue oída en una entrevista por la titular del juzgado; además, los padres de la adolescente no se opusieron a la declaratoria de adoptabilidad. Aclaró que según lo previsto en los artículos 107 y 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el único efecto de la declaratoria de adoptabilidad es la pérdida de la patria potestad, mientras que con la adopción el adoptivo sí deja de pertenecer a su familia y extingue todo parentesco de consanguinidad.

Legitimación en la causa

48. Previo al análisis de la procedencia de la acción de tutela de la referencia, esta Corporación procede a determinar si en esta oportunidad se acredita la legitimación en la causa por activa y por pasiva.

49. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, toda persona podrá interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. La legitimidad para acudir a este mecanismo está prevista en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del cual puede ser instaurada *i)* directamente por el afectado; *ii)* a través de su representante legal; *iii)* por medio de apoderado judicial; o *iv)* por medio de un agente oficioso.

Este Tribunal ha sostenido que cuando se trata de agenciar los derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes, es necesario flexibilizar las reglas de la agencia oficiosa, porque se trata de sujetos de especial protección constitucional *“respecto de los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar la prevalencia de sus derechos, en los términos del artículo 44 constitucional”*¹¹³. Al respecto, ha mencionado lo siguiente:

¹¹² Cuaderno de instancias. Folio 38.

¹¹³ Sentencia T-844 de 2011. Reiterada en la sentencia T-512 de 2017.

“La corresponsabilidad de todos en la protección de este grupo, permite que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente el cumplimiento y garantía de sus derechos, como expresamente lo consagra el precepto constitucional en cita. Por tanto, es deber de todo individuo en nuestra sociedad actuar como agente oficioso de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes ante la vulneración o amenaza de sus derechos en donde es irrelevante si tiene o no un representante legal, porque se repite, la Constitución impuso la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en su efectiva protección, lo que se traduce en que fue el mismo Constituyente el que estableció la legitimación en la causa de cualquier persona para actuar en nombre de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en estado de riesgo o vulneración de sus derechos. No en pocas ocasiones es el representante legal el agente de la vulneración, en consecuencia, no se puede exigir que actúe en defensa de los derechos de su representado, pues puede acontecer que éste, por negligencia, ignorancia o simplemente como sujeto activo de la vulneración, omita hacer uso de los instrumentos jurídicos diseñados para lograr el amparo de quien se encuentra bajo su representación”¹¹⁴.

Bajo ese entendido, existe la legitimación por activa para agenciar los derechos de los niños y niñas, por parte de terceros que manifiesten ese interés, más aún, si se trata de la autoridad pública que tiene bajo su responsabilidad el cuidado integral de un menor de edad¹¹⁵.

En este caso, la acción de tutela fue interpuesta por la Defensora de Familia asignada para continuar con el cumplimiento de la sentencia emitida por el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga en favor de la menor, por lo que se acredita su legitimación por activa. Este requisito está sustentado además en las obligaciones contenidas en los artículos 40¹¹⁶ y 41¹¹⁷ del Código de la Infancia y la Adolescencia.

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ Sentencia T-512 de 2017

¹¹⁶ *“ARTÍCULO 40. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD. En cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad, las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes. En este sentido, deberán:*

- 1. Conocer, respetar y promover estos derechos y su carácter prevalente.*
- 2. Responder con acciones que procuren la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben estos derechos.*
- 3. Participar activamente en la formulación, gestión, evaluación, seguimiento y control de las políticas públicas relacionadas con la infancia y la adolescencia.*
- 4. Dar aviso o denunciar por cualquier medio, los delitos o las acciones que los vulneren o amenacen.*

Concordancias

- 5. Colaborar con las autoridades en la aplicación de las disposiciones de la presente ley.*
- 6. Las demás acciones que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”.*

¹¹⁷ *“ARTÍCULO 41. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:*

- 1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. (...)”.*

50. Ahora bien, en cuanto a la legitimación por pasiva, el artículo 86 de la Carta establece que la tutela puede ser interpuesta ante la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Por lo tanto, la Sala concluye que el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga está legitimado por pasiva en el caso que se estudia.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

51. Con base en los hechos descritos, la Sala Octava de Revisión debe determinar en primer lugar si en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De conformidad con la jurisprudencia expuesta en la parte considerativa de esta sentencia, la acción de tutela, por regla general, no procede contra decisiones de autoridades judiciales, salvo cuando sean acreditadas las causales generales que le permiten al juez constitucional asumir su conocimiento. En el caso que ahora se estudia, la Sala encuentra que la tutela cumple con esos requisitos de procedibilidad, como se pasa a exponer:

(i) Relevancia constitucional. A juicio de la Sala el asunto que se analiza es de relevancia constitucional, por las razones que se pasan a exponer:

Según el artículo 44 de la Constitución, se reconocen como derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Esa disposición establece, además, 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, y finaliza señalando que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En esta oportunidad, el asunto involucra la presunta vulneración de los derechos fundamentales de una adolescente los cuales, de conformidad con lo previsto en la referida disposición, son prevalentes en el ordenamiento jurídico. Además, la discusión gira en torno a que la presunta afectación de las garantías de la menor se dio con ocasión de la permisión de las visitas a los progenitores, a pesar de haber sido declarada en adoptabilidad, lo que genera un debate sobre el alcance y los efectos de la imposición de esa medida que según la legislación sobre la materia implica la pérdida de la patria potestad.

Ahora bien, la decisión judicial que se cuestiona al haber permitido dichas visitas generó, a juicio de la parte accionante, la vulneración del derecho al debido proceso de la menor agenciada, pues de conformidad con lo señalado en el artículo 64 del Código de la Infancia y la Adolescencia, no es viable jurídicamente otorgar un permiso a un progenitor para visitar a sus hijos cuando estos fueron declarados en situación de adoptabilidad. Bajo esta premisa, es imperioso para la Corte evaluar la presunta vulneración del derecho al debido proceso ante la configuración de un defecto sustantivo y si tal conducta, a su vez, supuso el desconocimiento del interés superior de la menor en cuyo nombre se actúa.

(ii) *Agotamiento de los recursos judiciales*: en la sentencia proferida 10 de marzo de 2017 por el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga dentro del proceso de restablecimiento de derechos, el despacho, luego de adoptar la decisión que ahora se cuestiona, indicó en el numeral sexto que contra ese fallo procedía el recurso de reposición. Sin embargo, encuentra la Corte que la funcionaria incurrió en una imprecisión al otorgar dicho recurso.

De conformidad con lo establecido en el artículo 318 del Código General del Proceso, el recurso de reposición procede **contra los autos** que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen. Siendo así, contra la decisión adoptada por el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga no procedía el recurso de reposición pues se trata de una sentencia y no de un auto, como lo establece la norma.

Ahora bien, en cuanto al recurso de apelación, el artículo 320 del Código General del Proceso prevé que tiene por objeto que el **superior** examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior **revoque o reforme la decisión**. El artículo 321 de la misma normatividad establece que son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.

No obstante, para el caso particular del proceso de restablecimiento de derechos, es preciso hacer mención al artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en virtud del cual corresponde al juez de familia, **en única instancia**, resolver sobre el restablecimiento de derechos **cuando el defensor o el comisario de familia haya perdido competencia** (numeral 4).

Tal evento fue el que se presentó en el presente asunto. Como se expuso en el acápite de antecedentes, el 14 de diciembre de 2016, el Defensor de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del ICBF solicitó ante los juzgados de familia de Bucaramanga avocar conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos de *SFZS*, luego de poner de presente múltiples inconsistencias dentro del trámite que llevaron a la pérdida de competencia por parte de esa dependencia¹¹⁸. Mediante Auto del 16 de enero de 2017 el Juzgado accionado asumió la competencia y avocó conocimiento del proceso, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del 28 de abril de 2013, y vinculó a la familia extensa. Según se reseñó, el despacho encontró entre otras irregularidades, que la Comisaría de Familia encargada no resolvió de fondo la vulneración de derechos de la menor en el término estipulado en el parágrafo 2 del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, esto es, cuatro meses contados a partir del auto de apertura del proceso¹¹⁹.

Bajo ese entendido, la comisaría de familia perdió la competencia, por lo que correspondió al juzgado resolver de fondo la vulneración de derechos de la menor, decisión que debía ser adoptada en virtud de lo consagrado en el artículo 119 del

¹¹⁸ Carpeta 2. Folios 265 a 267.

¹¹⁹ Carpeta 2. Folios 270 y 271.

Código de la Infancia y la Adolescencia, esto es, en única instancia. En otras palabras, la situación de la menor pasó de resolverse por la autoridad administrativa y con base en el procedimiento administrativo establecido para ello en los artículos 98 y siguientes de ese código, para ser resuelto bajo las reglas especiales del procedimiento judicial, previstas en los artículos 119 y siguientes de dicha normatividad.

Lo anterior significa entonces que la accionante no cuenta con otro mecanismo judicial para controvertir los presuntos defectos en los que incurrió el juzgado accionado.

Sobre el particular, es preciso hacer mención al **concepto No. 39341 del 22 de septiembre de 2011** emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el cual resolvió la consulta realizada por un Defensor de Familia del Centro Zonal Galán, Regional Tolima, quien planteó el siguiente interrogante: *“Cuando un Defensor de Familia declara la vulnerabilidad y confirma la medida de ubicación en Hogar Sustituto o Institución, o se declara en adoptabilidad, procede la Homologación ante el Juez de Familia, pero, cuando el juez declara la adoptabilidad, ¿ante quién procede el estudio de legalidad (homologación), y, si procede ante su superior jerárquico, no se estaría vulnerando el principio de legalidad y el estado de derecho?”*

Al resolver la inquietud, el ICBF indicó que la homologación no es una instancia ni un recurso ordinario o extraordinario, sino una garantía especialmente consagrada en ciertos eventos, especialmente cuando el fallo proviene de autoridades no judiciales. Explicó que la ley da esta atribución al juez de familia, y si este es quien falla, no podrá hacerse a sí mismo ninguna revisión de constitucionalidad, toda vez que la máxima garantía la brinda la intervención del juez, que ya se ha dado cuando es él quien emite el fallo. En consecuencia, si el juez de familia es quien resuelve el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de un niño, niña o adolescente, no procede la homologación.

(iii) *Requisito de inmediatez*: el 10 de marzo de 2017 el Juzgado Octavo de Familia del Circuito de Bucaramanga profirió la sentencia que se cuestiona en esta oportunidad¹²⁰, fallo que fue comunicado a la Defensoría de Familia el 3 de abril de 2017¹²¹.

El 26 de abril de 2017 la accionante le solicitó al Juzgado mediante correo electrónico que remitiera una copia de la sentencia, porque la misma no había sido enviada; así mismo, indicó que para dar cumplimiento a la medida adoptada en la sentencia se requería el expediente¹²².

En atención a dicha solicitud, el 2 de mayo de 2017 el juzgado accionado envió una copia de la sentencia y solicitó información sobre el hogar sustituto al que había

¹²⁰ Carpeta 2. Folios 344 y 345.

¹²¹ Carpeta 2. Folio 349.

¹²² Carpeta 2. Folio 351.

sido enviada SFZS con el fin de autorizar las visitas¹²³. El 10 de agosto de 2017, la actora remitió un nuevo correo electrónico el expediente del proceso de restablecimiento de derechos, toda vez que el mismo era necesario para dar cumplimiento a lo ordenado por el despacho¹²⁴. El 28 de agosto de 2017, la Defensora de Familia recibió el líbello y avocó conocimiento para continuar con el trámite administrativo.

La acción de tutela fue interpuesta el 1 de septiembre de 2017, esto es, 20 días después de recibir el expediente, lo que a juicio de esta Corporación es un término razonable para el ejercicio del amparo constitucional.

(iv) *En caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales.* Este requisito no es aplicable al asunto bajo estudio ya que las anomalías que se alegan son de carácter sustantivo.

(v) *Identificación de los hechos que generaron la vulneración de derechos:* la accionante identificó cada uno de los hechos que, a su juicio, generaron la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se invoca. Los mismos no fueron alegados en el trámite de restablecimiento de derechos, en tanto como se expuso, surgieron con ocasión de la decisión adoptada por el juez de familia en única instancia, contra la cual no procedía la homologación.

(vi) *El fallo controvertido no es una sentencia de tutela.* Como se ha indicado, la providencia que se censura hizo parte de un proceso de restablecimiento de derechos de una adolescente.

52. Como se expuso, la tutela cumple con los requisitos generales de procedibilidad, por lo que ahora se analizará el defecto predicado por la accionante.

Análisis sobre la presunta configuración del defecto sustantivo en la sentencia proferida el 10 de marzo de 2017 por el Juzgado Octavo de Familia del Circuito de Bucaramanga

53. Revisada la motivación de la sentencia que se cuestiona, con sustento en la normatividad que regula esa clase de asuntos y acudiendo a la jurisprudencia sobre la materia, la Sala no encuentra configurado el defecto sustantivo que se alega en la acción de tutela, por las razones que pasan a exponerse:

54. El 10 de marzo de 2017 el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga profirió sentencia en el proceso de restablecimiento de derechos de la menor SFZS, en los siguientes términos: *i)* declaró a la menor SFZS en situación de vulneración de derechos y abandono al no tener una familia que le ofrezca la protección necesaria para su desarrollo; *ii)* declaró a la adolescente en estado de adoptabilidad como medida de protección y restablecimiento de derecho; *iii)* ordenó la ubicación de la joven en un hogar sustituto distinto al Refugio SJ, cambio que debía realizarse

¹²³ Carpeta 2. Folio 352.

¹²⁴ Carpeta 2. Folio 360.

dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia; iv) declaró la pérdida de la patria potestad de los señores *NJSO* y *JMZR* sobre la menor; y v) aceptó que los padres de *SFZS* la visitaran cada 15 días en la institución u hogar que fuera asignado por el ICBF.

De manera preliminar, el despacho señaló que *“si bien la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y los niños tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, ese derecho no es absoluto, lo que significa que un menor puede ser retirado de su núcleo familiar cuando no se brinden las condiciones óptimas para su crecimiento físico y emocional”*. Sobre el análisis del caso concreto, el juzgado acudió a varios elementos que, en conjunto, llevaron a tomar la citada decisión.

Por un lado, con sustento en los informes sicosociales de la Comisaría de Familia de Piedecuesta, halló demostrado que: i) el padre no cuenta con las condiciones habitacionales y económicas y la madre no cumplió con las recomendaciones que por más de 3 años fueron realizadas para que la menor regresara a su hogar; ii) *SFZS* fue abusada sexualmente, por lo que al dormir en la misma habitación con la pareja sentimental de la madre, la ponía en riesgo permanente de un nuevo abuso; y iii) la menor debía presenciar los encuentros íntimos de la pareja.

Por otro lado, puso de presente la imposibilidad de encontrar a la familia extensa que garantizara el cuidado y los derechos de la menor. Adicionalmente, resaltó que de las declaraciones rendidas por los progenitores de *SFZS*, estos estuvieron de acuerdo con que la menor fuera declarada en adoptabilidad y se mantuviera en el hogar sustituto del ICBF.

Finalmente, destacó sobre el derecho de visita, que con su permisión no se verían afectados los intereses de la menor, más aún cuando ella misma lo solicitó. Al respecto, el despacho tuvo en cuenta la entrevista realizada a *SFZS* el día de la audiencia de fallo, en la cual la adolescente manifestó que, en la actualidad, la relación con su mamá había mejorado, *“porque a pesar de todo la quiere y la respeta, y con su papá la relación es cada vez mejor. Y le gusta mucho que sus padres la visiten”*.

55. La Sala concuerda con la decisión adoptada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que negó el amparo impetrado.

En primer lugar, el único efecto de la declaratoria de adoptabilidad es la pérdida de la patria potestad, lo que significa que los padres de la menor no tendrán derecho sobre esta, concretamente, en lo relacionado con la representación legal, la administración y el usufructo de los bienes.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, la **declaratoria de adoptabilidad** producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil.

En contraste, el artículo 64 establece como uno de los efectos jurídicos de la **adopción** que adoptante y adoptivo adquieren los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo; el adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes, deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad.

De ese modo, no es de recibo la afirmación de la accionante en el sentido que con la declaratoria de adoptabilidad “*se pierden todos los derechos y deberes de los padres frente a sus hijos, no siendo viable jurídicamente que se les otorguen permisos para ver a la menor*”, pues tal consecuencia no se deriva de las normas en cita y, por el contrario, podría llevar a generar una afectación mayor a los derechos de la menor.

56. Según se expuso en acápites anteriores, el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes supone una protección especial dirigida a su adecuado desarrollo físico, psicológico y social, prerrogativa que debe ser analizada desde la realidad concreta del caso y de la situación de cada menor, evaluando las consideraciones fácticas y jurídicas que lo rodean. Esa prerrogativa se traduce además en el derecho de los menores a ser escuchados, a formarse su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los afecten.

Bajo ese entendido fue que el juzgado accionado adoptó su sentencia, pues no solo atendió la realidad fáctica de la menor, sino que tuvo en cuenta su opinión y determinó que permitir la visita de los padres mientras la menor se encuentra en un hogar sustituto del ICBF no era una medida que implicara un riesgo para ella o que pudiera llegar a afectar sus derechos.

A juicio de esta Corporación, el análisis del Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga se ajustó a la normatividad sobre la materia y acogió los pronunciamientos que sobre el particular han sido adoptados por la Corte Constitucional y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela.

En efecto y como se desprende del expediente del proceso de restablecimiento de derechos, desde que la menor ingresó al hogar sustituto del ICBF ha mantenido contacto con sus padres y en diferentes oportunidades manifestó que, a pesar de lo sucedido, les guardaba afecto y era su deseo que ellos continuaran con las visitas aun cuando fuera declarada “*hija del Estado*”. Para esta Sala, el hecho de que los padres hayan perdido la patria potestad a causa de la declaratoria de adoptabilidad, no significa que se deba cortar de manera abrupta la relación paterno-filial, pues existe entre *SFZS* y sus progenitores cariño y afecto, por lo que, de mantenerse el contacto, permitiría garantizar el bienestar psicológico de la menor.

En ese sentido, y como bien lo expuso el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga en la contestación de la acción de tutela, la decisión que se cuestiona se adoptó dadas las circunstancias fácticas del caso de *SFZS*, es decir, a la realidad de la adolescente, quien tiene clara su situación de vulnerabilidad y que sus padres no pueden brindarle las condiciones que garanticen su bienestar físico, social y

emocional, pero así mismo, que desea que sus progenitores la sigan visitando, al punto que tiene como propósito estudiar y salir adelante para ayudarlos.

En consecuencia, no encuentra la Sala que la sentencia proferida el 10 de marzo de 2017 haya incurrido en un defecto sustantivo, pues la interpretación de la autoridad judicial accionada no contradice el régimen jurídico aplicable, ni se traduce en un desconocimiento de los parámetros constitucionales y legales, de tal manera que vulnere o amenace derechos fundamentales de la menor *SFZS*.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de instancia proferida el 14 de septiembre de 2017 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que negó la protección invocada por *MJGB*, Defensora de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento, Regional Santander, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en calidad de agente oficiosa de la menor *SFZS*, contra el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia de instancia proferida el 14 de septiembre de 2017 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que negó la protección invocada por *MJGB*, Defensora de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento, Regional Santander, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en calidad de agente oficiosa de la menor *SFZS*, contra el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo: ORDENAR por Secretaría General a todas las instituciones y entidades que de una u otra manera han intervenido en este proceso, que se encarguen de salvaguardar la intimidad de la menor y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre todos los datos que permitan su identificación.

Tercero: DEVOLVER la copia de las diligencias adelantadas por el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga, así como el expediente administrativo correspondiente al proceso de restablecimiento de derechos de la menor *SFZS*, remitidas en calidad de préstamo por ese despacho judicial y por el Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander, respectivamente.

Cuarto: LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General