

Referencia:
Expediente T-4.097.199

Demandante:
Acción de tutela instaurada por YRP en nombre de los menores LVRP y KSRP.

Demandado:
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá – Centro Especializado Revivir.

Magistrado Ponente:
Luis Guillermo Guerrero Pérez

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil quince (2015)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela emitido por el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá el día 12 de agosto de 2013, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Aclaraciones preliminares

1.1. Teniendo en cuenta que en el presente asunto se involucran los derechos de menores de edad, la Sala mantendrá la medida de protección a la intimidad que había sido adoptada por el juez que conoció de esta acción de tutela en primera instancia, el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá, consistente en suprimir de las providencias que sean proferidas en este trámite, los nombres de los niños y los de sus familiares, así como los datos e informaciones que permitan conocer su identidad.

En consecuencia, para efectos de identificar a las personas que se relacionan con este proceso, sus nombres completos serán reemplazados por las letras iniciales de los mismos¹.

1.2. El menor ADPR fue reconocido por su progenitor el 19 de enero de 2009², por lo que, hasta esa fecha, estaba identificado solamente con los apellidos de la madre (ADRP). Esta situación generó algunas confusiones en los procesos administrativos y judiciales relatados a continuación, pues en unos actos se toma como referencia el Registro Civil expedido con anterioridad a la fecha de reconocimiento, modificando el nombre del menor, y en otros, su identidad correcta. Por lo anterior, aunque en esta providencia se hará referencia al menor con las iniciales de su nombre actual, en muchos casos, se encontrarán citaciones textuales con las iniciales del nombre que tenía antes del reconocimiento.

2. Hechos

2.1. La señora YRP es madre de los menores LVRP, ADPR y KSRP, quienes a la fecha tienen 13, 11 y 8 años, respectivamente.

2.2. El 16 de junio de 2009, agentes de la Policía Nacional pusieron a disposición del Centro de Emergencia San Gabriel, Bogotá, a los menores ADPR y KSRP, aduciendo que los mismos estaban encerrados en una habitación sin el cuidado de un adulto³.

2.3. El 19 de junio de 2009, la Defensora de Familia del Centro de Emergencia profirió auto de apertura de investigación administrativa de restablecimiento de derechos a favor de los dos menores⁴.

2.4. El 23 de junio de 2009, la señora YRP rindió declaratoria ante la Defensora de Familia del Centro de Emergencia San Gabriel⁵. En dicha diligencia manifestó que había dejado a los dos menores solos y encerrados debido a que ese día no había tenido con quien dejarlos mientras iba a trabajar, pero que era la primera vez que les dejaba solos y encerrados en casa. Sobre los progenitores de los menores informó que “[e]l papá del

¹ La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores implicados en procesos de tutela, así como los de sus familiares, como medida de protección 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 y T-510 de 2003.

² Según el Registro Civil del menor en el Anexo 1, folio 134.

³ Anexo 2, f. 14.

⁴ Anexo 2, f. 17.

⁵ Anexo 2, f. 45.

mayor de los niños vive en Cali con otro hogar y no sabe que ADPR está aquí, él (sic) niño ya vivió (sic) con el papá y la madrastra le pegaba por eso le pedía que me lo devolviera. Y el papá del niño pequeño cuando yo le avisé que estaba embarazada él me dijo que cuando el niño naciera lo reconocía y cuando yo fui a buscarlo donde la mamá ella me dijo que él había muerto”⁶.

En relación con la pregunta que le hizo la Defensora de Familia sobre la solución para la situación de los menores mientras trabaja, la señora YRP afirmó que ya tenía listo un apartamento para trasladarse y “voy a conseguirles el Jardín (sic) de hoy a mañana”. Para concluir solicitó que le fueran entregados sus hijos lo más pronto posible, “yo me comprometo a no volver a dejarlos solos nunca más”⁷.

2.5. El 25 de junio del mismo año se profirió la Resolución No. 014 del 25 de junio de 2009⁸, en la que se resolvió declarar la situación de vulnerabilidad de los menores ADPR y KSRP, y, como medida de restablecimiento de derechos, se dispuso entregarlos a su progenitora a quien se amonestó para que se comprometiera a no volverlos a dejar solos y encerrados, así como a matricularlos en un hogar comunitario del ICBF. De la mencionada resolución se destacan las siguientes decisiones:

***“ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar en Situación de Vulnerabilidad a los niños ADPR y KSRP, de 4 y 2 AÑOS de edad, respectivamente, de las condiciones civiles y personales antes identificadas, por los hechos que originaron su ingreso a Protección.*

***ARTÍCULO SEFUNDO:** Decretar como medida de restablecimiento de derechos de los niños ADPR y KSRP, la AMONESTACIÓN a su progenitora señora YRP a que se comprometa a no volver a dejar a sus hijos solos bajo llave y a matricularlos en el Hogar Comunitario del I.C.B.F. mas (sic) cercano a su vivienda, para este año escolar a sus hijos. Aportando la respectiva Certificación a este C.E.*

***ARTÍCULO TERCERO:** Decretar como medida de restablecimiento de derechos de los niños ADPR y KSRP SU UBICACIÓN EN MEDIO FAMILIAR con su progenitora señora YRP.*

⁶ Anexo 2, folio 45.

⁷ Anexo 2, folio 45.

⁸ Ibídem, folios 56 a 59.

ARTÍCULO CUARTO: *Ordenar* seguimiento por tres (3) meses, a la residencia de la progenitora de los niños, por parte del Equipo psicosocial respectivo (...)."

2.6. El 8 de enero del año 2010, agentes de la Policía Nacional pusieron a disposición de la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro de Emergencia San Gabriel, a los menores LVRP, ADPR y KSRP debido a que, según señalan en su informe, se encontraban “abandonados” en su lugar de residencia⁹.

2.7. En los informes de ingreso del Centro de Emergencia se deja constancia de que los menores se encuentran en “*buenas condiciones físicas y generales*”¹⁰.

2.8. Mediante auto del 18 de enero de 2010, la Defensora de Familia del Centro de Emergencia San Gabriel, Bogotá, avocó conocimiento y abrió la investigación administrativa de restablecimiento de derechos a favor de LVRP, ADPR y KSRP, con fundamento en que los menores fueron encontrados por agentes de la policía dentro de su casa en situación de abandono. Adicionalmente, en dicho auto se adoptó la medida de ubicarles provisionalmente en el dicho Centro de Emergencia.

2.9. El mismo día, la señora YRP rindió declaratoria ante el Despacho de la Defensora de Familia del Centro de Emergencia San Gabriel, quien a partir de las preguntas realizadas indicó, que no tenía conocimiento por qué sus hijos habían sido llevados al centro, toda vez que “*nunca los he dejado solos, cuando yo voy a trabajar me los cuida la dueña de casa y otra inquilina de nombre Luisa, cuando la señora no puede yo le pago a ella \$4.000 diarios*”¹¹. Por lo que desmiente que, como indicaba el informe de policía, la niña y los dos menores estuvieran abandonados cuando llegó la policía: “*estaban con Luisa y con los niños de ella, a los cuales se los llevaron para el Hogar Bambi*”. Adicionalmente, indicó que los dos menores asisten a un jardín del cual indicó nombre, dirección, teléfono y persona de contacto, mientras que la niña vivía con una hermana en San Bernardo, y estaba con ella por el periodo de vacaciones.

Adicionalmente, precisó que, desde la muerte de su madre, no cuenta con algún familiar que le ayude con el cuidado o sostenimiento económico de

⁹ Anexo 2, folio 67.

¹⁰ Anexo 2, folio 83.

¹¹ Anexo 2, f. 112.

sus hijos e hija. Y finalizó su declaración con la solicitud de que *“me los devuelvan, siempre he luchado para darles lo mejor que puedo”*¹².

2.10. El 1 de febrero de 2010, compareció ante el Centro de Emergencia San Gabriel la señora LMNP, en calidad de tía materna de los dos menores para solicitar *“por favor me devuelve (sic) la niña”*. La Defensora de Familia le formuló algunas preguntas en relación con el motivo por el cual sus sobrinos se encontraban en el Centro, a lo que indicó: *“[c]reo que ella [la madre] los dejó (sic) solos porque siempre hace eso, ella no es responsable, no es la primera vez que ingresan al ICBF”*. Agregó que creía que la madre los dejaba solos en el día por irse a trabajar, y por las noches por *“irse a tomar con los amigos”*, añadió que la madre golpeaba a sus hijos y que por esto, ante el abandono, había sido que los vecinos llamaron a la policía¹³.

2.11. El 3 de marzo de 2010, el Defensor de Familia del Centro de Emergencia San Gabriel, profirió la Resolución No. 060, en la que declaró *“en vulneración de derechos”* a LVRP, ADPR y KSRP. Para tal efecto, consideró que a los menores se les vulneraban sus derechos a causa de la disfuncionalidad familiar y *“la negligencia de la Progenitora en su cuidado, como lo demuestra la reincidencia en la conducta y lo expresado por su hermana la falta de responsabilidad en el cuidado de los menores RRPP”* y al respecto hace referencia a la Resolución No. 014 en la que se adoptó como medida de protección la amonestación.

A partir de lo anterior resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR EN VULNERABILIDAD LOS DRECHOS de los niños KS, LV y ADRP, como se dijo en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar como medida provisional de Restablecimiento de Derechos, la ubicación Institucional de los niños KS, LV, y ADRP, en el Centro Especializado de Atención del Niño –CRAN- a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

ARTÍUCLO TERCERO: Ordenar el traslado de esta H.A. a la Defensora de Familia del Centro Especializado de Atención del Niño –CRAN- para continuar el trámite pertinente ”¹⁴.

¹² Anexo 2, f. 112.

¹³ Anexo 2, f. 117.

¹⁴ Anexo 2, f. 138.

2.12. Los menores fueron remitidos al Centro Zonal Especializado Revivir y en los informes de ingreso de cada menor se dejó constancia de que estaban en buenas condiciones generales, sin lesiones físicas. De manera particular, en el informe de ingreso del menor ADPR se encuentra que el mismo había indicado, sobre el motivo de su ingreso al centro, que él estaba con una “muchacha” cuando la policía llegó y se lo llevó junto a su hermano y hermana, esto mientras su mamá estaba trabajando; además agregó que la progenitora le golpeaba con correa y zapatos cuando “hacía males”¹⁵. Por su parte, en el informe de ingreso de LVRP, se citó la respuesta de la menor frente al mismo cuestionamiento: *“mi mamá nos dejaba solos porque tenía que trabajar, la señora que nos cuidaba nos entregó a la policía, habían 2 piezas y ella tenía viví (sic) en su pieza con un señor y sus hijos, ese día que la policía nos llevó estábamos en viendo (sic) televisión y la señora estaba también en la pieza”*¹⁶.

2.13. El 15 de marzo de 2010, la Defensora de Familia del ICBF, Regional Bogotá, Centro Especializado Revivir, profirió auto en el que avocó conocimiento de la historia socio familiar de los menores LVRP, ADPR y KSRP. En dicha providencia, resolvió, entre otras disposiciones, mantener la medida de protección de ubicación en la institución¹⁷.

2.14. En el proceso de seguimiento, en los meses siguientes, se constató que los menores estaban en buenas condiciones y que la progenitora acudía al Centro a visitarles. En particular, el 15 de abril de 2010, se realizó un estudio social a la señora YRP, con el fin de conocer sus condiciones socio familiares, habitacionales y de contexto comunitario. En dicho informe¹⁸ se concluyó que en la habitación solo hay una cama doble para ella sin espacio para los menores; cuenta con ingresos suficientes para sostener la familia (lo devengado en su trabajo como mesera y cajera de un bar); que si bien no cuenta con un referente familia que le brinde respaldo, sin embargo está gestionando una niñera que cuide a los menores mientras trabaja e indica que puede conseguir un empleo diurno. Respecto al aspecto “*socio legal*”, se informa que al momento en que se adoptó la medida de protección los menores se encontraban afiliados al sistema de seguridad social y estudiando.

Por último, se hace la siguiente observación: *“Se le sugiere a YRP que adecue (sic) la habitación para brindarles un espacio a sus hijos”*¹⁹. Y se anuncia una próxima visita para verificar el cumplimiento de la sugerencia.

¹⁵ Anexo 2, folio 142.

¹⁶ Anexo 2, folio 148.

¹⁷ Anexo 2, folio 151.

¹⁸ Anexo 2, folios 156-159.

¹⁹ Anexo 2, folio 159.

2.15. El 2 de julio de 2010, comparece ante el Centro Especializado de Atención del Niño –CRAN- la señora LTPL, en calidad de tía materna de YRP, quien rinde informe a la Trabajadora Social del Centro. En éste hace un recuento de la situación familiar de su hermana y sus hijos, en el que indica que quien cuidaba a los menores era la madre de YRP y pasa a hacer una relación de hechos y comportamientos que dan cuenta de la negligencia de ésta para cuidar a sus hijos. Además sostiene que la familia le ha ayudado en varias oportunidades pero que ella mal gasta el dinero que le dan para ayudarlo con los menores. Por último, solicita que cada menor sea asignado al cuidado de sus tíos o tías, pues ninguno está en la posibilidad de asumir el cuidado de los tres.

2.16. El 13 de agosto de 2010, comparece de nuevo la señora LTPL, junto con LMNP, también tía materna de YRP, quienes manifiestan que la familia está dispuesta a asumir el cuidado de los menores, cada uno en hogar diferente, pero garantizando que se mantengan los lazos afectivos entre ellos²⁰. Sin embargo, en días posteriores comunicaron el desistimiento de este ofrecimiento pues no podían hacerse cargo de los menores.

2.17. Mediante Resolución No. 329 del 24 de septiembre de 2010, la Defensora de Familia del ICBF, Regional Bogotá, declaró en situación de adoptabilidad a los tres menores y ordenó la inclusión de los niños en el programa de adopciones que adelanta el Instituto. Para llegar a esta decisión la autoridad estimó que pese a todas las acciones tendientes a restablecer el derecho de los menores a tener una familia biológica, esto no fue posible, pues *“los ingresos de los niños en dos oportunidades a proceso de restablecimiento de derechos siempre ha sido por denuncia de la comunidad por la negligencia y abandono de la progenitora con sus hijos, esta señora nunca ha sido responsable en su rol de madre con los niños”*²¹.

2.18. Contra este acto, la señora YRP interpuso recurso de reposición, en el cual indicó que no había pruebas suficientes para afirmar que no cumplía con su rol de madre, cuando por lo contrario, sostiene, de las valoraciones médicas hechas a sus hijos consta que no los maltrata ni física ni psicológicamente, y que ella responde por ellos con el resultado de su trabajo pues no cuenta con ayuda ninguna. En relación con el cuidado de los menores, señala que después del fallecimiento de su madre, quien le ayudaba a cuidarlos, ha tenido que buscar los medios para sobrevivir y atender la situación de sus hijos.

²⁰ Anexo 2, folio 107.

²¹ Anexo1, folio 40.

Adicionalmente, advirtió que los menores siempre han querido estar con ella, no obstante los separaron sólo porque en algunas circunstancias, algunas veces tiene que recurrir a personas que le ayuden a cuidarlos. Pero ello no desmiente su responsabilidad, de la cual pueden dar fe los vecinos. En cambio, en el proceso se le dio crédito a personas que *“desconocen las condiciones en que vivía con mis hijos, ya que ellos nunca se interesaban por mi bienestar ni de la de mis hijos (sic), eso lo demuestra claramente el hecho de no aceptar responsabilidad de acoger en sus hogares a mis hijos, y dejarlos que otra familia diferente a la de nosotros se encarguen de ellos, ya que ellos saben que los padres de mis hijos no responden económicamente de ellos y es a mi (sic) a la cual me corresponde su bienestar”*²². Y añade que:

“No es justo que me separe de mis hijos por el hecho de no tener los recursos económicos que pretende señora (sic) defensora, en este país si (sic) vive incluso hasta con menos de un mínimo, yo no puedo obtener otro trabajo diferente hasta el momento por mi educación, pero a pesar de ello mis hijos se alimentaban bien, y cuidaba de ellos personalmente”.

Con base en lo anterior, la señora YRP manifiesta su deseo de estar con sus hijos, de atenderlos y cuidarlos, y solicita *“se revoque dicha decisión y se me otorgue la oportunidad de mostrar que soy capaz de cuidar de mis hijos (...)”*²³.

2.19. El recurso de reposición fue resuelto negativamente mediante Resolución No. 372 del 7 de octubre de 2010. Esta decisión se fundamentó en que *“la recurrente se limita a hablar de todo lo que ama a sus hijos y que desea tenerlos con ella y no nos aporta alguna prueba contundente que le de (sic) un vuelco a nuestra decisión”*²⁴. Por lo contrario, afirma la Defensora de Familia que las obligaciones parentales que ordena la ley no han sido cumplidas, ni por la progenitora ni por la red familiar materna, y que ya se habían agotado todas las acciones tendientes a restablecer los derechos de los menores a tener una familia biológica sin obtener una respuesta favorable, en la medida en que, afirma la Defensora, son irresponsables y les abandonan. En este orden de ideas, y con fundamento en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 1098 de 2006²⁵, se podía concluir que los menores

²² Anexo 1, folios 53-54.

²³ Anexo 1, folio 54.

²⁴ Anexo 1, 61.

²⁵ Artículo 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: // 1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención. (...).

LVRP, ADPR y KSRP se encontraban en estado de abandono físico, emocional y psicológico²⁶.

2.20. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, la Defensoría de Familia remitió el expediente a la jurisdicción de familia para que se surtiera el trámite de homologación.

El proceso de homologación fue resuelto mediante sentencia del 28 de enero de 2011 por el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá²⁷. El juzgado concluyó que en el proceso administrativo se habían adelantado diligentemente las actuaciones de conformidad con los mandatos legales para la protección de los menores. En concreto, indicó que se acopió el material probatorio necesario, tal como la declaración de la progenitora, el seguimiento a los niños por parte del área psicológica y de trabajo social, se recibieron declaraciones, entre ellas la de una tía de YRP (LMNP), en la que afirmaba que no era la primera vez que le quitaban sus hijos por dejarlos solos mientras en las noches se iba “*a tomar con los amigos*”; también el testimonio de la tía materna de YRP, quien indicó que esta última tenía una actitud despreocupada frente a sus hijos. Asimismo, el juez advirtió sobre la verificación de las condiciones habitacionales y psicológicas de la madre de los menores y de la familia extensa, y que no eran garantía del cuidado y bienestar que merecen los menores²⁸.

A partir de lo anterior, el juez consideró que la señora YRP “*no cuenta con las condiciones familiares, sociales y económicas para velar por los derechos fundamentales de los niños*”. Y añadió:

“(…) la señora YRP, se trata de una progenitora apática e irresponsable de su tarea como madre, quien es a todas luces una persona indiferente frente a su rol protector para con sus meros hijos, reflejándose este en el abandono a que los tenía sometidos”²⁹.

Por todo lo anterior, el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá resolvió homologar la decisión en la que la Defensoría de Familia del Centro Zonal Especializado Revivir del ICBF había declarado en estado de adoptabilidad a los menores LVRP, ADPR y KSRP, y, en consecuencia, incluir esta decisión en el Programa de Adopciones del ICBF.

²⁶ Anexo 1, folio 63.

²⁷ Anexo 1, folios 87-94.

²⁸ Anexo 1, folio 91.

²⁹ Anexo 1, folio 92.

La misma, además, debía comunicarse a la Registraduría Nacional del Estado Civil, Antonio Nariño, para efectos de su inscripción en el registro de cada menor³⁰,

2.21. En desarrollo del trámite de inscripción en la Registraduría del Estado Civil, la Defensoría advirtió que desde el 19 de enero de 2009, el niño ADPR había sido reconocido por su padre (el señor WPB), situación que no se había tenido en cuenta en el proceso.

2.22. Lo anterior llevó a que la Defensora de Familia, mediante Resolución No. 189 de 2 de junio de 2011, declarara la nulidad de la Resolución No. 329 del 24 de septiembre de 2010, *“en toda su parte Resolutiva en lo concerniente a la declaratoria de adoptabilidad del niño ADPR para la época hoy ADPR”*³¹, toda vez que, como indicó en las consideraciones del acto administrativo, *“se debe notificar al progenitor de esta situación vincularlo al proceso oírlo en declaración para conocer sus motivos del abandono en el que ha tenido a su hijo desde el momento que lo ha reconocido”*³².

2.23. El 15 de julio de 2011, la Defensora de Familia expidió la Resolución No. 192, mediante la cual, entre otras decisiones, declaró en situación de adoptabilidad al niño ADPR, y confirmó la medida de protección provisional a su favor en relación con mantener su ubicación en la Fundación CRAN. Para resolver, la Defensora señaló en la mencionada resolución que no era posible garantizarle el derecho a tener una familia biológica pues el menor había ingresado al Centro en dos oportunidades por la negligencia y abandono de la progenitora, quien *“nunca ha sido responsable de su rol de madre con el niño”*³³. Mientras que, sobre el progenitor, indicó que no obstante le había citado por diferentes medios para darle a conocer el proceso, no había sido posible ubicarle *“por carecer de dirección exacta ya que la progenitora tampoco nos manifestó durante el proceso su existencia y ubicación”*³⁴.

Con fundamento en lo anterior, consideró que al menor se le violaban sus derechos fundamentales y los consagrados en la Ley 1098 de 2006, además que ni *“la familia biológica ni nuclear ni extensa se hacen responsables para garantizar las condiciones para la realización y el ejercicio de sus*

³⁰ Anexo 1, folio 93.

³¹ Anexo 1, folio, 141.

³² *Ibidem*, 134.

³³ *Ibidem*, f. 61.

³⁴ *Ibidem*.

*derechos conforme a lo previsto en la ley mencionada, en la Constitución Política y en los Tratados internacionales*³⁵.

2.24. Esta decisión no fue homologada por el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá, quien en providencia del 8 de noviembre de 2011, consideró que no se había permitido al progenitor hacer parte del proceso administrativo, pues si bien se había anulado la decisión de declaratoria de adoptabilidad, no se anuló el proceso desde su inicio, es decir, desde la apertura de la investigación, para, así, *“garantizar el derecho a la contradicción y defensa del señor WPB frente a su hijo, pero sobre todo par (sic) garantizarle al niño el Derecho Constitucional (sic) a tener una familia y no ser separado de ella*”³⁶.

En este sentido, afirma el juzgado, el procedimiento administrativo resultaba viciado en la medida en que se desarrolló sin la participación del padre, y sin que se le hubieran notificado todas y cada una de las actuaciones. Por tales razones, el juez consideró que el trámite administrativo debía renovarse desde su apertura, para así conceder las oportunidades que garanticen el debido proceso. En estos términos resolvió:

*“ORDENAR que la funcionaria de primera instancia proceda a reanudar la totalidad de la actuación administrativa tendiente a lograr el restablecimiento de derechos a favor de ADPR, lo anterior luego de verificar la notificación ordenada por la ley a los progenitores del niño. Entiéndase lo anterior que (sic) cada una de las etapas rehechas debe ser notificada (sic)...”*³⁷.

2.25. La Defensoría de Familia actuó de conformidad y procedió a enviarle al padre de ADPR la comunicación de notificación del auto de apertura de la investigación administrativa de restablecimiento de derechos del 19 de junio de 2009³⁸.

2.26. Una vez reiniciado el proceso de investigación de restablecimiento de derechos del menor ADPR, el 21 de febrero de 2012, el área de psicología de la Fundación CRAN realizó entrevista psicosocial a la señora YRP. En esta diligencia, según consta en el informe realizado por la trabajadora social, YRP manifiesta que está muy afectada por la separación de sus hijos y que *“luchará”* para que no sea dado en adopción. Afirma estar trabajando en una discoteca y mantener una relación sentimental estable con su pareja³⁹.

³⁵ *Ibidem*, f. 162

³⁶ Anexo 1, folio 170.

³⁷ Anexo 1, folios. 176-177.

³⁸ El acto administrativo por el cual se cumple la orden judicial está en: Anexo 1, folio 178.

³⁹ Anexo 4, folio 249.

En el mismo informe se deja constancia de los compromisos adquiridos en relación con aportar la certificación laboral para incluir en el expediente, acudir a terapias psicológicas para enfrentar el duelo por la muerte de su madre, y estar disponible para una próxima visita domiciliaria con el objeto de verificar las condiciones habitacionales y el contexto comunitario.

En conclusión, la trabajadora social consignó como impresión diagnóstica que “[s]e observa motivación en la progenitora por recuperar a ADPR, sin embargo no se observan cambios significativos en relación a los hallazgos del anterior equipo técnico interdisciplinario a cargo del caso que motivaron la declaratoria de adoptabilidad (...)”⁴⁰.

2.27. El 13 de marzo de 2012, la trabajadora social presenta informe de intervención para hacerle seguimiento a los compromisos adquiridos por YRP ⁴¹. En dicho informe se deja constancia de que, en relación con los encuentros con ADPR, la madre acude a todas las citas, y comparten juegos, actividades lúdicas y comida; además que aprovecha estas oportunidades para enviar algún regalo a sus otros dos hijos que no puede ver.

Al respecto, en la impresión diagnóstica se indicó que: “*la progenitora cuenta con los recursos afectivos para ejercer un rol materno adecuado con pautas de crianza claras, coherentes y seguras para sus hijos. La progenitora se encuentra sumamente comprometida con el proceso, queriendo prover (sic) en sus hijos una mejor crianza y relación afectiva. // Así mismo la progenitora ha logrado a lo largo del proceso direccionar su rol materno hacia un rol constructivo, dirigente y seguro para sus hijos, logrando consolidar (sic) una figura guía, de maestra en la vida de sus hijos y de formadora*”⁴².

2.28. El 16 de marzo de 2012, la trabajadora social de la fundación CRAN presentó informe de seguimiento a los compromisos adquiridos por YRP, en el que consta que ha venido cumpliendo con los compromisos y recomendaciones. Concluye como impresión diagnóstica que “(...) a la fecha permite observar avance positivos y paulatinos por parte del progenitora frente a las orientaciones brindadas desde el área”⁴³.

2.29. En el informe de seguimiento de compromisos del 30 de marzo de 2012, se indica que YRP ya consiguió un inmueble apto para su familia,

⁴⁰ Anexo 4, folio 250 (en el reverso).

⁴¹ Anexo 4, folios 274-275.

⁴² Anexo 4, folio 275 (en el reverso).

⁴³ Anexo 4, folio 279.

pero que aún no se traslada porque se le están practicando algunas adecuaciones físicas, está buscando un trabajo en horas diurnas, y ha identificado a una vecina que podría ser a quien vaya a encargarle el cuidado de su hijo mientras ella no esté en casa. Asimismo, se comprometió a realizar los trámites para incluir a su hijo en un comedor comunitario, y a continuar con el proceso de acompañamiento y asesoría psicológica para ella y el menor. En conclusión, en la impresión diagnóstica se consigna que *“continúa observando avances positivos por parte de la progenitora frente a las orientaciones brindadas desde el área”*⁴⁴.

En términos similares fue el contenido del informe de seguimiento a compromisos del 10 de abril de la misma anualidad.

2.30. De conformidad con el informe sobre la visita domiciliaria realizada el 13 de abril de 2012 por al área de Trabajo Social de la Fundación CRAN, la señora YRP había dispuesto un camarote mientras podía transferirse a un inmueble más amplio, que estaba a la espera de que le fuera entregado en arriendo, y al cual el equipo de la Fundación CRAN se desplazó junto con la señora YRP.

En conclusión, como impresión diagnóstica, la trabajadora social de la Fundación CRAN, advirtió que *“[a] nivel habitacional se considera que el inmueble propuesto por YRP cumple con las condiciones para favorecer el desarrollo y la sana convivencia del grupo familiar, sin embargo, también es importante establecer una fecha de cumplimiento a este compromiso para poder llevar a cabo la visita domiciliaria de seguimiento en la cual la progenitora pueda mostrar la ocupación de la misma con sus pertenencias y las del niño”*⁴⁵.

2.31. En la visita domiciliaria que la fundación CRAN realizó el 2 de mayo de 2012, se pudo determinar que la señora YRP tomó en arriendo un inmueble que cuenta con comedor cocina, una habitación principal y otra con dos camas destinadas para ADPR. Así pues, después de un recorrido y análisis del lugar la trabajadora social concluyó como impresión diagnóstica que:

*“Actualmente, YRP cuenta con las condiciones habitacionales que permitan el desarrollo de la sana convivencia con su hijo ADPR. De igual manera, se observa como aspecto positivo que a una cuadra de la casa se encuentra ubicado el comedor comunitario, servicio al cual sería vinculado el niño”*⁴⁶.

⁴⁴ Anexo 4, folio 283.

⁴⁵ Anexo 4, folio 98.

⁴⁶ Anexo 4, folio 317 (en el reverso).

2.32. En los posteriores informes de seguimiento se pudo constatar que la señora YRP, ha venido cumpliendo con los compromisos, pues cambió a un empleo diurno en un restaurante, de lo cual anexó certificación laboral⁴⁷, lo que le permitía no dejar solo al menor y, en todo caso, había conseguido a una persona que le podía ayudar a cuidarlo cuando lo requiriera⁴⁸.

2.33. En el desarrollo del proceso no fue posible ubicar al progenitor de ADPR.

2.34. El 27 de septiembre de 2012, la Defensora de Familia que estaba a cargo, tanto del caso de los menores LVRP y KSRP, como del de ADPR, envió comunicación al Juzgado Dieciocho de Familia de la Ciudad de Bogotá *“para solicitarle apoyo y dirección ya que debo definir la situación de ADPR”*⁴⁹. Para tal efecto, relató la situación jurídica del menor y de sus hermanos aclarando que, a partir de los diferentes informes de seguimiento y visitas domiciliarias realizados por la Fundación CRAN, se podía determinar que la progenitora *“en estos momentos si (sic) tiene las condiciones para que se le reintegre sus hijos”*⁵⁰. En este sentido, la Defensora planteó la cuestión al despacho judicial en la medida en que frente a los hermanos LVRP y KSRP ya había declaración de adoptabilidad homologada, de manera que *“teniendo en cuenta el interés superior del niño, este vínculo afectivo de hermanos tan fuerte se dificulta para que sus dos hermanos se vayan en adopción con familia y que el (sic) sea reintegrado a su progenitora, teniendo esta condiciones para recibir a los tres, por tal razón que (sic) debemos hacer nosotros como defensoría para que estos hermanos estén juntos a pesar que la declaratoria de adoptabilidad de los hermanos este (sic) ejecutoriada y en firme y además homologado por su despacho”*⁵¹.

2.35. En respuesta del 18 de febrero de 2013⁵², el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá llamó la atención en que el presente procedimiento fue iniciado exclusivamente en relación del menor ADPR, y que, además se observaba una dilatación excesiva de la Defensoría de Familia para adoptar la decisión, toda vez que la declaratoria de nulidad se había proferido desde noviembre de 2011, por lo cual considera que la defensoría debía proceder, sin dilación alguna, a *“tomar la medida de restablecimiento de derechos que considere pertinente luego de haber realizado la valoración probatoria obrante en el procedimiento administrativo, no necesitando por tanto la*

⁴⁷ Anexo 4, folio 385.

⁴⁸ Informes de seguimiento del 3 y 31 de agosto de 2012. En: Anexo 4, folios 345 y 353, respectivamente.

⁴⁹ Anexo 4, folio 355.

⁵⁰ Anexo 4, folios 356-357.

⁵¹ Anexo 4, folio 357.

⁵² Anexo 5, folio 163.

anuencia de la suscrita ya que las decisiones proferidas por esa instancia administrativa deben ser autónomas y ajustadas a la ley”.

2.36. En el mes de julio de 2013, la señora YRP, interpone acción de tutela actuando en defensa de sus hijos LVRP y KSRP.

3. Fundamentos de la acción de tutela

La señora YRP interpone acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Bogotá, Centro Especializado Revivir, por considerar que le está vulnerando los derechos fundamentales de sus hijos “*a crecer en el seno de su familia de origen*”. En el escrito de tutela la accionante hace un recuento de las actuaciones administrativas y judiciales en las que se han visto involucrados sus tres hijos y rescata los conceptos y conclusiones de los informes de seguimiento en los que se ha dado cuenta de su deseo y capacidad para asumir el rol materno, además que ha manifestado su deseo por recuperar, no sólo a ADPR, sino también a LVRP y KSRP.

Al respecto, llama la atención en el hecho que a LVRP y KSRP les ha afectado el hecho de que ella sólo pueda visitar a ADPR. Situación que, además, indica que se agrava en razón a que tres hermanos mantienen un vínculo fraternal estrecho, lo que ha llevado a que en la misma Fundación CAR, hayan recomendado que se debe adoptar una misma decisión destinada a permitir que puedan estar juntos y que puedan reintegrarse con la progenitora.

Adicionalmente, la tutelante advierte que los menores han manifestado el deseo de regresar con su madre, lo cual permitiría garantizar la unidad familiar “*no pudiéndose tomar decisiones respecto a ADPR aisladas de la situación emocional y actual vivida por sus hermanos (...)*”⁵³.

Como sustento jurídico de lo anterior, la accionante cita el artículo 44 de la Constitución Política y los artículos 7⁵⁴, 8⁵⁵ y 22 del Código de Infancia y

⁵³ Cuaderno 1, folio 19.

⁵⁴ ARTÍCULO 7o. PROTECCIÓN INTEGRAL. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. // La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

⁵⁵ ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. 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.

Adolescencia y el artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño 12⁵⁶.

4. Pretensiones

La señora YRP solicita que le sean devueltos sus hijos, para que así pueda garantizárseles el derecho a crecer en el seno de su familia de origen, atendiendo al hecho de que sus condiciones han mejorado desde la declaratoria de adoptabilidad.

Admitida la acción de tutela por el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá, fue notificada a la entidad demandada y a las señoras LTPL y a LMNP, tías maternas de YRP. Sin embargo, no hubo pronunciamiento alguno ni contestación a la acción de tutela, y la entidad demandada se limitó a remitir al juzgado la historia de la actuación administrativa que se había adelantado.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El 12 de agosto de 2013, el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá decidió negar el amparo tutelar solicitado. Para tal efecto el juzgado realizó unas consideraciones preliminares en relación con la jurisprudencia constitucional que ha reconocido la importancia de la preservación familiar y la obligación de las autoridades públicas de adoptar las medidas necesarias para tal efecto, esto, en consideración con la realidad social y las dificultades económicas que atraviesan muchas familias. Asimismo, el fallador se refirió a los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, e hizo algunas consideraciones en torno al hecho de que sobre la familia biológica opera la presunción de su capacidad para cuidarlos, salvo que se demuestre que no es apta para ello.

En el caso concreto, el juzgado concluyó que la entidad demandada no había vulnerado los derechos fundamentales invocados, toda vez que en el proceso administrativo tuvo en cuenta los dictámenes del equipo interdisciplinario a partir de lo cual concluyó que la medida de protección acogida y, luego, la de adoptabilidad, eran las más convenientes para los menores sin que se advirtiera en ellas alguna vulneración de sus derechos. Por lo tanto, al verificarse el cumplimiento de los requisitos legales durante el trámite que llevó a tal decisión, y al encontrarse agotados los recursos de ley “*no puede ser discutida por el Juez Constitucional a través de esta acción de tutela,*

⁵⁶ 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. // (...). (Este es el aparte que en el escrito de cita de toda la disposición).

como quiera que no se advierte en la determinación tomada, vulneración alguna de los derechos de los niños invocados en la demanda o violación al derecho constitucional al debido proceso”⁵⁷

Por otra parte, el juzgado indica que, si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha propendido por la protección a la unidad familiar, de modo que los menores no sean separados de su núcleo biológico, la misma jurisprudencia ha sostenido que tal principio no es absoluto, y *“se justifica la intervención del estado en la vida familiar a favor de los menores de edad, cuando se advierta que ésta no es apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con el niño, niña o adolescente, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico”⁵⁸*. Esta situación, en el caso objeto de estudio, señala el juzgado, fue observada en el proceso administrativo, a tal punto que se adelantaron los trámites destinados a buscar la existencia de miembros de la familia extensa que pudieran asumir la protección y cuidado, pero no se encontró quien se hiciera cargo. En consecuencia, *“la medida de adoptabilidad homologada en su momento por el Juez de familia era la que se veía más conveniente, precisamente para hacer efectivo el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes, pero también se vio en su momento, que los niños se encuentran expuestos a un factor de riesgo que deviene de la conducta de su madre, quien no demostró al inicio del trámite administrativo interés alguno de proteger a sus hijos”⁵⁹*.

En atención a lo anterior, el juez de tutela consideró que la medida adoptada por la defensoría de familia lejos de desconocer los derechos fundamentales invocados, estuvo destinada a proteger el interés superior de los menores. Esto, además, teniendo en cuenta que no se satisface el requisito de inmediatez, toda vez que la Resolución 329 por la cual se definió la adoptabilidad, fue proferida el 24 de septiembre de 2010, y homologada judicialmente el 28 de enero de 2011, de modo que habían ya transcurrido más de tres años sin que la progenitora hubiera actuado al respecto.

Por otra parte, el fallador se refiere a la situación del menor ADPR, y encuentra que aún está pendiente de decisión por parte de la Defensoría de Familia. Concluye que frente a esta decisión la progenitora podrá interponer los recursos de ley, *“sin que pueda el juez constitucional entrar a pronunciarse de fondo sobre el asunto, por no ser de su competencia, pues*

⁵⁷ Cuaderno 1, folio 62.

⁵⁸ Cuaderno 1, folio 62.

⁵⁹ Cuaderno 1, folio 63.

*se repite, el asunto tiene un juez natral cuya labor no puede ser suplida por el Juez Constitucional mediante este mecanismo preferente y sumario*⁶⁰.

Esta decisión no fue impugnada por ninguna de las partes.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional, mediante Auto del 31 de octubre de 2013.

2. Trámite surtido en la Corte Constitucional

2.1. El 17 de marzo de 2014 la presente Sala profirió Auto en el cual se adoptaron dos tipos de medidas; unas de carácter provisional dirigidas a proteger los derechos fundamentales de los menores LVRP, ADPR y KSRP, y otras de carácter probatorio para un mejor proveer. En relación con las primeras, se dispuso la suspensión de la sentencia por la cual se homologó la decisión de adoptabilidad de los menores LVRP y KSRP, suspendiendo con ello el trámite de adopción, al igual que el proceso de restablecimiento de derechos que el ICBF adelanta en relación con el menor ADPR. Mientras que por medio de las segundas, se solicitó a distintas autoridades allegar cierta información que permitiera tener mayores elementos de juicio para efectos de proferir una decisión definitiva y se dispuso la práctica de entrevistas con los menores LVRP, ADPR y KSRP, y se citó a la accionante para que rindiera una declaración. Por último, se dispuso la suspensión de los términos del presente proceso de revisión.

En particular, la parte resolutive del auto en mención dispuso lo siguiente:

*“**PRIMERO.** Como medida provisional para proteger los derechos invocados por la demandante, **SUSPENDANSE LOS EFECTOS** de la sentencia proferida el 28 de enero de 2011 por el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá, mediante la cual se homologó el contenido de la Resolución 329 de 24 de septiembre de 2010 expedida por la Defensoría de Familia del ICBF, Regional Bogotá,*

⁶⁰ Cuaderno 1, folio 65.

en el sentido de declarar la adoptabilidad de los menores LV y KSRP y de ordenar su inclusión dentro del programa de adopciones que maneja esa institución.

SEGUNDO. *Como medida provisional para proteger los derechos invocados por la demandante, **SUSPENDASE** el trámite del proceso de restablecimiento de derechos que sigue el ICBF en relación con el menor ADPR, de manera que no podrá adoptarse ninguna decisión definitiva en relación con su situación particular.*

TERCERO. OFÍCIESE a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que ha adelantado los procesos de restablecimiento de derechos a que se refiere esta acción de tutela, para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de este Auto:

- a) *Informe qué diligencias han tenido lugar con posterioridad a la declaratoria de adoptabilidad de los menores LV y KSRP. En particular:*
 - i. *Si existe alguna solicitud de adopción en los que ellos estén involucrados;*
 - ii. *Si continúan teniendo contacto con la señora YRP o con su hermano ADPR; y*
 - iii. *Cuál es la situación física, psicológica y anímica de los niños, específicamente, en lo que tiene que ver con su situación familiar actual.*

- b) *Informe qué diligencias han tenido lugar desde que fue reiniciado el proceso de restablecimiento de derechos que se sigue en relación con el menor ADPR. En particular:*
 - i. *En donde se encuentra actualmente el niño;*
 - ii. *Si continúa teniendo contacto con la señora YRP o con sus hermanos LV y KSRP; y*
 - iii. *Cuál es la situación física, psicológica y anímica del niño, específicamente, en lo que tiene que ver con su situación familiar actual.*

- c) *Remita copia de todo el proceso administrativo de restablecimiento de derechos que se siguió en el caso de los menores LV y KSRP, incluyendo las actuaciones que han sido adelantadas con posterioridad a la declaratoria de adoptabilidad, así como también copia del proceso que se sigue en relación con el niño ADPR.*

Adicionalmente, la Defensoría deberá efectuar una nueva evaluación con el equipo técnico interdisciplinario de la Institución encargada del cuidado de los niños LV, ADPR y KSRP, y remitir a esta Sala un concepto en el que se de cuenta de cuáles son las posibilidades de reintegración reales de los menores a su núcleo familiar biológico. Para el cumplimiento de esta orden, la Defensoría cuenta con un término de diez (10) días hábiles.

CUARTO. OFICIAR al Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que designe un (unos) profesional(es) especializado(s) que, con fundamento en el material probatorio que obra en el expediente y con el que se logre recabar mediante la práctica de entrevistas o de visitas a los menores LV, ADPR y KSRP, emitan un concepto profesional sobre el estado físico y psicológico actual de los niños y respecto de la posibilidad de reintegrarse al núcleo familiar con su madre biológica. El Director cuenta con un término de diez (10) días hábiles para hacer llegar a esta Corte el concepto solicitado.

Para estos efectos, la Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño – CRAN, institución en la que hoy en día se encuentran los menores, deberá prestar toda la ayuda y colaboración que fuere del caso al profesional designado por el Instituto.

Se ordena a la Secretaría General de la Corte Constitucional que haga llegar al Director una (1) copia completa del expediente de la presente acción de tutela.

QUINTO. OFICIAR a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia y a la Defensoría del Pueblo, para que efectúen una revisión del expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos que se siguió en el caso de los menores LV y KSRP, así como del que se adelanta en relación con el menor ADPR, a fin de que rindan un concepto jurídico sobre el trámite que se ha seguido en estos asuntos.

Para estos efectos, se ordena a la Secretaría General de la Corte Constitucional que haga llegar tanto a la Procuraduría como a la Defensoría, una (1) copia completa del expediente de la presente acción de tutela, así como una copia de los documentos que sean

recibidos de parte del ICBF, en cumplimiento de lo previsto en esta providencia.

Para el cumplimiento de esta orden, las autoridades señaladas cuentan con un término de diez (10) días hábiles.

SEXTO. COMISIONAR al Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá para que efectúe una inspección judicial al domicilio de la señora YRP, a fin de constatar directamente en qué condiciones vive actualmente la peticionaria. En el acta en donde conste la diligencia, deberá consignarse la información relativa a la descripción del inmueble y recibirse el testimonio de quienes allí se encuentren en relación con los hechos en los que se sustenta la presente acción de tutela, así como de vecinos que puedan dar cuenta de las condiciones en las que vive la accionante.

SÉPTIMO. CITAR a los menores LV, ADPR y KSRP para ser entrevistados sobre los hechos que dieron lugar a la presente acción, en las instalaciones de la Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño – CRAN, ubicadas en la Transversal 77 # 162-06 de la ciudad de Bogotá, el viernes 25 de abril de 2014 a las 10:00 a.m.

Para estos efectos, se ordenará que, por la Secretaría General de esta Corporación, se le informe a la Fundación CRAN del contenido de esta providencia, de manera que se disponga lo necesario para que pueda cumplirse con la diligencia atrás señalada.

OCTAVO. CITAR a la señora YRP a rendir declaración sobre los hechos que dieron lugar a la presente acción, en las instalaciones de la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, ubicadas en la Avenida Carrera 68 # 64C - 75, el viernes 25 de abril de 2014 a las 2:00 p.m., diligencia que se llevará a cabo con la presencia del Defensor de Familia que el ICBF designe para tal fin.

Para estos efectos, se ordenará que, por la Secretaría General de esta Corporación, se le informe al ICBF del contenido de esta providencia, de manera que se disponga lo necesario para que pueda cumplirse con la diligencia atrás señalada.

NOVENO. DESIGNAR al doctor José Antonio Cepeda Amarís, Magistrado Auxiliar del Despacho del Magistrado Ponente, y a la doctora Diana Paola Acosta Peñaloza, Profesional Especializado Grado 33 del mismo, y quien actuará en calidad de secretaria ad-hoc, para que cumplan con las diligencias ordenadas en los numerales séptimo y octavo de la parte resolutive de esta providencia.

DÉCIMO. SUSPENDER los términos del presente proceso, hasta tanto se reciban las pruebas aquí decretadas y éstas sean analizadas”.

2.2. Mediante escrito allegado a esta Corporación el 11 de abril de 2014, la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar informó que ya se había suspendido el proceso administrativo en relación con el menor ADPR. Ahora bien, en relación con los requerimientos particulares, que le hizo esta sala informó:

a. Sobre actuaciones recientes:

- i) No ha tenido lugar ninguna solicitud de adopción a favor de los menores LVRP y KSRP, debido a que su caso no ha sido presentado ante el comité de adopción, pues “*la defensoría de familia se encontraba a la espera de resolver la situación jurídica de su hermano ADPR*”⁶¹.
- ii) Los menores LVRP y KSRP no han tenido contacto con su progenitora desde el 24 de septiembre de 2010, es decir, hace tres años. Mientras que, a su hermano ADPR, no lo ven desde el 12 de septiembre de 2013, fecha en la cual se llevó a cabo el reintegro del menor a su medio familiar.
- iii) Y respecto a la condición física y psicológica de los menores que están en el Centro, anexó un informe psicosocial en el que se hace un resumen de las circunstancias familiares y el estado anímico de los menores. Frente a su estado de salud no se hace anotación especial de posibles riesgos o afectaciones significativas.

b. Sobre la situación del menor ADPR, indicó que después de su reintegro al medio familiar con la progenitora, no se ha vuelto a tener contacto con ellos, y en el traslado del equipo interdisciplinario a la dirección de residencia se pudo evidenciar que ya no viven allí. Por lo

⁶¹ Cuaderno 2, folio 40.

tanto no se tiene conocimiento de su ubicación. En vista de esta situación, y ante el incumplimiento de los compromisos adquiridos por la señora YRP y consignadas en el Acta de Atribución de Custodia y Amonestación suscrita el 12 de septiembre de 2013, en decisión del 18 de marzo de 2014, la Defensoría de Familia confirmó medida de ubicación institucional que no ha podido cumplirse por ser desconocida la ubicación de madre e hijo.

2.3. En respuesta a lo solicitado por esta Sala, la Procuradora Delegada Para la Defensa de los Descritos de la Infancia la Adolescencia y la Familia presentó escrito el 14 de abril de 2014⁶², en el cual, después de revisar el expediente del presente caso, arguye que, por una parte, es pertinente, de acuerdo con lo conceptuado por el área de psicología de la Fundación CRAN, que se adopte una misma medida de restablecimiento para los tres menores, preferiblemente al lado de su progenitora, y en el mismo sentido sugiere que se tenga en cuenta la voluntad de los menores de regresar con ella.

Por otra parte, se refiere a las actuaciones administrativas y judiciales que se han surtido. En primer lugar, indica que la Resolución 329 de 2010 que profirió la Defensoría de Familia, Regional Bogotá, para declarar la adoptabilidad “*carece de los elementos estructurales de fondo de una decisión*”, pues (i) en el acápite de consideraciones no se hacen motivaciones y sustentaciones como corresponde, sino que se limita a contar “*en forma farragosa, la cronología parcial de algunas actuaciones procesales*”⁶³; (ii) no se hace una valoración probatoria sino que se vuelve a hacer una cronología de los hechos; y (iii) mucho menos se proponen fundamentos jurídicos, pues en tal acápite sólo se procedió a evocar normas y mencionar derechos supuestamente vulnerados de los menores.

Posteriormente, sobre la sentencia que homologó la anterior resolución, señala que el único “*absurdo*” fundamento de su decisión fue aseverar que los estudios y análisis adelantados por el ICBF no podían ser cuestionados por el juzgado en tanto que no eran parte de su especialidad.

Mientras que, en relación con el fallo de tutela, el Ministerio Público advirtió que “*también está totalmente viciada, dado que toda su fundamentación jurídica está cimentada exclusivamente en la aprobación íntegra de las decisiones del ICBF, así como de la confirmación de la homologación (...)*”⁶⁴.

⁶² Cuaderno 2, folios 49 y siguientes.

⁶³ Cuaderno 2, folios 54-55.

⁶⁴ Cuaderno 1, folio 55.

En mérito de lo expuesto, la Procuraduría Delegada solicita que en defensa de los derechos e intereses de la familia y el interés superior de los menores, la Corte revoque la sentencia de tutela objeto de revisión y, en su lugar, se resuelva:

“1. Dejar sin ningún efecto jurídico las decisiones del ICBF así como la sentencia de homologación de la Juez 18 de Familia de Bogotá.

2. Conceder la Tutela presentada por la progenitora de los menores.

3. Ordenar el reintegro inmediato de los tres (3) menores al hogar de su progenitora.

4. Ordenar al ICBF que monitoree haciendo visitas sociales mensualmente, al hogar de los menores y levantando las respectivas actas de seguimiento, durante un periodo de seis (6) meses.

5. Ordenar a la progenitora el cumplimiento estricto de todos los compromisos ya adquiridos y aceptados, así como los nuevos que se le impongan”⁶⁵.

2.4. En cumplimiento de la orden dada en el numeral sexto del Auto del 17 de marzo de 2014, proferido por esta Sala, el Juzgado Séptimo de Familia remitió a esta Corporación, el 8 de abril de 2014, el informe del despacho comisorio de inspección judicial al domicilio de la accionante. Según consta en el acta de la diligencia practicada el mismo día, no había nadie en el inmueble, sin embargo se pudo constatar mediante información con personas vecinas que en el lugar visitado habitaba YRP. Así lo indicó el señor WBC, quien afirmó ser el dueño del apartamento donde vive la tutelante, y quien, además, habita un apartamento en un nivel superior. El mencionado informó que YRP habitaba el inmueble con un niño de aproximadamente nueve años, y que el apartamento contaba con dos habitaciones, cocina, baño y un patio trasero.

También se tomó testimonio a una vecina, quien afirma haber vivido con YRP cuando tenía los tres menores, y ratifica que la accionante habita con su hijo en el inmueble visitado.

2.5. Mediante escrito allegado a esta Corporación el 2 de mayo de 2014⁶⁶, el Defensor del Pueblo de Bogotá allegó escrito en el que expuso su concepto

⁶⁵ Cuaderno 2, folio 56.

⁶⁶ Cuaderno 2, folios 82 y siguientes.

sobre los hechos y las actuaciones de las autoridades administrativas y judiciales en este caso. Al respecto, hizo una aproximación a la normatividad colombiana en relación con la figura de la *reincidencia informada*, en el sentido que cuando los padres son amonestados y hay reincidencia en el abandono, las disposiciones jurídicas abren la posibilidad, casi que inmediatamente, a la adoptabilidad. Sin embargo, la Defensoría presenta una consideración en torno a la regulación de la materia por el Derecho Internacional en la que se protege especialmente la permanencia de los niños, niñas y adolescentes en la familia de origen.

En este contexto, la Defensoría llama la atención sobre la obligación del Estado de diseñar macro políticas orientadas a la protección y ayuda de las familias en relación con el cuidado de sus hijos, especialmente cuando se trata de las familias más vulnerables en condiciones de pobreza. No obstante, la entidad advierte que *“lo que se evidencia en la cotidianidad es que las competentes autoridades se inclinan por medidas fáciles y drásticas como es la declaración de abandono pero sin que se intervenga con la familia para intentar solucionar los motivos que dieron lugar a esa situación precaria y procurar que esta termine lo antes posible”*. Insiste la entidad que resulta preciso si bien ha de protegerse la situación de un menor a quien se le desconocen sus derechos fundamentales si es dejado en abandono sin el cuidado de un mayor de edad, antes, debe analizarse *“cuál sería el motivo que conllevó a esa situación y como (sic) ayudar a esas humildes mujeres solteras cabeza de familia con hijos sin reconocimiento de los padres”*⁶⁷.

Al tenor de lo anterior, indica la entidad interviniente, resulta necesario que, para garantizar la permanencia de los menores en su familia de origen, el Estado promueva los auxilios y ayudas para cuidarles *“cuando sus progenitores y especialmente la madre, no pueda o no se encuentre en condiciones de ejercer por sí misma esa función”*⁶⁸. En estos términos la Defensoría llama la atención sobre la deficiencia normativa para proteger a las familias, en especial a las que se encuentran en estado de pobreza, pues esta condición es la que muchas veces determina que los padres descuiden a sus hijos.

Así las cosas, concluye que la eventual declaratoria de adoptabilidad es una medida subsidiaria *“tras un periodo de intentos de rehabilitación de los padres y previo el estudio y búsqueda de otras alternativas que les permitan a los niños y adolescentes permanecer con su familia primigenia o al menos a su entorno más cercano, relegándose la adopción a la última de las*

⁶⁷ Cuaderno 2, folio 88.

⁶⁸ Cuaderno 2, folios 88 y 89.

*medidas tal como se recomienda en convenios y convenciones internacionales, por tratarse, precisamente, de la separación definitiva de un niño o adolescente, de su familia de origen*⁶⁹. Para tal efecto, la Defensoría resalta la necesidad de contar con el consentimiento del menor cuando supera cierta edad (7 años), en relación con la posibilidad de vincularse a una familia.

Todo lo anterior, lleva a la entidad a considerar que en el caso concreto no se observa ninguna clase de maltrato sobre los menores y la única conducta reprochable a la madre fue haber dejado a sus hijos al cuidado de una persona que los desatendió, esto, mientras ella buscaba los medios para el sostenimiento económico dado que se encontraba en situación de pobreza, sin tener en cuenta que *“en los casos en que la familia biológica es pobre pero si no se ha incurrido en abusos frente a un menor, ello no constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno materno y así no se tenga el apoyo de la familia extensiva”*⁷⁰..

En tales términos, la Defensoría no encuentra que se hubiera configurado un motivo para la declaración de adopción de los menores, más cuando previamente tenían que haberse agotado las medidas alternativas. Por lo tanto, concluye que la declaración de adoptabilidad en este caso vulnera los derechos de los menores a tener una familia y, a la vez, los derechos de la mujer cabeza de familia.

2.6 Medicina legal presenta informes médicos de los menores. De una parte el examen físico practicado a LVRP, ADPR y KSRP, en el que, para cada uno, se determinó que estaban en buenas condiciones generales sin muestras de lesiones recientes o antiguas; y, de la otra, la prueba psicológica sólo fue practicada a LVRP y KSRP, pues ADPR no se presentó. En este examen la menor relató los hechos en relación con la segunda vez que los llevaron al Centro San Gabriel, y comenta que cuando les recogió la policía estaban con una señora que los cuidaba. De toda la entrevista y valoración de los antecedentes, se concluye, entre otras cuestiones, que la menor mantiene un fuerte vínculo afectivo con sus hermanos, frente a quienes ha asumido una función de protectora, y la separación de ADPR *“es para la evaluada una situación altamente estresante, que también implica una ruptura profunda con la figura materna”*⁷¹. Ahora bien, respecto a esta última se indica que *“[s]i bien la peritada conserva el apego hacia su madre y continúa reconociéndola como un referente familiar, el vínculo con ella se ha*

⁶⁹ Cuaderno 2, folio 89, al reverso.

⁷⁰ Cuaderno, folio 92.

⁷¹ Cuaderno 2, folio 143.

deteriorado debido a la experiencia de separación y a su ausencia prolongada”⁷².

Finalmente, dentro de las varias recomendaciones el Instituto de Medicina legal señala en el informe:

“A. El primordial que se propenda por la estabilidad del vínculo fraternal, toda vez que los hermanos constituyen para LVRP su referente familiar más sólido y la separación definitiva de ellos, podría derivar en consecuencias afectivas y emocionales difíciles de reparar (...)

(...)

I. Si bien el estado psicológico de los niños aporta elementos para analizar el reintegro familiar en cabeza de su madre biológica, es imprescindible conocer las condiciones de todo orden con las que ella cuenta actualmente y la persistencia de los cambios que mostró en el pasado para poder establecer su idoneidad frente al ejercicio del rol materno”⁷³,

En el examen practicado a KSRP, el menor hace algunos comentarios sobre sus hermanos y se acuerda de su madre. En concreto se concluye, entre otros aspectos, lo siguiente:

“A. El examinado KSRP tiene escasos recuerdos de sus vivencias en el entorno materno antes del ingreso en protección; la figura materna se encuentra “desdibujada”, lo que es resultado de la temprana separación, de la ausencia materna prolongada y de la falta de interacción entre ambos (...)

B. (...) El niño vivencia subjetivamente la separación de su entorno familiar y las medidas que se han tomado durante el proceso administrativo, con experiencias de rechazo y abandono materno

C. El vínculo fraternal tiene especial importancia para el evaluado; destaca la función cuidadora y protectora que ha ejercido su hermana LVRP, hacia quien se muestra fuertemente ligado (...) El reintegro de su hermano ADPR al entorno familiar es vivido por KS como una “pérdida” que le causa aflicción, pues supone el distanciamiento de un vínculo primordial”

(...)

K. La posibilidad de reintegro en cabeza de la madre biológica debe partir de la identificación de condiciones psicológicas,

⁷² Cuaderno 2, folio 143.

⁷³ Cuaderno 2, folio 144.

afectivas, emocionales y sociales actuales, que le permitan ofrecer a sus hijos un cuidado y desarrollo adecuados (...)”

2.7. En cumplimiento de lo ordenado en los numerales séptimo y noveno del Auto proferido el pasado 17 de marzo de 2014 por esta Sala, el 16 de mayo de 2014 se celebraron las audiencias públicas ordenadas por esta sala, con el objeto de (i) entrevistar a los menores LVRP, ADPR y KSRP⁷⁴, y (ii) de interrogar a la señora YRP⁷⁵.

2.7.1. De los menores, la primera en ser entrevistada fue LVRP, quien indicó que se encontraba bien en la Fundación CRAN y que también iba al colegio. Mencionó a su hermano KSRP, quien vivía con ella en la misma fundación, y a ADPR, pero que a este no lo veía hace mucho tiempo porque vivía con su mamá. Sobre su madre, describió su aspecto físico y afirmó que cuando vivía con ella y sus hermanos, la pasaba bien y jugaba. Le enseñó una foto al Magistrado Auxiliar que realizó la diligencia, en la que identificaba a su mamá y sus hermanos en la época que, estando en la fundación CRAN, aquella podía visitarlos, a lo que, además, afirmó: *“yo estaba feliz cuando nos visitaba”*⁷⁶.

En particular, ante la pregunta sobre la adopción, la menor indica que en la Fundación CRAN le dijeron que la llevarían con unos papás nuevos, junto con su hermano KSRP, pero que ella quiere llevar también a ADPR y a su mamá. Y luego de hacer un dibujo de su madre con un vestido de corazones afirma: *“quisiera ver a mi mamá, saber cómo está”*⁷⁷.

En la breve entrevista realizada a KSRP, el menor reconoció, en la foto ya mencionada, a su hermana, a su hermano ADPR, y a su madre, y ante la pregunta que le formuló el Magistrado Auxiliar sobre volver con ésta, indicó que él quería volver con su mamá junto con LVRP.

Finalmente, se entrevista a ADPR, quien indica su edad, que está en el colegio en la jornada de la tarde, que por la mañana lo cuidaba una señora llamada V., y que es el primero del curso. El Magistrado Auxiliar le enseña las fotos que tomó el Juzgado Séptimo de Familia cuando realizó la inspección judicial, y el menor reconoció que esa era su casa. Ante la petición de que describiera cómo transcurría un día cualquiera, el menor indicó que su mamá lo levantaba muy temprano, lo llevaba a la casa de V, allí dormía otro poco y luego, lo despertaban para desayunar. Allí hacía

⁷⁴ Cuaderno 2, folio 165 y siguientes.

⁷⁵ Cuaderno 2, folio 152 y siguientes.

⁷⁶ Cuaderno 2, folio 166.

⁷⁷ Cuaderno 2, folio 166.

tareas y luego almorzaba y se iba al colegio, con V. y con la hija de ésta que está en el mismo colegio y mismo curso. Luego V. lo recoge en el colegio y, por la noche, cuando su mamá llega del trabajo de las cremalleras, lo lleva a la casa a comer y dormir. Indica que le gusta estar con su mamá y que los fines de semana están juntos y salen. Además contestó que el sí quería estar con sus hermanos y que los extrañaba mucho

2.7.2. El mismo día, horas más tarde, se realizó la audiencia en la que se interrogó a la señora YRP⁷⁸.

En contestación a las preguntas formuladas la interrogada afirmó que se encontraba trabajando en una fábrica de cremalleras y que ganaba una asignación mensual de \$960.000 pesos, con los cuales alcanzaba a cubrir sus gastos, e incluso a veces podía ahorrar. Relató que la primera vez que la policía se llevó a sus hijos, ella se encontraba viviendo en una misma casa con otra señora que le ayudaba a cuidar a los menores y a quien le pagaba. Sin embargo, cuando la policía fue, ella se encontraba trabajando y había dejado a sus hijos con la señora mencionada, y desconoce si ella había dejado solos. Posteriormente, precisó que le habían informado que sólo podía ver a AD, pues según una orden judicial los otros menores serían dados en adopción y no podía volverlos a ver, por lo que buscó ayuda en la Procuraduría y también un abogado pero era muy costoso, por lo que había acudido a la acción de tutela.

Asimismo, indicó que siempre ha querido recuperar a sus hijos, y a pesar de su pobreza les ha dado cariño, nunca los ha maltratado ni los ha dejado abandonados. También advierte que ha cambiado su comportamiento, ya no sale y tiene un trabajo permanente y diurno, además indica que no consume licor ni ninguna sustancia alucinógena, y que no cuenta con ninguna ayuda familiar. Para finalizar, la señora YRP hace referencia a su buena relación con ADPR, quien, al momento de la entrevista cursaba tercero de primaria, y a que actualmente lo cuida una tía de su novio quien lo hace sin ninguna contraprestación.

3. Presentación del caso

La presente acción de tutela se suscita con ocasión de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos que adelantó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) – Regional Bogotá a favor de los tres hijos de la señora YRP: la menor LVRP, y de los menores KSRP y ADPR, este último hijo de distinto padre. En primer término, la entidad

⁷⁸ Cuaderno 2, folios 155 y siguientes.

mencionada declaró en situación de adoptabilidad a los menores, decisión que fue homologada judicialmente, sin embargo, posteriormente la Defensora de Familia del ICBF - Regional Bogotá, decretó la nulidad de la resolución por adoptabilidad en lo que concernía exclusivamente al menor ADPR, pues en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos no se había notificado a su progenitor.

Ahora bien, en el nuevo proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de ADPR, se pudo constatar que la señora YPR, estaba en condiciones de asumir el cuidado y crianza de su hijo, por lo que la entidad ordenó el reintegro a su medio familiar. De manera que, si bien ADPR está viviendo con la madre, sus dos hermanos LVRP y KSRP se encuentran en la Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño (CRAN), a la espera de la resolución de su situación de adoptabilidad.

Frente a esta situación, la señora YPR instauró acción de tutela contra el ICBF – Regional Bogotá, por considerar que en las actuaciones administrativas y judiciales se desconoció que ella cuenta con el deseo y la capacidad para asumir el rol materno, con lo cual se vulneraba el derecho fundamental de sus hijos a la unidad familiar y a crecer en su familia de origen. Sin embargo, el juez de tutela negó el amparo al considerar que la medida de adoptabilidad se había tomado con base en los estudios técnicos y respetando el procedimiento debido, lo que no correspondía cuestionar tal decisión. Además, indicó que el principio de unidad familiar podía ser limitado cuando ni la familia nuclear ni la extensa ofrecían las condiciones que requieren los menores, tal y como había sucedido en el presente asunto.

Esta Corporación seleccionó el presente expediente de tutela para su revisión, y mientras adopta una decisión de fondo, la Sala, mediante Auto del 17 de marzo de 2014, ordenó la suspensión de los efectos de la decisión de adoptabilidad de los menores LVRP y KSRP, y, a su vez, del trámite del proceso de restablecimiento de derechos en relación con el menor ADPR.

4. Planteamiento del problema jurídico y esquema de resolución

De conformidad con el anterior planteamiento del caso, corresponde a esta Corporación definir si el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, en el cual se decidió la adoptabilidad de los menores LVRP y KSRP, se adelantó conforme al derecho fundamental al debido proceso.

Lo anterior, a partir de las exigencias que el derecho a la unidad familiar incorpora en este tipo de procedimientos administrativos en relación con la

actividad probatoria y con las medidas que implican la separación de los menores de su familia biológica.

Para tal efecto, a continuación se pasará a hacer una serie de consideraciones generales en relación con (i) el derecho al debido proceso administrativo y su protección excepcional por vía de tutela; (ii) la naturaleza del proceso de restablecimiento de derechos que adelanta el ICBF; (iii) la sujeción de la administración cuando adelanta dicho proceso, al derecho de los niños a la unidad familiar; y por último, a partir de las anteriores consideraciones, (iv) se resolverá el caso concreto.

5. El debido proceso administrativo y su protección excepcional por vía de la acción de tutela

El artículo 29 de la Constitución Política dispone que “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, lo cual determina una amplia irradiación de las garantías que supone este derecho fundamental a cualquier actuación procesal que adelanten las autoridades públicas. En este sentido en la Sentencia C-034 de 2014 precisó la Corte:

“El debido proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad”⁷⁹.

En concreto, esta arbitrariedad se previene a partir de la sujeción de las autoridades públicas al ordenamiento jurídico, en cumplimiento del principio de legalidad, tanto en lo concerniente a las normas que regulan el procedimiento mismo, como a aquellas sustanciales en las cuales se tiene que fundamentar la decisión adoptada. En este sentido, la sentencia anteriormente mencionada se refiere al derecho al debido proceso como “*el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo*”.

⁷⁹ Sentencia C-034 de 2014.

Así las cosas, la garantía de este derecho está condicionada por el cumplimiento del ordenamiento jurídico mismo, lo cual es, a la vez, la razón de ser de cualquier tipo de procedimiento en un Estado de Derecho. Así las cosas, el mismo proceso, sus etapas y los recursos en él previstos son el escenario natural para su ejercicio y protección. Sin embargo, como lo ha sostenido esta Corporación, nada obsta para que ante una afectación del debido proceso, como sucede con los demás derechos fundamentales, se pueda acudir ante el juez de tutela como mecanismo subsidiario de protección⁸⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha desarrollado una teoría sobre la procedibilidad de la acción de tutela, especialmente a la hora de cuestionarse las actuaciones en los procesos judiciales, a partir de la cual, si bien se ha confirmado la posibilidad de amparar el derecho al debido proceso a través de la acción de amparo, tal posibilidad resulta excepcional en favor de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada. De tal manera que se deben cumplir ciertos requisitos que, a partir de la Sentencia C-590 de 2005, se han distinguido claramente en dos grupos, de la siguiente manera:

(i) Requisitos generales de procedibilidad:

“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 jurisdicciones⁸¹. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué 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

⁸⁰ En la Sentencia C-590 de 2005 se señaló:

“A este respecto hay que decir que si bien las acciones judiciales ordinarias constituyen supuestos de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, de resultar inidóneos e ineficaces, la persona tiene derecho a hacer uso de la acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección directamente configurado por el constituyente. Lo contrario implicaría admitir que la democracia constitucional colombiana está concebida de tal manera que una persona a la que se le ha vulnerado un derecho fundamental en una sentencia respecto de la que no existen otros mecanismos ordinarios de protección, está condenada a sobrellevar esa vulneración y con esto se estaría renunciando al efecto vinculante de los derechos fundamentales”.

⁸¹ Sentencia 173 de 1993.

afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁸². 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 vulneración⁸³. 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 actora⁸⁴. 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 posible⁸⁵. 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

⁸² Sentencia T-504/00.

⁸³ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

⁸⁴ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

⁸⁵ Sentencia T-658-98

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 tutela⁸⁶. 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.”

(ii) Requisitos o causales especiales de procedibilidad:

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

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

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

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁸⁷ 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.

⁸⁶ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

⁸⁷ Sentencia T-522/01

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 vulnerado⁸⁸.

i. Violación directa de la Constitución”.

No obstante que la jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia del derecho al debido proceso en el contexto de las actuaciones judiciales, no puede pasarse por alto que el artículo 29 de la Constitución Política extendió sus efectos a los procesos administrativos. De hecho, como lo señala la mencionada Sentencia C-034 de 2014, “[u]na de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas. Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales”.

En este sentido, en materia administrativa, el derecho al debido proceso tiene una naturaleza y efectos propios que determinan su garantía en las actuaciones de la administración (o de entidades de otras ramas del poder público cuando desempeñen esta función). Al respecto en la Sentencia C-089 de 2011, se precisan los principios generales que lo rigen, en el siguiente sentido: “(i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados”. Todo lo cual —continúa la sentencia— está dirigido a “garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, y con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho”.

En consecuencia, en principio, no cabe hacer ninguna distinción en relación con la protección por vía de tutela cuando el derecho se manifiesta en el

⁸⁸ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

contexto del proceso administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que en estos supuestos la evaluación de procedibilidad de la acción de tutela resulta ser más exigente, pues se parte del hecho que los actos administrativos cuentan con los recursos propios de la vía gubernativa y, además, con los medios de defensa jurisdiccionales. Esta situación pone mayor énfasis en la subsidiariedad de la acción de tutela que cuando se refiere a providencias judiciales. Al respecto ya señalaba la sentencia T-514 de 2003:

“(...) la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Entonces, tratándose de la tutela contra actos administrativos, además de superar un examen de subsidiariedad general, y que determina que la acción de amparo sólo proceda transitoriamente hasta que se haga uso de los mecanismos contenciosos, o que los mecanismos ordinarios de defensa no sean idóneos para la protección del derecho⁸⁹, la jurisprudencia también considera necesario satisfacer un examen de fondo, es decir, “[e]n segundo término, ha señalado que el acto debe ser contrario a los derechos fundamentales de los interesados en la actuación, en especial las garantías propias del derecho al debido proceso”⁹⁰.

Es en este punto donde la jurisprudencia hace una asimilación, para estos casos, de los requisitos en relación con la procedibilidad de la acción de

⁸⁹ Al respecto en la Sentencia T-596 de 2011 se indicó: “En síntesis, el derecho al debido proceso exige que las autoridades administrativas obedezcan, de forma rigurosa, las disposiciones que buscan garantizar la intervención de los particulares dentro del procedimiento, con el objeto de proteger el derecho fundamental de defensa, materializando la posibilidad de hacer valer sus derechos. No obstante, la procedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos es excepcional puesto que se debe evidenciar que: (i) sea necesaria para evitar un perjuicio irremediable o que los mecanismos ordinarios de defensa no sean idóneos para la protección del derecho; y (ii) la actuación administrativa desconoció la garantía de debido proceso, teniendo como fundamento algunos de los defectos descritos anteriormente”.

⁹⁰ Sentencia T-076 de 2011.

amparo contra providencias judiciales, con ciertas precisiones por tratarse de una controversia en relación con actos de tipo administrativo. Esta asimilación es explicada con precisión en la Sentencia T-076 de 2011:

“En relación con este segundo aspecto, el precedente sobre la materia ha tendido a hacer uso de las causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho al debido proceso. Por ende, dichas causales de procedencia han servido como instrumento de definición conceptual para los jueces constitucionales, quienes determinan si los defectos que estas describen son comprobados en la actuación administrativa objeto de análisis”.

Así las cosas, a partir de la providencia anteriormente citada, la jurisprudencia constitucional ha sido expresa al referirse a que la procedibilidad de la acción de amparo para controvertir las actuaciones administrativas, debe tener en cuenta, además del examen de los requisitos generales, si se ha vulnerado el derecho al debido proceso en cualquiera de los siguientes términos:

“(i) Defecto orgánico, que se estructura cuando la autoridad administrativa que profiere el acto objeto de reproche constitucional carecía absolutamente de competencia para expedirlo. Se trata, por ende, de una situación extrema, en donde resulta irrazonable sostener que dicha autoridad estaba investida de la facultad de adoptar la decisión correspondiente.

(ii) Defecto procedimental absoluto, el cual se predica de la actuación administrativa, cuando ha sido tramitada completamente al margen del procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico. Este vicio tiene carácter cualificado, puesto que para su concurrencia se requiere que (i) no exista ningún motivo constitucionalmente válido o relevante que permitiera sobreseer el procedimiento aplicable; (ii) las consecuencias de ese desconocimiento involucren una afectación verificable de las garantías constitucionales, en especial del derecho al debido proceso; y (iii) que el defecto observado no haya sido solucionado a través de los remedios previstos por la ley para subsanar errores en el procedimiento.

(iii) *Defecto fáctico, que se demuestra cuando la autoridad administrativa ha adoptado la decisión bajo el absoluto desconocimiento de los hechos demostrados dentro de la actuación. Este defecto, al igual que el anterior, tiene naturaleza cualificada, puesto que para su estructuración no basta plantear una diferencia de criterio interpretativo respecto a la valoración probatoria que lleva a cabo el funcionario, sino que debe demostrarse la ausencia de vínculo entre los hechos probados y la decisión adoptada. Además, el error debe ser de tal magnitud que resulte dirimente en el sentido del acto administrativo, de modo que de no haber ocurrido, el acto hubiera tenido un sentido opuesto al adoptado.*

(iv) *Defecto material o sustantivo, el cual concurre cuando la autoridad administrativa profiere el acto a partir de la aplicación de normas inexistentes, inconstitucionales, declaradas ilegales por la jurisdicción contenciosa o abiertamente inaplicables para el caso concreto. La jurisprudencia también ha contemplado que la interpretación irrazonable de las reglas jurídicas es una causal de estructuración de defecto sustantivo, evento en el que se exige una radical oposición entre la comprensión comúnmente aceptada del precepto y su aplicación por parte de la autoridad administrativa, situación que encuadra en lo que la doctrina define como interpretación contra legem.*

(v) *Error inducido o vía de hecho por consecuencia, defecto que se predica cuando la autoridad administrativa adopta una decisión contraria a los derechos fundamentales de las partes interesadas, debido a la actuación engañosa por parte de un tercero.*

(vi) *Falta de motivación, que corresponde a los actos administrativos que no hacen expresas las razones fácticas y jurídicas que le sirven de soporte. Este defecto ha tenido un profundo desarrollo por la jurisprudencia constitucional, la cual ha señalado que la motivación del acto administrativo es un aspecto central para la garantía del derecho al debido proceso de las partes, puesto que la ausencia de tales premisas impide expresar cargos de ilegalidad o inconstitucionalidad ante la jurisdicción contenciosa distintos al de desviación de poder de que trata el artículo 84 C.C.A., lo que a su vez conlleva una grave afectación, tanto del derecho de defensa del afectado, como del principio de publicidad propio de la función administrativa.[42] Esta postura ha llevado a que la jurisprudencia de esta Corporación haya previsto que incluso en los eventos en que el ordenamiento confiere*

a determinadas autoridades administrativas la potestad discrecional para adoptar ciertas decisiones, tal facultad no puede entenderse como un ámbito para el ejercicio arbitrario del poder, lo que implica que en ese escenario también deba hacerse expresa la motivación de la decisión.[43]

(vii) Desconocimiento del precedente constitucional vinculante, defecto que ocurre cuando la autoridad administrativa obra, de forma injustificada, en contravía del contenido y alcance de los derechos fundamentales que ha realizado, con efectos obligatorios, la Corte Constitucional.

(viii) Violación directa de la Constitución, lo que se predica del acto administrativo que desconoce, de forma específica, normas de la Carta Política. Ello se evidencia cuando la Constitución prevé reglas positivas particulares con efecto inmediato, que determinan consecuencias jurídicas verificables y, a pesar de ello, la autoridad desconoce esos mandatos o profiere actos que contradicen las reglas mencionadas”⁹¹.

En este orden de ideas, es posible concluir que la Constitución de 1991 llevó la aplicación del derecho al debido proceso al ámbito judicial y administrativo, lo cual significa una vinculación de las autoridades públicas a garantizarlo en sus actuaciones procesales, y la posibilidad de que pueda ser amparado por los mecanismos ordinarios de la vía gubernativa y jurisdiccional, y, en ciertos supuestos, a través de la acción de tutela.

Hechas estas consideraciones, se pasará a hacer una aproximación concreta al proceso administrativo de restablecimiento de derechos contemplado en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006, artículos 96 y siguientes), que es el escenario donde se plantea la presente acción de amparo.

6. El proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de menores

El Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA) dentro del Título II denominado “*Garantía de derechos y prevención*”, consagra el procedimiento destinado a la protección de los derechos de los menores. En concreto, el mismo artículo 99, que encabeza el Capítulo IV denominado “*Procedimiento administrativo y reglas*”, dispone que “[c]orresponde a los

⁹¹ Sentencias: T-076 de 2011, T- 596 de 2011, T-072 de 2012, T-358 de 2011, T-1014 de 2012, T-1082 de 2012, entre otras.

defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código". Aunque no se hace una mención expresa de cuáles derechos se trata, una interpretación sistemática permite inferir que por la materia a la que se refiere el código, el procedimiento administrativo está destinado a procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, el artículo 99 señala que habrá lugar a la iniciación de la actuación administrativa, cuando la respectiva autoridad (defensor o comisario de familia, o, en su caso inspector de policía), tenga conocimiento de una vulneración o amenaza *"de alguno de los derechos que esta Código reconoce a los niños, las niñas o los adolescentes"*. En concreto, el mismo artículo dispone que la llamada *"providencia de apertura"*, debe contener:

- "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"*.

Es decir, que desde la apertura de la investigación la autoridad administrativa cuenta con la facultad de adoptar las medidas que considere necesarias para proteger los derechos de los menores que puedan estar amenazados o afectados. Posteriormente, el artículo 100 establece cómo procede el trámite de ahí en adelante hasta la adopción del fallo, para lo cual es necesario, en primer lugar, agotar la conciliación, pero en caso de tratarse de asuntos no transigibles o si se fracasa en el intento, se procede a decretar las pruebas que se consideren necesarias, se fijará audiencia para practicarlas, y en ella se fallará mediante resolución susceptible de reposición.

Finalmente, la misma disposición normativa establece que una vez se resuelva el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo el expediente debe ser remitido al juez de familia para su homologación.

Como se puede observar, la finalidad de procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos de los menores se concreta en la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda adoptar medidas concretas de protección. Así sucede desde la apertura de la investigación, en el trámite procesal y, por último, en su resolución, tal y como lo indica el artículo 101, el cual, al referirse al contenido del fallo, indica que, además del contenido general de la resolución (hechos, examen de las pruebas y fundamentos jurídicos de la decisión), se deberá hacer una justificación de la medida de restablecimiento que eventualmente se adopte.

Ahora bien, estas medidas de restablecimiento no son facultativas, pues el mismo CIA las prevé en el capítulo segundo del mismo Título II. Para ello, el artículo 50 señala, primeramente, que por restablecimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes se entiende “*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*”. Para tal efecto el artículo 52 establece que la autoridad deberá verificar la condición del menor a partir de los siguientes aspectos:

- “1. *El Estado de salud física y psicológica.*
2. *Estado de nutrición y vacunación.*
3. *La inscripción en el registro civil de nacimiento.*
4. *La ubicación de la familia de origen.*
5. *El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos.*
6. *La vinculación al sistema de salud y seguridad social.*
7. *La vinculación al sistema educativo.*

PARÁGRAFO 1o. De las anteriores actuaciones se dejará constancia expresa, que servirá de sustento para definir las medidas pertinentes para el restablecimiento de los derechos.

PARÁGRAFO 2o. Si la autoridad competente advierte la ocurrencia de un posible delito, deberá denunciarlo ante la autoridad penal.”

A continuación, el artículo 53 enuncia cuáles son las medidas de restablecimiento que pueden ser tomadas por la autoridad competente, y los artículos siguientes explican a qué se refiere cada una de ellas, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 54. AMONESTACIÓN. La medida de amonestación consiste en la conminación a los padres o a las personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente sobre el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden o que la ley les impone. Comprende la orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, con la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo, so pena de multa convertible en arresto.

ARTÍCULO 55. INCUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la diligencia de amonestación, acarreará a los infractores la sanción de multa equivalente al valor de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios legales vigentes, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada salario diario mínimo legal vigente de multa. Esta sanción será impuesta por el Defensor de Familia.

ARTÍCULO 56. UBICACIÓN EN MEDIO FAMILIAR. <Artículo modificado por el artículo 217 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Es la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior.

La búsqueda de parientes para la ubicación en medio familiar, cuando a ello hubiere lugar, se realizará en el marco de la actuación administrativa, esto es, durante los cuatro meses que dura la misma, o de la prórroga si fuere concedida, y no será excusa para mantener al niño, niña o adolescente en situación de declaratoria de vulneración. Los entes públicos y privados brindarán acceso a las solicitudes de información que en dicho sentido eleven las Defensorías de Familia, las cuales deberán ser atendidas en un término de diez (10) días. El incumplimiento de este término constituirá causal de mala conducta.

Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos.

ARTÍCULO 57. UBICACIÓN EN HOGAR DE PASO. La ubicación en hogar de paso es la ubicación inmediata y provisional del niño, niña o adolescente con familias que forman parte de la red de hogares de paso. Procede la medida cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención.

La ubicación en Hogar de Paso es una medida transitoria, y su duración no podrá exceder de ocho (8) días hábiles, término en el cual la autoridad competente debe decretar otra medida de protección.

ARTÍCULO 58. RED DE HOGARES DE PASO. Se entiende por Red de Hogares de Paso el grupo de familias registradas en el programa de protección de los niños, las niñas y los adolescentes, que están dispuestas a acogerlos, de manera voluntaria y subsidiada por el Estado, en forma inmediata, para brindarles el cuidado y atención necesarios.

En todos los distritos, municipios y territorios indígenas del territorio nacional, los gobernadores, los alcaldes, con la asistencia técnica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, organizarán las redes de hogares de paso y establecerá el registro, el reglamento, los recursos, los criterios de selección y los controles y mecanismos de seguimiento y vigilancia de las familias, de acuerdo con los principios establecidos en este código.

ARTÍCULO 59. UBICACIÓN EN HOGAR SUSTITUTO. Es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.

Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En ningún caso podrá otorgarse a personas residentes en el exterior ni podrá salir del país el niño, niña o adolescente sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa de la autoridad competente.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asignará un aporte mensual al hogar sustituto para atender exclusivamente a los gastos del niño, niña o adolescente. Mientras dure la medida el Instituto se subrogará en los derechos contra toda persona que por ley deba alimentos al niño, niña o adolescente. En ningún caso se establecerá relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los responsables del hogar sustituto.

PARÁGRAFO. En el caso de los niños, niñas y adolescentes indígenas, se propenderá como primera opción, la ubicación del menor en una familia indígena. El ICBF asegurará a dichas familias indígenas el aporte mensual de que trata este artículo.

ARTÍCULO 60. VINCULACIÓN A PROGRAMAS DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA PARA EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS VULNERADOS. Cuando un niño, una niña o un adolescente sea víctima de cualquier acto que vulnere sus derechos de protección, de su integridad personal, o sea víctima de un delito, o cuando se trate de una adolescente o mujer mayor de 18 años embarazada, deberán vincularse a un programa de atención especializada que asegure el restablecimiento de sus derechos.

PARÁGRAFO 1o. La especialización de los programas debe definirse a partir de estudios diagnósticos que permitan determinar la naturaleza y el alcance de los mismos. Los programas deberán obedecer a las problemáticas sociales que afectan a los niños, las niñas y los adolescentes, y ser formulados en el marco de las políticas públicas de infancia y adolescencia dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expedirán la reglamentación correspondiente al funcionamiento y operación de las casas de madres gestantes y los programas de asistencia y cuidado a mujeres con embarazos no deseados de que trata el presente artículo, durante los 12 meses siguientes a la expedición de la presente ley.

ARTÍCULO 61. ADOPCIÓN. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Como se puede observar, las medidas de restablecimiento mencionadas están dirigidas a atender la situación de amenaza o vulneración de los derechos del menor originada en su propio entorno familiar. Para tal efecto, la autoridad competente puede, desde tomar una medida de amonestación, hasta retirar al menor temporalmente de su entorno familiar, incluso, al tenor del artículo 107⁹², es posible declarar en situación de adoptabilidad o de vulneración de derechos a un menor. Esto significa, entonces, la separación definitiva de la familia de origen, pues como lo indica el numeral 4 del artículo 64 del CIA, uno de los efectos jurídicos de la adopción es que *“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”* (subrayas fuera del texto).

7. La unidad familiar como parámetro sustantivo y probatorio del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de menores

7.2.1. El proceso administrativo de restablecimiento de derechos de menores, no puede perderse de vista, está destinado, según lo dispone el ya comentado artículo 99 CIA, a procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos a los niños por el ordenamiento jurídico internacional y nacional. De manera que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son el referente sustancial basilar de dicho procedimiento.

7.2.1.1. Efectivamente, los niños son sujetos de especial protección tanto en la normatividad internacional como en la nacional. En el primero de los

⁹² 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 misma resolución 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 1o. Dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa. Para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustentan la oposición. // PARÁGRAFO 2o. 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.

escenarios, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, es el referente más reciente e importante (por su generalizada adscripción internacional⁹³). Para empezar, el artículo primero de esta convención define que se entiende por “niño” a todo ser humano menor de un año, y en adelante la convención hace expreso reconocimiento a una gran cantidad de derechos a favor de estos sujetos, en el entendido que, como lo indica el preámbulo, se recuerda que “*en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales*”.

Dentro de estos derechos, cobra especial relevancia el derecho a tener y crecer en una familia y a no ser separado de ella. Así pues, en el mismo preámbulo de la convención se reconoció la necesidad de apoyar a las familias por ser el escenario principal en el que los niños se desarrollan. En tal sentido se indica:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”

Y, no sólo ello, sino que de manera expresa se reconoce el entorno familiar como una garantía de su bienestar y desarrollo, cuando dispone:

“Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

En desarrollo de lo anterior, la convención incluye medidas destinadas a lograr que el niño no sea separado de su familia, salvo circunstancias específicas que hagan necesaria dicha separación en pro del interés superior del menor. Al respecto señalan el artículo 7 y 9:

“Artículo 7.

*1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, **a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.***

⁹³ Los Estados Unidos de América es el único Estado que no la ratificó.

2. *Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.*

Artículo 9.

1. **Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.**

2. *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

3. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

4. *Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.* (Resaltados fuera del texto original).

De la misma manera, la convención contiene normas puntuales dirigidas a que el crecimiento del niño se haga dentro del núcleo familiar, por lo que recae, principalmente, en los padres la responsabilidad de su crianza y desarrollo, asignándole a los Estados la obligación de prestar la asistencia apropiada a los padres para efectos de garantizar el cumplimiento de tales

propósitos. Así lo dispone el artículo 18 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño:

“Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

(...)”. (Resaltado fuera del texto original).

7.2.1.2. Por otra parte, en el orden interno, el artículo 44 de la Constitución Política realiza una lista de derechos a favor de los niños que, además, elevó al carácter de fundamentales⁹⁴. Entre ellos, incluye el derecho a “*tener una familia y no ser separados de ella*”. Ello, con la correlativa obligación de protección en cabeza del Estado, de la sociedad y la propia familia. Dispone el segundo inciso de la norma mencionada:

⁹⁴ ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. // La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

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

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia, consagra en el Capítulo II los *“Derechos y libertades”* de los menores, y de manera particular, en el artículo 22 incluye el derecho a *“tener una familia y a no ser separado de ella”* en los siguientes términos:

“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

7.2.2. Respecto a este derecho, la jurisprudencia constitucional ha sido clara y enfática en la importancia que la Carta de 1991 le dio a la institución familiar, en tanto que para los menores resulta ser el medio apropiado para su desarrollo armónico. Así, desde los primeros pronunciamientos, esta Corporación se ha referido al hecho de que la unidad familiar es, antes que todo, un principio esencial del Estado, que, luego, se materializa en el derecho concreto de los niños a no ser separados de ella. En tales términos en la Sentencia T- 278 de 1994 se señaló:

“Debe concluirse entonces, que para proteger a la institución familiar, la Carta Fundamental de 1991 ha elevado a canon constitucional su unidad como principio esencial. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Sumado a lo anterior, la protección de este derecho cobra mayor importancia en la medida en que su ejercicio permite la garantía de otros derechos relacionados con el bienestar y el desarrollo de los niños. Al respecto, la Sentencia T-502 de 2011 es clara al afirmar:

“Esta Corporación ha señalado además, que este derecho tiene una especial importancia para los niños, puesto que por medio de su ejercicio se materializan otros derechos constitucionales, que, por lo tanto, dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta”.

Este Tribunal ha reconocido la dimensión tanto *ius fundamental*, como prestacional de los derechos de los niños, que determina, no sólo su protección inmediata y en este sentido la procedibilidad de la acción de amparo, sino también la vinculación especial de las autoridades públicas, en especial del legislador, al deber de adoptar las medidas pertinentes para el diseño y ejecución de políticas públicas que lo promuevan y garanticen⁹⁵.

La vinculación de las autoridades públicas, entonces, resulta ser un referente y límite en sus actuaciones, las cuales deben abstenerse de adoptar decisiones que impliquen la afectación de la unidad familiar, no sólo porque la familia es, según el artículo 42 de la Constitución, el núcleo fundamental de la sociedad, sino como una garantía de los derechos de los niños, en tanto fundamentales. En la Sentencia T-572 de 2009, la Corte se refirió sobre este límite en el actuar de las autoridades:

“En este orden de ideas, y recapitulando, la Sala considera que la familia, en tanto que núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado. En tal sentido, más allá de la definición que de aquélla se tenga, las autoridades públicas, en tanto que se esta (sic) ante un derecho fundamental, deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”. (Subrayas fuera del texto original).

Ahora bien, esta vinculación específica de las autoridades públicas a la protección del derecho fundamental de los niños a la unidad familiar, cobra especial relevancia en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de menores al que previamente se hizo referencia. Ello determina que en las medidas provisionales y definitivas que tienen lugar en el proceso administrativo, se propenda por garantizar la permanencia o retorno del menor a su familia como la primera de tales medidas.

⁹⁵ Además de la ya mencionada Sentencia T-278 de 1994, también, entre otras, las sentencias, T-447 de 1994, T-408 de 1995, y más recientemente, la T-274 de 2005, T-510 de 2005, T-572 de 2009, T-1275 de 2005, T-844 de 2011, T-094 de 2013, T-376 de 2014, T-502 de 2011, T-606 de 2013 y T-664 de 2014.

Esta situación podría revestir alguna dificultad cuando el proceso administrativo se adelanta con ocasión de una supuesta amenaza o vulneración de derechos del menor proveniente de la misma familia. Tal evento, sin embargo, no significa que se desconozca el ejercicio del mencionado derecho, sino que, por lo contrario, implica una mayor actividad del Estado en procura de su restablecimiento, toda vez que (i) le corresponde hacer una investigación más exhaustiva dirigida a desvirtuar la presunción de que la familia biológica se encuentra mejor situada para cuidar y brindar afecto al menor, y, por otra parte, en caso que se constate una situación de afectación de los derechos del menor en su núcleo familiar, (ii) la autoridad deberá agotar todas las alternativas que brinde la ley para, antes de separar al menor de la misma, se adopten todas las medidas tendientes a restablecer la situación de protección en la familia y, así, garantizar su derecho a la unidad familiar.

7.2.2.1. En relación con el primer aspecto, la jurisprudencia en vigor de esta Corporación ha establecido que sobre la familia de origen opera la presunción de su capacidad y conveniencia en relación con el cuidado del menor. Tal presunción fue formulada con claridad por primera vez en la Sentencia T-510 de 2003, antes de la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), y en vigencia del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). En tal oportunidad, la Corte derivó del derecho de los niños a no ser separados de su familia, consagrado tanto en el ordenamiento internacional como en el mandato constitucional del artículo 44, la presunción a favor de la familia biológica según la cual *“ésta se encuentra, en principio, mejor situada para brindar al niño el cuidado y afecto que necesita”*. Esta presunción, concluyó la Corte, implica una mayor carga probatoria según la cual *“sólo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes”*.

Una vez expedido el CIA, este Tribunal confirmó la misma presunción, basada también en el Derecho internacional y el derecho fundamental a la unidad familiar⁹⁶, pero formulada a partir del aspecto probatorio según el

⁹⁶ En relación con el Derecho Internacional la jurisprudencia hace mención a (i) la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 7-1y 9-1; (ii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, principio 6; (iii) el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, preámbulo; y (iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23. Además: *“La presunción a favor de la familia biológica también encuentra sustento en la regla según la cual un niño recién nacido forma parte de la familia biológica, cualquiera que sea la configuración de tal grupo familiar, ipso facto y por el mero hecho de su nacimiento, lo cual le hace titular del derecho a recibir protección por parte de dicha familia. Esta regla ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros, en el caso de Keegan vs. Irlanda, en el que, mediante sentencia del 19 de abril de 1994, declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos*

cual cualquier intervención de las autoridades que conlleve la separación de menores de su familia biológica acarrea la necesidad de demostrar que la familia no es apta para cumplir con los cometidos de cuidado y que su permanencia en ella les produce un riesgo real. En estos términos la presunción se formula en los siguientes términos:

“(...) la presunción a favor de la familia biológica, según la cual, las medidas estatales de intervención en la vida familiar, únicamente pueden traer como resultado final la separación de los menores de dieciocho años, cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con los niños, las niñas y adolescentes, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico”⁹⁷

En este sentido, no puede considerarse como un riesgo insuperable las circunstancias económicas o sociales a partir de las cuales se generen dificultades en el cuidado de los menores. La presunción, entonces, exige que la autoridad tenga que demostrar unas condiciones reales de riesgo para el menor antes de que pueda proceder a intervenir adoptando medidas que impliquen su separación de la familia biológica. Es decir que *“el derecho constitucional de los niños a estar con una familia y no ser separados de ella, se materializa prima facie, y como consecuencia del hecho biológico del nacimiento, en el seno de la familia constituida por sus progenitores; por ello, cuando los padres sean conocidos y no estén en circunstancias que hagan prever que el niño no se desarrollará integralmente ni recibirá el amor y cuidado necesarios con ellos, el interés prevaleciente del menor es estar con ellos, salvo que en cada caso se demuestre lo contrario”⁹⁸.*

Para tal efecto, el mismo CIA al incluir, en el ya citado artículo 52, las garantías a los derechos de los menores que deben verificarse por la autoridad administrativa, permite establecer cuáles son las condiciones de riesgo que, en principio, deben verificarse. Entonces, vale la pena recordarlas:

- (...)
1. *El Estado de salud física y psicológica.*
 2. *Estado de nutrición y vacunación.*
 3. *La inscripción en el registro civil de nacimiento.*

Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción” Al respecto ver las sentencias, T-510 de 2003, T-844 de 2011 y la T-094 de 2013.

⁹⁷ Tal presunción es formulada en los mismos términos en las sentencias: T-502 e 2011, T-844 de 2011, T-094 de 2013, entre otras.

⁹⁸ Sentencia T—510 de 2003.

4. *La ubicación de la familia de origen.*
5. *El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos.*
6. *La vinculación al sistema de salud y seguridad social.*
7. *La vinculación al sistema educativo.*
- (...)

Estas condiciones serán, pues, una primera aproximación de la situación del menor y darán una idea del cumplimiento de las obligaciones de la familia en el cuidado del niño, niña o adolescente. Al mismo tiempo, la jurisprudencia ha concretado y reformulado tales circunstancias para que puedan contar con la entidad suficiente, en tanto afectaciones graves, para desvirtuar la presunción a favor de la familia biológica. Estas son:

“(i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños o de las niñas;

(ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; y

(iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a la niñez: “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”⁹⁹.

Lo anterior quiere decir que, para propiciar una separación de la familia biológica, se requiere de motivos graves o, en términos de la Sentencia T-510 de 2003, “*poderosos*”, sobre la existencia de riesgos o peligros concretos para los menores. Y sobre ello, en virtud de la presunción, no corresponde probar a la familia que no los provoca, sino que, dado el caso, es la entidad que pretenda adoptar una medida de separación quien debe demostrar la real existencia de circunstancias con tal gravedad¹⁰⁰.

En consecuencia, cualquier inconveniente en las relaciones familiares o cualquier deficiencia en los cuidados del menor no conlleva directamente a desvirtuar la presunción, y por ende a que se puedan adoptar medidas que afecten la unidad familiar. Ello, en razón a que, primeramente, las relaciones familiares suponen la natural posibilidad de conflictos e incluso que se

⁹⁹ Sentencia T-502 de 2011.

¹⁰⁰ Se dice expresamente en la Sentencia T-510 de 2003: “*Por otra parte, la prueba sobre la existencia de tal ineptitud o tales riesgos le corresponde no a la familia biológica, sino a quien pretende desvirtuar la presunción para efectos de sustentar la ubicación del menor en cuestión en un ambiente familiar alterno*”.

incurra en ciertas deficiencias menores y subsanables respecto al cuidado de los niños, y, por otro lado, es preciso tener en cuenta y valorar la realidad de la sociedad colombiana, y las dificultades sociales y económicas de muchas familias para cumplir con ciertas obligaciones puntuales, sin que ello signifique ausencia de afecto o incapacidad absoluta para cumplirlas.

Precisamente, con la finalidad de atender este tipo de dificultades, es que en el Estado recae la obligación ya mencionada de prestar la asistencia apropiada a las familias que requieran de apoyo, asesoría, o prestaciones puntuales, para efectos de que puedan cumplir con sus obligaciones, de tal modo que, en últimas, se haga posible la protección real y efectiva de los derechos de los niños, entre ellos, a la unidad familiar.

Esta será una valoración a cargo de quien dirige la investigación en el proceso y que por regla general corresponde al Defensor de Familia, quien, en primer lugar, deberá identificar el tipo de vulneración o amenaza a la que efectivamente esté sometido el menor, y, posteriormente, deberá adoptar las medidas pertinentes para prevenir una posible afectación de sus derechos. Lo anterior, en todo caso, con estricta observancia del derecho fundamental en comento a la unidad familiar. Es decir, que las medidas adoptadas no pueden desconocer este derecho, que es en sí mismo una garantía para el bienestar del menor y un medio para el ejercicio de otros. Así, se introduce el segundo aspecto que fue ya anunciado y que debe tener en cuenta la administración dentro del proceso de restablecimiento de derechos, de cara a que se adopten las medidas que permitan armonizar los derechos del menor.

7.2.2.2. Como lo ha sostenido esta Corte, la solución de los conflictos persigue la protección del menor, por lo que *“los jueces y demás funcionarios deben ofrecer toda su colaboración para que las familias puedan encontrar soluciones justas y equilibradas, razonables y pacíficas que marginen a los niños de sus conflictos y favorezca su desarrollo integral”*¹⁰¹.

En este contexto, es que se desarrolla el procedimiento administrativo de restitución de derechos de menores, en el cual, la autoridad administrativa debe atender la amenaza o vulneración de los derechos de los niños, entre ellos el de tener y crecer en su familia. De manera que el equilibrio mencionado resulta fundamental a la hora de afrontar una posible amenaza de derechos proveniente de la familia y de tener que adoptar medidas de protección sin sacrificar, en lo posible, la unidad familiar, que es en sí misma

¹⁰¹ Sentencia T-278 de 1994.

un derecho fundamental para los niños y un medio para el ejercicio de otras garantías. Al respecto, esta Corporación ha sostenido:

“En suma, la Corte determinó que la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva iusfundamental del derecho, genera para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes; y, por otra parte, desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar acciones positivas, dirigidas a mantenerla y preservarla”¹⁰².

Por lo tanto, la valoración y las medidas que finalmente adopten las autoridades deben atender a un examen ajustado de la realidad y que respondan a las circunstancias de cada caso, de manera que las condiciones de dificultad económica o social que pueden sufrir muchas familias en Colombia no constituyan, además, un motivo de separación, sino que sea una situación que debe ser superada con la asistencia y acompañamiento de las autoridades competentes. Así lo sostuvo este Tribunal en la Sentencia recién comentada:

“De tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social consistente en que miles de familias colombianas no cuentan con los recursos económicos suficientes para cumplir ciertas obligaciones pero que ello no puede tener como consecuencia la separación de las familias que se encuentren en esa precaria situación, debe buscarse la preservación de la unidad familiar, implementando programas de apoyo para las mismas”¹⁰³.

De modo que, en lo posible, las autoridades deben abstenerse de tomar medidas de separación, e intentar remediar la amenaza o vulneración de derechos con la implementación de otras formas que permitan garantizarlos dentro de su núcleo familiar. La actuación de las autoridades, entonces, debe estar orientada a encontrar de la forma más razonable y equilibrada las soluciones apropiadas para resolver los conflictos al amparo de la unidad familiar, de manera que puedan superar los problemas o deficiencias en cumplimiento de sus obligaciones de cuidado. Al respecto, ya se hizo referencia sobre la jurisprudencia constitucional a propósito de que las autoridades deben, en lo posible, abstenerse de adoptar medidas que

¹⁰² Sentencia T-844 de 2011.

¹⁰³ Ibídem.

conlleven a la separación familiar, como puede ser declarar a un menor en situación de adoptabilidad en respuesta al incumplimiento de los padres en sus obligaciones, y, en cambio, se deben ofrecer las alternativas, programas y acompañamientos necesarios para que se restablezcan los derechos del niño dentro de su medio familiar de origen. Sobre esto, la ya mencionada Sentencia T-502 de 2011 estableció:

“Al mismo tiempo, desde la faceta prestacional del derecho a la unidad familiar, aquéllas [las autoridades públicas] se encuentran constitucionalmente obligadas a diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar, medidas positivas que apunten, precisamente, a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que merecen los niños, en especial, aquellos de menor edad. En otras palabras, las autoridades nacionales, departamentales y municipales deben contar con programas sociales dirigidos a brindarle a las familias opciones para que los niños permanezcan en un ambiente sano y seguro, mientras que sus progenitores cumplen con sus deberes laborales”.

Lo anterior significa que, tratándose del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de menores, en caso que la autoridad que lo dirige encuentre que se están afectando los derechos del menor, deberá adoptar las medidas para protegerlo, procurando preservar la unidad familiar. Esto implica que, aun si la amenaza proviene de la misma familia, han de tomarse las medidas que permitan ponerle fin a tal situación y restablecer los derechos del menor, sin que, en lo posible, se afecte de manera definitiva su derecho a tener y crecer en el seno de su familia.

En este orden de ideas, la ley establece una serie de medidas a cargo de las autoridades administrativas, para restablecer los derechos de los niños, y que son enunciadas en los artículos 53 y siguientes del CIA. Entre ellas, se contempla la posibilidad de declarar la adoptabilidad de un menor, con lo cual el adoptivo deja de pertenecer a su familia de origen y se extingue todo parentesco de consanguinidad con la misma, sin embargo, la protección del derecho fundamental a la unidad familiar exige que antes se haga uso de las otras medidas de restablecimiento de derechos, que van desde la amonestación hasta la separación temporal en hogares de paso, y que deben agotarse previamente a que se opte por la declaratoria de adoptabilidad, pues esta debe ser la última alternativa posible para evitar, así, la separación definitiva del menor de su familia de origen.

7.2.3. Por lo tanto, una posible declaración de adoptabilidad solamente podrá ser dictada cuando se haya desvirtuado la presunción a favor de la familia biológica, en tanto que exista una afectación grave e irremediable de los derechos del menor y esté probada la incapacidad de la familia para hacerse cargo del niño. En tal caso, entonces, la permanencia de un niño, niña o adolescente, en su familia de origen resultaría más perjudicial para su desarrollo y la única forma para amparar sus derechos sería a través de la institución de la adopción.

A partir de estas consideraciones se pasará, a continuación, a examinar el caso concreto, el cual se originó por una acción de tutela presentada contra la actuación administrativa del ICBF que derivó en la declaración de adoptabilidad de dos menores.

8. Caso concreto

Tal y como ya se ha anticipado, el presente asunto tiene origen en la acción de tutela instaurada por la señora YRP, contra el ICBF - Regional Bogotá, al considerar que con en el procedimiento de restablecimiento de derechos adelantado en relación con sus hijos LVRP y KSRP se había desconocido el derecho de éstos a la unidad familiar. Así pues, de manera concreta se plantea, en sede de tutela, una controversia en relación con la decisión tomada en la Resolución No. 329 del 24 de septiembre de 2010, que declaró en situación de adoptabilidad a los menores y ordenó la inclusión de los niños en el programa de adopciones que adelanta el Instituto.

En este orden de ideas, y partiendo de la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo para amparar el derecho al debido proceso en el contexto del trámite administrativo, a continuación se pasará a verificar si la presente acción de tutela supera los requisitos de procedibilidad generales y específicos que ha establecido la jurisprudencia para tal efecto.

Todo ello, sin embargo, teniendo en cuenta que el presente asunto se refiere a la posible vulneración de los derechos fundamentales de menores de edad, lo cual será un elemento a tener en cuenta con miras a hacer un análisis más flexible de los requisitos de procedibilidad.

8.1. Examen del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad

Preliminarmente, es preciso referirse a la legitimación como elemento de procedibilidad, y se encuentra que en la presente acción las partes están legitimadas en su composición activa y pasiva. En el primer caso, es preciso

tener en cuenta que el artículo 86 de la Constitución dispone que todas las personas tienen el derecho a interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por un procedimiento preferente y sumario, “*por sí misma o por quien actúe a su nombre*”, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o por los particulares en los casos que determina la ley.

La disposición normativa prevé la posibilidad de que la acción sea interpuesta, no sólo por la persona afectada en sus derechos, sino por quien actúe en su nombre. Al respecto, el Decreto 2591 de 1991, establece en el artículo 10, al regular la legitimidad e interés para interponer la acción de amparo, que ésta puede ser ejercida, bien sea a través de representante, o, “[t]ambién se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

Si bien la aplicación de la agencia oficiosa requiere el cumplimiento de ciertos requisitos derivados de la misma formulación hecha en el Decreto 2591 de 1991, como son que esté acreditado que el titular de los derechos fundamentales invocados no esté en condiciones de promover su defensa, y que el agente oficioso alegue tal condición¹⁰⁴, la jurisprudencia de la Corte ha sido clara en afirmar que cuando se trata de agenciar los derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes, esta figura debe analizarse de una manera más flexible, toda vez que la obligación de todas las personas de proteger y promover los derechos de estos sujetos de especial protección se trasmite, a la vez, a la de agenciar sus derechos en vía de tutela, por lo tanto se puede hablar de una legitimación en la causa generalizada. Al respecto, indica la Sentencia T-094 de 2013:

*“La jurisprudencia constitucional ha indicado que 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*

¹⁰⁴ “En **primer lugar**, debe manifestar que actúa en tal calidad. En **segundo lugar**, debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien actúa no puede interponer por sí misma el amparo que se invoca –puede ser por medio de una prueba sumaria-. En **tercer lugar**, no es necesario que exista una relación jurídica entre el agente y el agenciado o agenciados titulares de los derechos fundamentales. En **cuarto lugar, cuando ello sea posible**, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela. Sin embargo, los anteriores requisitos deben aplicarse en forma flexible, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto”. Entre otras, las sentencias T—995 de 2008 y T-094 de 2013, resumen claramente estos requisitos contenidos en la jurisprudencia en vigor.

de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes ante la vulneración o amenaza de sus derechos. En este escenario es irrelevante si el menor de 18 años tiene o no un representante legal, porque se repite, la Constitución impuso la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la efectiva protección de sus derechos, 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 ante la posible vulneración de sus derechos”/ (Negrilla del texto original).

En el presente asunto, la señora YRP se encuentra legitimada, si bien no en calidad de representante legal de los menores LVRP y KSRP, por cuanto actualmente la situación de adoptabilidad de éstos no le permite ejercer esta representación, sí lo hace como agente oficioso de los derechos fundamentales de sus hijos, quienes no pueden defenderlos por sí mismos, y con los cuales, tampoco se puede obviar, mantiene una relación especial como madre biológica.

Por otra parte, también se encuentra legitimación por pasiva toda vez que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en tanto entidad pública, es, según el recién comentado artículo 86 de la Constitución, destinatario principal de la acción de tutela como mecanismo para proteger los derechos fundamentales “*cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”.

Una vez superados estos requisitos de legitimación, se pasará, a continuación, a examinar los demás requisitos generales de procedibilidad.

8.1.1. La relevancia constitucional exige que el amparo no tenga la finalidad de resolver cuestiones meramente legales, y así reemplazar las instancias ordinarias o convertirse en una instancia adicional, sino que en la acción de tutela se trascienda a controversias de carácter constitucional, en las que se vean implicados derechos fundamentales¹⁰⁵.

En el caso concreto, se encuentra satisfecho este requisito, no sólo porque, en general, la acción de tutela contra actuaciones administrativas plantea una controversia sobre el derecho al debido proceso, sino porque, de manera particular, en la presente oportunidad se ven comprometidos bienes de relevancia constitucional relacionados con los derechos de los niños, sobre los que la Constitución, a través del artículo 44, además de haberles dado el

¹⁰⁵ Sentencia T-244 de 2007.

carácter de fundamental, estableció que prevalecen sobre los derechos de los demás.

8.1.2. Asimismo, se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad, toda vez que, no obstante que la tutelante ha agotado los mecanismos ordinarios de defensa, es posible que los derechos de sus hijos se encuentren aún vulnerados y que los menores se hallen en una situación de indefensión, no sólo en relación con su derecho al debido proceso sino también en lo que concierne a su derecho fundamental a la unidad familiar.

Al respecto, en la ya mencionada Sentencia C-590 de 2005, en la cual se establecieron los requisitos exigidos para la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y que es el fundamento, a su vez, de la procedibilidad cuando se trata de actuaciones administrativas, se estableció que, si bien la procedibilidad está condicionada de manera general por la inexistencia de otros mecanismos de protección, en algunos casos puede proceder excepcionalmente cuando existiendo tales mecanismos de defensa, se hayan agotado de manera diligente y, no obstante, persista una presunta afectación de los derechos fundamentales que ubica a la persona en una situación de indefensión. De manera puntual, se establece en la Sentencia C-590 de 2005 sobre la acción de tutela:

“(…), se trata de una garantía excepcional, subsidiaria y autónoma para asegurar, cuando todos los recursos anteriores han fallado, que a las personas sometidas a un proceso judicial no les violen sus derechos constitucionales fundamentales. No se trata entonces de garantizar la adecuada aplicación del resto de las normas que integran el sistema jurídico o de los derechos que tienen origen en la ley.

41. Adicionalmente, este mecanismo sólo puede operar cuando todos los mecanismos anteriores han fallado y siempre que la persona hubiere acudido a ellos de manera diligente. En este sentido, la acción de tutela no suplanta ni reemplaza a los mecanismos ordinarios ni puede servir para remediar la negligencia de alguna de las partes procesales. Se trata, simplemente, de una revisión extraordinaria y excepcional de la constitucionalidad de las decisiones judiciales cuando la persona presuntamente afectada ha agotado todos los recursos a su alcance y se encuentra, por lo tanto, en condiciones de indefensión. Si las acciones y recursos judiciales ordinarios y extraordinarios han operado adecuadamente, nada nuevo tendrá que decir el juez de

tutela, pues los jueces ordinarios habrán cumplido a cabalidad con la tarea de garantizar los derechos fundamentales concernidos”.

A partir de lo anterior, en la Sentencia T-103 de 2014 se concluyó, que “[e]n la eventualidad de haber agotado los medios de defensa ordinarios y extraordinarios de defensa, es procedente entonces la acción de tutela, si en tales decisiones incurrir en alguna de las causales de procedibilidad mencionadas y se compruebe que se están afectando derechos fundamentales”.

En este escenario, es posible observar que la accionante acudió e intervino en el proceso administrativo y, concretamente, frente a la decisión que declaró la adoptabilidad (Resolución No. 329 del 24 de septiembre de 2010), interpuso el recurso de reposición que fue negado por la Defensora de Familia. Y, posteriormente, tal resolución fue homologada por el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá, mediante sentencia del 28 de enero de 2011. Así las cosas, la Sala considera que en el presente asunto los menores se encuentran en una situación de indefensión, ante el agotamiento de los recursos ordinarios y la posibilidad de que sus derechos fundamentales permanezcan desprotegidos.

Todo lo anterior, además, debe ser analizado teniendo en cuenta que los menores de edad son sujetos de especial protección constitucional y, como ya se indicó, el análisis de los requisitos de procedibilidad debe ser más flexible. En consecuencia, en la presente oportunidad, la acción de tutela se presenta como el único mecanismo que podría permitir el amparo de los derechos fundamentales de los menores LVRP y KSRP, quienes actualmente se encuentran separados tanto de su madre como de su hermano ADPR.

En relación con esto último, cabe aclarar que, aun cuando el proceso administrativo de restablecimiento de derechos fue homologado por el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá, en sentencia del 28 de enero de 2011, la Corte no hará pronunciamiento sobre dicha providencia, toda vez que la afectación de los derechos de los menores proviene de la actuación administrativa realizada por el ICBF y, además, este último, de conformidad con el artículo 73 del Código de la Infancia y la Adolescencia, es la autoridad encargada de “desarrollar el Programa de adopción” y, por ende, darle aplicación a la decisión de adoptabilidad que es objeto de análisis en el presente fallo.

8.1.3. Sobre el requisito de inmediatez, esta Corporación definió que, de manera general, es una valoración que le corresponde hacer al juez de tutela, quien, atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cada caso

concreto, debe establecer si el término transcurrido entre la ocurrencia del hecho generador de la amenaza o violación de derechos, y la fecha en que se interpuso la tutela, resulta razonable, y si existen o no motivos que justifiquen la inactividad de la persona afectada¹⁰⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunos casos en los que el principio de inmediatez no resulta exigible, esto es, *“(i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, hace desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”*¹⁰⁷.

En el presente asunto, si bien se observa que ha transcurrido un amplio lapso entre el momento en que se homologó la Resolución No. 329, el 28 de enero de 2011, y la interposición de la presente acción de amparo, en junio de 2013, también se advierte que en esta ocasión concurren los dos eventos en los cuales no resulta exigible el requisito de inmediatez. De una parte, la posible afectación del derecho fundamental al debido proceso ha generado efectos continuos y actuales, como es la situación de adoptabilidad de los menores y, con ello, la posible afectación de su derecho a la unidad familiar. Y, de la otra, al tratarse de sujetos en una especial situación en razón a su edad, sería desproporcionado exigirles la carga de haber acudido ante el juez de tutela con anterioridad.

Estas consideraciones que, a propósito, no fueron realizadas por el juez de tutela, quien consideró no satisfecho este requisito, determinan que no pueda ser exigible la interposición inmediata de la acción de amparo, y, se continúe con el análisis de procedibilidad.

8.1.4. El siguiente requisito de procedibilidad general referido a los eventos en que se alegue una irregularidad procesal, no resulta aplicable al presente asunto, toda vez que en el escrito de tutela no se hace

¹⁰⁶ Al respecto, en la Sentencia SU-961 de 1999, se indicó que: “Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.” la T-690 de 2005.

¹⁰⁷ Sentencia T-584 de 2011, al respecto ver, entre otras, las sentencias T-158 de 2006 y T-792 de 2007.

referencia a una irregularidad de este tipo, sino que se refiere a la valoración del material probatorio del material allegado al proceso.

8.1.5. Por último, se tiene que la providencia que se acusa no es una sentencia de tutela, sino en relación con la actuación administrativa del ICBF – Regional Bogotá, en el marco de un proceso de restablecimiento de derechos de menores.

8.1.6. Verificados los requisitos generales de procedibilidad la Sala pasa a analizar si se configura, al menos, uno de los requisitos especiales, de lo cual se derive la vulneración del derecho al debido proceso por parte del ICBF – Regional Bogotá.

8.2. Examen del cumplimiento de las causales especiales de procedibilidad

8.2.1. En el escrito de tutela, la accionante arguye que la entidad demandada está desconociendo el derecho fundamental de sus hijos a la unidad familiar en la medida en que, mediante la Resolución 329 del 24 de septiembre de 2010, los había declarado en situación de adoptabilidad sin tener en cuenta que los conceptos y conclusiones de los distintos informes de seguimiento daban cuenta de su capacidad y deseo de hacerse cargo de todos sus hijos. Con ello, si bien la tutelante no circunscribe su reproche dentro de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra actuaciones administrativas, la Sala considera que, de acuerdo con los antecedentes narrados en la presente providencia, los argumentos del escrito de tutela y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, puede haber lugar, como se pasará a explicar, a un defecto por desconocimiento del precedente constitucional vinculante en relación con el contenido del derecho fundamental a la unidad familiar y, otro de carácter fáctico, en razón a los requisitos probatorios requeridos para separar a menores de su familia biológica

Lo anterior, en la medida en que, como se indicó en las consideraciones generales, el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de menores está circunscrito dentro de un marco constitucional muy claro en razón de los sujetos de especial protección sobre los cuales se refiere. En este contexto, el derecho fundamental de los niños a la unidad familiar que el artículo 44 consagra expresamente, se constituye en un parámetro sustantivo y probatorio de dicho proceso. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha definido el alcance de este derecho como una exigencia que limita la decisión de la autoridad administrativa, quien deberá procurar garantizar la permanencia del menor en su familia

de origen, y sólo hasta tanto supere una determinada exigencia probatoria podrá, excepcionalmente, declarar la situación de adoptabilidad.

En este orden de ideas, el alcance que la jurisprudencia constitucional le ha dado al derecho fundamental a la unidad familiar dentro de los procesos de restablecimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y que fue explicado en líneas anteriores, determina que la declaración de adoptabilidad solo se pueda dictar cuando se haya desvirtuado la presunción a favor de la familia biológica y esta medida se presente como la única posible para garantizar los demás derechos del menor.

Así las cosas, desatender estas exigencia, derivaría en la configuración del defecto concerniente al *“desconocimiento del precedente constitucional vinculante, defecto que ocurre cuando la autoridad administrativa obra, de forma injustificada, en contravía del contenido y alcance de los derechos fundamentales que ha realizado, con efectos obligatorios, la Corte Constitucional”*. Lo que, a su vez, en consecuencia, implica una deficiencia probatoria en caso que se declare la adoptabilidad sin desvirtuar la presunción mencionada, con lo cual se estaría ante el evento descrito por el defecto fáctico *“que se demuestra cuando la autoridad administrativa ha adoptado la decisión bajo el absoluto desconocimiento de los hechos demostrados dentro de la actuación”*.

8.2.2. En primer término, la Sala encuentra que la decisión del ICBF contenida en la Resolución No. 329, del 24 de septiembre de 2010, por medio de la cual declaró la adoptabilidad de los menores, no tuvo en cuenta la presunción en favor de la familia biológica que ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional. En ella no quedó demostrada la afectación grave de los derechos de LVRP y KSRP, y que, como ya se comentó, se puede establecer a partir de los criterios fijados en el mismo Código Infancia y de la Adolescencia y los específicos señalados en la propia jurisprudencia.

8.2.2.1. Al respecto, cabe recordar que el CIA estableció, en el artículo 52, las circunstancias a partir de las cuales se puede verificar el estado de cumplimiento de los derechos de los menores. A saber: (1). el Estado de salud física y psicológica; (2) estado de nutrición y vacunación. (3) la inscripción en el registro civil de nacimiento; (4) la ubicación de la familia de origen; (5) el Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los

derechos; (6) la vinculación al sistema de salud y seguridad social; (7) la vinculación al sistema educativo. Asimismo, la jurisprudencia de este Tribunal ha reiterado que para que pueda entenderse que se presenta una afectación grave de derechos deben verificarse los siguientes supuestos:

- “(i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños o de las niñas;*
- (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; y*
- (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a la niñez: “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”*

En el presente caso, sin embargo, no existe evidencia de que los menores hubieran sufrido algún tipo de maltrato físico o psicológico por parte de su progenitora, ni tampoco consta que las instituciones que han intervenido en el proceso presentaran informe sobre alguna amenaza de maltrato, abuso o riesgo para la integridad y la salud de los mismos. Solamente se cuenta con afirmaciones generales de algunos familiares que no conviven con la tutelante y sus hijos, en las que manifiestan que la señora YRP dejaba solos a sus hijos, sin que de ello se pueda derivar la veracidad de su falta de capacidad para cuidarlos y brindarles afecto.

Por lo contrario, en el material probatorio allegado, y que fue comentado en los antecedentes de la presente providencia, se encuentra información suficiente de las buenas condiciones físicas y mentales de los menores, de que la madre venía cumpliendo con las obligaciones mínimas legales, y afirmaciones de la misma en relación con su deseo de hacerse cargo de ellos y su compromiso para cumplir sus obligaciones. Estas situaciones se hacen manifiestas en la siguiente relación:

- (i) Informe de ingreso de los menores al Centro de Emergencia San Gabriel en el que se indica que los menores se encuentran en *“buenas condiciones físicas y generales”*, que contaban con registro civil y que estaban afiliados al sistema de seguridad social¹⁰⁸.
- (ii) Declaraciones ante la Defensora de Familia realizadas por los menores y su madre en las que indican que el día en que se los llevó la policía, estaban al cuidado de la persona con la que compartían la vivienda.

¹⁰⁸ Anexo 2, folio 83.

- (iii) Informes presentados dentro del proceso de seguimiento en los que se da cuenta de que la madre acudía al Centro Especializado Revivir a visitar a los menores con quienes mantenía buenas relaciones¹⁰⁹.
- (iv) Declaraciones de la madre durante el proceso de seguimiento y al momento de interponer el recurso de reposición contra la Resolución No. 379, en las que indica su deseo de que le regresen sus hijos y se compromete a tomar las medidas necesarias para su bienestar¹¹⁰.

Ahora bien, la amenaza concreta para los derechos de los menores y que originó el proceso, estaba relacionada con una supuesta situación de abandono, pues la policía los había encontrado en su lugar de residencia sin la compañía de un adulto. Sin embargo, esta situación se desarrolló en circunstancias poco claras, pues en el curso de la investigación se puso en duda el hecho que los menores hayan estado sin el cuidado de una persona mayor, toda vez que tanto la señora YRP¹¹¹, como los niños¹¹² manifestaron que se encontraban acompañados de la señora con la que compartían la vivienda y los hijos de ésta.

En tal orden de ideas, la Sala encuentra que si bien una eventual situación de abandono podría constituir incumplimiento de las obligaciones de cuidado respecto a los menores, capaz de poner en riesgo su integridad, y que, incluso de presentarse de forma reiterada podría llegar a convertirse en una afectación grave de sus derechos, tal situación no quedó plenamente probada en el proceso como una circunstancia con la entidad suficiente para desvirtuar la presunción en favor de la familia biológica, que amerite la separación de los menores.

En cambio, llama la atención de la Sala que la entidad demandada, en la Resolución No. 372 del 7 de octubre de 2010, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la tutelante contra la Resolución No. 329, fundamentó su decisión en que la señora YRP no había aportado prueba contundente que le hiciera cambiar la decisión. Con lo cual pretende hacer exigible la obligación de probar la afirmación indefinida de ser buena madre, cuando lo que corresponde en estos casos, en cambio, es probar los hechos que den cuenta de la afectación de los derechos de los menores. Esto, además, teniendo en cuenta la presunción a favor de la familia biológica que

¹⁰⁹ Anexo 2, folio 159.

¹¹⁰ Anexo 2, f. 112, y Anexo 1, folio 54.

¹¹¹ Lo afirma en la declaratorio que rindió ante la Defensora de Familia del Centro de Emergencia San Gabriel. Anexo 2, folio 112.

¹¹² Así consta en el informe de ingreso de los menores al Centro Zonal Especializado Revivir. Anexo 2, folio 148.

refuerza la carga probatoria en la decisión de declarar la adoptabilidad de los menores y separarlos de su madre, y debe estar basada, esta sí, en pruebas contundentes sobre la imposibilidad de hacerse cargo de sus hijos.

8.2.2.3. Por otra parte, no se encuentra que, teniendo en cuenta la situación fáctica demostrada en el proceso, la decisión adoptada en la Resolución No. 329, se compadezca con el derecho fundamental a la unidad familiar, pues, si bien el abandono temporal al que pudieron estar sometidos los menores requiere ser atendido por parte de la autoridad administrativa, con el objeto de que no se vuelva a presentar, no se encuentra, sin embargo, que la decisión de adoptabilidad sea una medida razonable y equilibrada para atender una afectación de derechos de tal calidad. En este sentido, se comparte el concepto ofrecido en sede de revisión por parte del Defensor del Pueblo cuando afirma que *“lo que se evidencia en la cotidianidad es que las competentes autoridades se inclinan por medidas fáciles y drásticas como es la declaración de abandono pero sin que se intervenga con la familia para intentar solucionar los motivos que dieron lugar a esa situación precaria y procurar que esta termine lo antes posible”*.

En tales términos, la decisión adoptada por el ICBF – Regional Bogotá, no se corresponde con el alcance que la jurisprudencia de esta Corporación ha definido en relación con el derecho a la unidad familiar dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, y según la cual, se deben agotar todas las medidas tendientes a superar la circunstancia de afectación de derechos, dentro de la garantía de la unidad familiar. La entidad demandada no tuvo en cuenta las otras posibilidades y medidas de apoyo y acompañamiento de las que puede disponer para proteger los derechos de los menores. En cambio, asumió las dificultades socioeconómicas de la tutelante como circunstancias que por sí mismas configuraban la imposibilidad de asumir su rol materno, sin que haya procedido, como correspondía, a ofrecer las medidas de acompañamiento y apoyo para hacerle frente a las mismas y, así, poder garantizar el bienestar de los niños al amparo de la unidad familiar.

En efecto, el carácter drástico y desproporcionado de la medida adoptada en la resolución objeto de estudio, quedó demostrado en las circunstancias actuales de la señora YRP, pues en la investigación que tuvo que surtirse nuevamente en relación con el menor ADPR, fue posible constatar que la tutelante resolvió las circunstancias de orden laboral y habitacional que permitieran unas mejores condiciones para el desarrollo del menor. En esta oportunidad, en cambio, la misma entidad demandada adoptó una serie de medidas destinadas a asesorar y acompañar a la tutelante con el objeto que se adecuaran sus condiciones de vida y se superaran los problemas en

relación con el horario laboral y el lugar de vivienda, en tanto circunstancias que tienen que enfrentar las personas de bajos recursos económicos. Todo ello, incluso, derivó en que finalmente la misma entidad resolviera tomar como medida de restablecimiento la restitución al medio familiar con el respectivo seguimiento. Nada más lejano a las medidas adoptadas en relación con los menores LVRP y KSRP y la decisión que ahora se cuestiona. Esto, no obstante en que en ambos casos se trate del mismo núcleo familiar.

Como se observa, la medida de adoptabilidad contenida en la resolución No. 329 del 24 de septiembre de 2010, resultó a todas luces desproporcionada y apresurada, pues, se ha podido verificar una evolución positiva de las condiciones socioeconómicas y habitacionales de la señora YRP, tal y como consta en la información recopilada a partir de las pruebas que fueron ordenadas por esta Sala mediante auto del 17 de marzo de 2014, y que se pasa a relacionar:

- (i) En comunicación del 27 de septiembre de 2012, la Defensora de Familia solicitó asesoría a la autoridad judicial respecto al presente asunto, toda vez que reconoce que la señora YRP ya cuenta con las condiciones para que le sean entregados sus hijos.
- (ii) A partir del despacho comisorio adelantado por el Juzgado Séptimo de Familia el 8 de abril de 2014, se constató que la accionante habita en un inmueble más amplio, con dos habitaciones y sin compartirlo con otras familias.
- (iii) Se allegaron certificados laborales de la accionante en los que consta que se encuentra trabajando en horario diurno.
- (iv) En la declaración que hizo la accionante consta su manifestación de que cuenta con una persona que le colabora con el cuidado de su hijo ADPR, lo cual también fue ratificado en la declaración que él mismo realizó.

En consecuencia, se logra constatar que las acciones de acompañamiento y apoyo por parte de la administración han permitido la garantía de los derechos de ADPR. Lo que no se realizó en el caso de los menores LVRP y KSRP, y que como se evidencia, las medidas de este tipo, junto con la ubicación en la familia de origen hubieran permitido solucionar las posibles deficiencias en las condiciones de la progenitora, y en armonía con el derecho fundamental de los niños a la unidad familiar.

Asimismo, no puede pasarse por alto el impacto negativo sufrido por los dos menores ante la separación de su madre y hermano mayor. De ello dio cuenta el examen psicológico practicado a los menores por el Instituto de Medicina Legal, en cumplimiento de la orden dada por esta Corporación. Al respecto, el Instituto constató que para LVRP la separación de su hermano resultaba altamente estresante, y que aunque mantiene un vínculo afectivo con la madre, este se ha visto deteriorado por la prolongada separación¹¹³. Mientras que, en relación con KSRP la separación con su hermano es vivida como una pérdida de un vínculo primordial¹¹⁴.

En el mismo sentido, es de tener en cuenta la afirmación que hizo LVRP, en la entrevista realizada en cumplimiento de la prueba ordenada en sede de revisión, en el sentido que recordaba el tiempo en que vivía con su madre y hermanos y que la pasaba bien y jugaba, además de que *“yo estaba feliz cuando nos visitaba”*¹¹⁵. Lo anterior, aunado por la manifestación que hizo después de hacer un dibujo su mamá, en el sentido que *“quisiera ver a mi mamá, saber cómo está”*¹¹⁶.

8.3. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que la Resolución No. 329 proferida el 24 de septiembre de 2010 por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Bogotá, desconoció el derecho al debido proceso de los menores LVRP y KSRP en tanto que, de manera injustificada, inobservó el precedente constitucional en relación con el contenido y alcance del derecho fundamental a la unidad familiar en el proceso administrativo de restitución de derechos. Ello, además, determinó que se incurriera en un defecto fáctico, pues se declaró la adoptabilidad de los menores sin que se hubiera cumplido con la carga probatoria requerida para desvirtuar la presunción a favor de la capacidad de la familia biológica para cuidar y brindar afecto a los mismos.

Todo lo anterior llevó a que, el ICBF desconociera el derecho a la unidad familiar de los menores, no sólo por el hecho que se adoptara una decisión desproporcionada que condujo a la separación de su madre y hermano, sino porque, además, desatendió la obligación de tomar las medidas alternativas de protección, acompañamiento, apoyo y seguimiento que le confiere el ordenamiento jurídico con el objeto de superar la situación de riesgo de los derechos de los menores, sin que ello implicara desconocer el derecho fundamental a no ser separados de su familia.

¹¹³ Cuaderno 2, folio 143.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Cuaderno 2, folio 166.

¹¹⁶ Cuaderno 2, folio 166.

Así las cosas, se pasará a amparar, tanto el derecho al debido proceso de los menores, como su derecho a tener una familia y no ser separados de ella. En consecuencia, se dejará sin efectos la Resolución No. 329 proferida el 24 de septiembre de 2010 por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Bogotá, que declaró la adoptabilidad de los menores LVRP y KSRP, y, en su lugar, se ordenará a esta entidad que adopte las siguientes medidas:

- (i) Llevar a cabo las actuaciones necesarias para que los menores LVRP y KSRP sean ubicados en su familia de origen junto con su madre YRP y su hermano ADPR. Lo cual incluye un proceso previo de preparación para los menores y la madre.
- (ii) Adelantar el respectivo seguimiento y acompañamiento en el proceso de regreso de los menores a su núcleo familiar.
- (iii) Realizar el acompañamiento y apoyo a la señora YRP, en el cumplimiento de sus obligaciones familiares, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptando las medidas correctivas en caso de que ello sea necesario.

En consecuencia con lo anterior, es necesario que, para que la orden sea efectiva, y los derechos mencionados amparados, se cancele la inscripción de la situación de adoptabilidad que, como consecuencia de la resolución que se dejará sin efectos, se haya realizado en el registro civil de los menores.

Ahora bien, en relación la situación del menor ADPR, aun cuando el mismo estuvo involucrado en el trámite administrativo objeto de análisis de la presente providencia, no fue afectado con la declaratoria de adoptabilidad contenida en la Resolución N. 329 del 24 de septiembre de 2010, porque la misma fue declarada nula en relación con dicho menor, toda vez que, al ser hijo de padre conocido, su progenitor no fue vinculado formalmente al proceso.

No obstante lo anterior, y aun cuando en relación con el menor ADPR se viene adelantando un nuevo proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como quiera que este tiene como base las mismas causas que dieron lugar a la declaratoria de adoptabilidad de sus hermanos LVRP y KSRP, no es posible que en el mismo concluya con la declaratoria de adoptabilidad, ni en él se tomen medidas que puedan afectar la unidad familiar, pues ello conllevaría a una manifiesta violación de sus derechos al debido proceso y a tener una familia y a no ser separado de ella. Lo anterior,

sin perjuicio de que se puedan adoptar medidas correctivas en caso de que sea necesario.

Por lo tanto, esta Sala dispondrá que, con respecto al proceso de restablecimiento de derechos que actualmente se viene adelantando en relación con el menor ADPR, (i) se levante la suspensión decretada mediante el auto proferido por esta Sala de Revisión el 17 de marzo de 2014, y (ii) se adopten las medidas que sean compatibles con el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella,

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el presente proceso de revisión.

Segundo.- REVOCAR la Sentencia de tutela proferida el 12 de agosto de 2013, por el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá. Y, en su lugar, **AMPARAR** los derechos fundamentales de los menores LVRP y KSRP al debido proceso y a tener una familia y no ser separados de ella.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTO la Resolución No. 329 proferida el 24 de septiembre de 2010, por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Bogotá.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Bogotá, que, para la protección del derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella, de los menores LVRP y KSRP, adopte las siguientes medidas:

- (i) Llevar a cabo las actuaciones necesarias para que los menores LVRP y KSRP sean ubicados en su familia de origen junto con su madre, la señora YRP, y su hermano, ADPR.
- (ii) Adelantar el respectivo seguimiento y acompañamiento en el proceso de regreso de los menores LVRP y KSRP a su núcleo familiar.

(iii) Realizar el acompañamiento y apoyo a la señora YRP, en el cumplimiento de sus obligaciones familiares, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptando las medidas correctivas en caso de que ello sea necesario.

Quinto.- Respecto al proceso de restablecimiento de derechos que actualmente se viene adelantando en relación con el menor ADPR, **LEVANTAR** la suspensión decretada mediante el auto proferido por esta Sala de Revisión el 17 de marzo de 2014.

Sexto.- Respecto al proceso de restablecimiento de derechos que actualmente se viene adelantando en relación con el menor ADPR, **DISPONER** que, como quiera que este se originó por las mismas causas que dieron lugar a la declaratoria de adoptabilidad de sus hermanos LVRP y KSRP, tampoco es posible que el mismo concluya con la declaratoria de adoptabilidad, ni que en él se tomen medidas que puedan afectar la unidad familiar del menor, Lo anterior, sin perjuicio de que se puedan adoptar medidas correctivas en caso que sea necesario.

Séptimo.- ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil que, en el caso que en el registro civil de los menores LVRP y KSRP se haya inscrito su situación de adoptabilidad, ésta sea cancelada.

Octavo.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Bogotá, que lleve a cabo todas las gestiones que sean necesarias para dar estricto cumplimiento al presente fallo.

Noveno.- Con el fin de dar celeridad al cumplimiento del presente fallo, por la Secretaría General de la Corte Constitucional, **NOTIFICAR** la presente providencia directamente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá – Centro Especializado Revivir. Esto, sin perjuicio de las notificaciones que también corresponde librar en virtud del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado



GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General