

Carlos G. /
Escobar / Ber.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
CORTE CONSTITUCIONAL



SENTENCIA T-671 DE 2010

Ref.: Expediente T-2.421.994

Acción de Tutela instaurada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Centro Zonal Mártires, en representación de la niña *Sofía* contra el Juzgado Veinte de Familia.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub - quien la preside - Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala de Familia, del 3 de septiembre de 2009, mediante el cual niega la protección de los derechos fundamentales invocados por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien en adelante será ICBF, obrando en interés de la niña *Sofía*, contra el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá.

Aclaración previa.

Teniendo en cuenta que en el presente caso se estudiará la situación de una niña declarada en presunta situación de riesgo, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, ha ordenado suprimir de esta providen-

ESCAMEN

cia y de toda futura publicación de la misma el nombre de la niña y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan identificarla. En consecuencia, para efectos de identificar a éstas personas y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, ha preferido cambiar los nombres reales de la menor y sus familiares por nombres ficticios¹, los cuales se escribirán en letra cursiva y no se usarán apellidos. Los nombres serán los siguientes:

Sofía: La niña afectada.

Alejandra: madre biológica de *Sofía*.

Carmenza: abuela materna de *Sofía*.

Ana: compañera del padre de *Sofía*.

Julia: madre de *Ana*.

Antonio: padre de *Sofía*.

Juan: primer compañero de *Alejandra*.

1. ANTECEDENTES

La Defensora de Familia del Instituto de Bienestar Familiar -Centro Zonal Mártires-, obrando en interés de la niña *Sofía*, formuló demanda de tutela por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y a "tener una familia", por el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá, al no homologar las resoluciones que declararon a la menor "en situación de ADOPTABILIDAD"; decisión confirmada en tutela por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala de Familia, mediante el fallo del 3 de septiembre de 2009.

1.1. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1.1.1. La niña *Sofía*, es hija de *Alejandra* y *Antonio*, nacida en Bogotá, el 3 de febrero de 2004, registrada en la Registraduría de Mártires, con NUIP 1026550305.

1.1.2. La niña, ingresó inicialmente al Hospital San Blas el día 11 de julio de 2007, con "... (1) fracturas en tercio medio cubito radio izquierdo (2) desnutrición proteico calórico (3) fractura de la epífisis inferior del húmero derecho (4) fractura inferior de la tibia (5) síndrome de maltrato físico (6) fractura costal izquierda." Y según informe

¹ La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores implicados en procesos de tutela, así como los de sus familiares, en tanto medida de protección, ha sido adoptada -entre otras- en las siguientes sentencias: T-523 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-442 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-420 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-1390 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1025 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); y T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

médico, éstas habían ocurrido seis días antes sin recibir tratamiento alguno. Se anexan fotos al expediente.

- 1.1.3. Posteriormente, fue remitida al Hospital San Rafael, y de allí ingresó a protección del ICBF, Centro Zonal Mártires, el 27 de julio de 2007, en lamentable estado de maltrato físico, emocional y desnutrición.
- 1.1.4. El ICBF inició un proceso de restablecimiento de derechos, al cual vinculó a sus padres por medio de notificación personal el día 30 de julio de 2007, y publicación televisiva en los canales Señal Colombia y Canal Uno, el día 13 de septiembre de 2007.
- 1.1.5. En la primera valoración de medicina legal de fecha 31 de julio de 2007, conceptuó: “... un Mecanismo Causal CONTUNDENTE, para las fracturas. No es posible establecer mecanismo para las lesiones descritas como cicatrices. Incapacidad medicolegal PROVISIONAL de SESENTA (60) días. Como secuelas. DEFORMIDAD FÍSICA EN CUERPO (dadas por las cicatrices descritas) cuyo carácter y otras si las hubiere se determinarán en nueva valoración legal al término de la incapacidad.”
- 1.1.6. En segunda valoración realizada el 4 de octubre de 2007, se conceptuó: “Mecanismo causal: Contundente. Incapacidad médico legal DEFINITIVA SESENTA (60) DIAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el rostro, de carácter permanente; Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de miembro superior derecho, de carácter permanente.”
- 1.1.7. Por los hechos descritos, el ICBF presentó denuncia penal por violencia intrafamiliar en la Fiscalía General de la Nación, el día 29 de octubre de 2007 y noticia criminal 110016000013200711367.
- 1.1.8. Durante los tres primeros años de vida, *Sofía* vivió con su madre y con su abuela materna en la ciudad de Cali, siendo esta última quien se encargaba preponderantemente de su cuidado. Luego, la madre entregó el cuidado de la niña a su padre el día 28 de febrero de 2007; como consta en declaración extrajuicio rendida en la Notaría 9 de esa ciudad. En ella dice: “con toda claridad de mis sentidos y voluntad propia, sin presiones de ninguna clase, deseo entregarle mi hija *Sofía* menor de edad, a su padre Antonio (...) debido a que no tengo como brindarle un buen futuro. Expreso que este deseo es de común acuerdo, pensando en que ella tenga una buena crianza, educación y una familia estable, que yo no le puedo brindar.” No existe constancia de direcciones ni teléfonos, y además, no se registran acuerdos de visitas ni de alimentos.

- 1.1.9. Como consta de la investigación realizada por el ICBF, el padre de *Sofía*, una vez en Bogotá, entregó a la niña al cuidado de la señora *Julia*, madre de *Ana*, su compañera sentimental, persona ajena a la familia; confirmando con ello, que el progenitor no asumía directamente el cuidado de la hija.
- 1.1.10. De conformidad con la investigación realizada por el ICBF, la madre de la niña nunca se hizo parte del proceso. Tampoco otros familiares, por lo que la Defensoría de Asuntos No Conciliables consideró que la familia no era garante de derechos y la niña requería el restablecimiento de los mismos.
- 1.1.11. Por lo anterior, el ICBF, a través de la Resolución 090 del 29 de octubre de 2007, declaró "... *en situación de ADOPTABILIDAD a la niña SOFÍA*", y se definió la adopción como medida de protección.
- 1.1.12. El padre fue debidamente notificado el día 8 de noviembre de 2007, quien interpuso recurso de reposición el día 14 de noviembre del mismo año. El ICBF confirmó la decisión, manteniendo la declaratoria de adoptabilidad como medida de restablecimiento del derecho.
- 1.1.13. Por existir oposición a la medida ordenada, el caso se remitió a Homologación, al Juzgado 20 de Familia, que mediante sentencia del 26 de marzo de 2008 no homologó la decisión, por considerar que no se vinculó a la madre de la niña, violando así su derecho a la defensa.
- 1.1.14. Después de agotar los medios para localizar a la madre de la menor sin éxito alguno, el ICBF nuevamente remitió al Juzgado de Familia la petición de homologación.
- 1.1.15. Mediante Auto del 9 de mayo de 2008, el Juzgado Veinte de Familia remitió el expediente a la Oficina Judicial para su reparto por cuanto consideró que había perdido competencia al haberse pronunciado anteriormente sobre la solicitud de homologación. En ese estado, el expediente fue remitido al Juzgado Segundo de Familia quien consideró que la decisión tomada por el Juzgado Veinte de Familia no resolvió de fondo la actuación administrativa sino que se limitó a ordenar cumplir una formalidad no sustancial, devolviéndolo al juzgado de origen.

En cumplimiento de lo anterior, el Juzgado Veinte de Familia admitió la solicitud del trámite de homologación el día 20 de mayo de 2008. Así las cosas, la apoderada del señor *Antonio* presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto que admitió la solicitud del trámite de homologación, pidiendo su revocación, aduciendo que su prohijado en ningún momento solicitó la

adoptabilidad de su hija y que no se había vinculado a la madre de la niña.

El Juzgado Veinte de Familia, mediante Auto del 18 de junio de 2008 negó la revocatoria del auto del 20 de mayo de 2008 por cuanto sí se había dado cumplimiento a la notificación de la madre de la niña *Sofía*, y asimismo declaró improcedente el recurso de apelación por no estar previsto en el Código de la Infancia y Adolescencia.

1.1.16. Ante la presencia de la madre y la abuela de la niña en el Juzgado, mediante Auto del 25 de julio de 2008, se devolvió por segunda vez la historia socio familiar de la niña al Centro Zonal, con el fin de vincular formalmente a la madre y a la abuela al proceso.

1.1.17. La madre de la niña presentó un derecho de petición a la Defensora de Familia, donde manifiesta: “... *no supe del proceso que se adelantaba en el Bienestar, ya que tampoco fui notificada (sic) ni informada en los términos que la ley exige para estos casos...*” Afirmó encontrarse desesperada y solicitó intervenir para ejercer los derechos que tiene como madre.

1.1.18. Según el estudio realizado por la Trabajadora Social del Centro Zonal en Bogotá y en Cali, el ICBF determinó que la madre de *Sofía*, tiene dos hijos anteriores por los que no responde ni económica ni moral ni afectivamente, a quienes dejó al cuidado del padre de ellos. Hecho corroborado por las entrevistas telefónicas realizadas por la Trabajadora Social con el padre de los niños, con éstos y con la compañera del padre. En igual forma, se manifestó la señora *Carmenza*, abuela de *Sofía* y madre de *Alejandra*, al referirse a su hija como “*irresponsable*” y que “*la hizo operar por el comportamiento con sus otros hijos.*”

1.1.19. El estudio social realizado a la madre de *Sofía*, determinó que no tiene condiciones para asumir la custodia de la niña. En igual forma, determinó que su abuela, tampoco es garante de derechos. El concepto de valoración psicológica, realizado con entrevistas y pruebas psicométricas de personalidad MMPI, Minimult, del 20 de noviembre de 2008, dice: “... *en la abuela y la progenitora, se encuentra NO IDONEIDAD MENTAL, para el ejercicio de la custodia.*”

1.1.20. Dentro del estudio de la Trabajadora Social del ICBF, se conoció además que el sitio de residencia del padre se encuentra en precarias y peligrosas condiciones, así: “... *un pagadiario de indigentes, consumidores, delincuentes, habitantes de la calle, en un edificio que no tiene agua hace diez años.*” Dice el informe además, que tanto el

padre como la madre y la abuela tienen una relación cordial y hay un acuerdo en recuperar a la niña.

- 1.1.21. Posteriormente, la abuela materna aportó copia de la denuncia penal presentada por la madre de la niña *Sofía* contra *Antonio* y su compañera *Ana* por violencia intrafamiliar.
- 1.1.22. Una vez practicadas las pruebas por parte del ICBF, se remitieron por tercera vez al Juzgado de Familia, insistiendo en la pretensión de homologación, dado que no se encontraron fundamentos para variar la decisión inicial.
- 1.1.23. El día 12 de diciembre de 2008, el Juzgado de Familia, devuelve el proceso argumentando que se requiere una nueva resolución, a efectos de "*determinar la medida de restablecimiento de Derechos*"
- 1.1.24. El ICBF, envió el caso nuevamente, con la Resolución 020 del 5 de febrero de 2009, en la cual se ordenó mantener la declaratoria de adoptabilidad. Para esta notificación no se presentaron los padres de la niña.
- 1.1.25. Mediante Autos de febrero 24 y 13 de abril de 2009, el Juzgado de Familia procedió a la devolución del proceso al ICBF, con el fin de que se surtieran los 20 días hábiles, dando plazo a los interesados a oponerse.
- 1.1.26. Se observa en el expediente la existencia de varios oficios remitidos a la defensora por los padres de la niña y de la abuela, solicitando autorización para visitar a la niña y pidiendo información sobre su estado de salud; en igual forma se advierte que la abuela acudió a un defensor de oficio para que la representara, solicitó información a través del Bienestar Familiar de Cali ya que no puede permanecer en Bogotá por razones de cumplimiento de su trabajo y, además, pidió le fuera otorgada la custodia de la niña. En igual forma, en declaración prestada por la abuela, manifiesta su interés por recuperar a la niña.
- 1.1.27. Recibido el proceso, el Juzgado 20 de Familia mediante fallo del 19 de junio de 2009, decide "*NO HOMOLOGAR LA ADOPTABILIDAD*" y ordena el restablecimiento de las visitas de la abuela a la niña, con los siguientes argumentos:
 - Irregularidades en la práctica y valoración de las pruebas, porque no se valoró el conocimiento que tienen algunas personas en relación con el señor *Antonio*, padre de la niña.

- Otra prueba que no se valoró fue la de la denuncia penal que instauró la señora *Alejandra* contra el padre de la niña y su compañera.
- Se debió dar traslado del dictamen pericial con el fin de debatir, objetar y aclarar las valoraciones de psicología practicadas a la abuela de la niña, importantes para la toma de la decisión.
- Señala que la Defensora tomó las decisiones sin tener en cuenta las recomendaciones del psicólogo.
- Concluye, que las decisiones adoptadas por la Defensora no son resultado de un proceso lógico y que se debe encausar la actuación en busca del reintegro de la menor, y ordena, que se restablezcan las visitas de la niña a la abuela. No homologa la decisión.

1.1.28. El ICBF sostiene que con la anterior decisión se están violando los artículos 29 y 44 de la Constitución Política y vulnerando los derechos fundamentales de la niña *Sofía*.

Aduce, que el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá impuso una serie de condiciones que no están consagradas en la ley, desconoció las actuaciones realizadas por el ICBF y lo dispuesto en los artículos 102 y 119 de la Ley 1098 de 2006.

Señala que, en primer lugar, el Juez incurrió en defecto fáctico por no haber tenido en cuenta las pruebas aportadas por el ICBF sobre el estado de maltrato y abandono de la niña y, además, por haber omitido los conceptos emitidos por un psicólogo del Instituto en los cuales consideró a la madre y a la abuela materna de la menor de edad no idóneas para asumir su cuidado.

En segundo lugar, adujo la accionante que el Juez incurrió en defecto procedimental al haber devuelto en varias ocasiones el expediente a la Defensora de Familia alegando falta de requisitos legales que, según expone, nunca fueron incumplidos: la no vinculación de la madre y de la abuela materna. Esto, porque durante la actuación administrativa se siguieron las reglas establecidas sobre notificación y vinculación de interesados cuando no se conoce la dirección de la residencia de la persona objeto de comunicación.

Además, alega la existencia de un defecto procedimental por cuanto el Juez se declaró incompetente para conocer del asunto luego de haberlo devuelto por primera vez el 26 de marzo de 2008, lo que ocasionó una demora injustificada en el trámite de la homologación.

Finalmente indica que el Juez incurrió en defecto orgánico pues actuó por fuera de sus competencias legales al devolver el expediente en varias ocasiones a la Defensora de Familia y, además, al ordenar la reanudación de las visitas de la abuela materna a la niña.

- 1.1.29. Dice además, que se violó el debido proceso al someter el proceso a reparto, causando con ello una injustificada demora. Agregó, que el juzgado tramitó y resolvió un recurso contra el auto del 28 de mayo de 2008, que admitió la solicitud de homologación, presentado por el progenitor de la niña.
- 1.1.30. Y por último, el ICBF solicita a través de la tutela, que se ordene al Juzgado 20 de Familia, que homologue la decisión de la Defensoría de Familia al no hallar violados los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, como lo dispone el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, que establece la homologación como control jurisdiccional.
- 1.1.31. La señora *Carmenza*, abuela de la niña, instauró acción de tutela el 9 de noviembre de 2009 contra el ICBF, para que se cumpliera con lo dispuesto por el Juzgado Veinte de Familia en el sentido de no dilatar más las visitas con su nieta, mientras se adelantan los trámites para solicitar la custodia de la niña. El juez de instancia mediante fallo del 14 de diciembre de 2009, no concedió el amparo y la Sala Segunda de Selección de la Corte Constitucional, en auto del 19 de febrero del presente año, la excluyó de revisión (expediente T-2'540.725).

1.2. TRASLADO Y CONTESTACION DE LA DEMANDA

La tutela fue admitida el 21 de agosto de 2009, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. y ordenó correr traslado a las partes para que se pronuncien sobre los hechos y hagan valer sus derechos.

- El Juzgado Veinte de Familia, informa que en ese Despacho no reposan las diligencias correspondientes a la homologación de la resolución de adoptabilidad de la niña *Sofía*, debido a que una vez ésta fue resuelta, fueron devueltas a la respectiva Defensoría de Familia, por lo que es imposible pronunciarse respecto de los hechos invocados por el accionante.

Las personas de *Antonio*, *Ana*, *Alejandra*, *Carmenza*, así como la Procuradora 33 Judicial de Familia, no dieron respuesta a la notificación realizada por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá D.C.

1.3. PRUEBAS Y DOCUMENTOS

- 1.3.1. En el expediente, obra como pruebas, entre otros, los siguientes documentos.

- 1) Copia de la historia socio – familiar de la niña *Sofía* del Instituto de Bienestar Familiar Centro Zonal Mártires.
- 2) Solicitud que hace el Hospital Universitario San Rafael al ICBF y a la Fiscalía General de la Nación de restitución de derechos de conformidad con el Código de la Infancia y Adolescencia, de fecha 16 de junio de 2007.
- 3) Historia clínica de la niña *Sofía*, de su evolución en el hospital San Rafael.
- 4) Oficio de entrega que hace el Hospital San Rafael al ICBF de la niña *Sofía* en el cual informa el diagnóstico y anexa CD con fotos del maltrato de la niña.
- 5) Copia del auto de apertura de investigación del 31 de julio de 2007.
- 6) Diligencia de colocación de la niña *Sofía*, en el hogar sustituto de fecha 27 de julio de 2007.
- 7) Declaración de la señora *Alejandra*, en la Notaría de Cali, en la cual hace entrega de la custodia de la niña al señor *Antonio*, el día 28 de febrero de 2007.
- 8) Copia del carné de vacunas correspondiente a los años 2004 y 2005.
- 9) Informe técnico medicolegal de la niña *Sofía*.
- 10) Documentos varios relacionados con el procedimiento de valoración médica, psicológica y asistencia de alimentos.
- 11) Informe social con visita domiciliaria realizada por el ICBF.
- 12) Copia de Registro Civil de nacimiento de la niña *Sofía*.
- 13) Copia del estudio psicosocial del señor *Antonio*.
- 14) Copia de la denuncia criminal ante la Fiscalía General de la Nación del 29 de octubre de 2007.
- 15) Resolución No. 90 del 29 de octubre de 2007, mediante la cual se declara la adoptabilidad de la niña *Sofía*.
- 16) Oficio del 8 de noviembre de 2007, mediante el cual el señor *Antonio* presenta oposición a la medida tomada por el ICBF.

- 17) Resolución No. 96 del 14 de noviembre de 2007, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición y se confirma la decisión que declara la adoptabilidad de la niña *Sofía*.
- 18) Copia del oficio remisorio del acto administrativo expedido por el ICBF al Juez de Familia.
- 19) Auto del 30 de noviembre de 2007, en el cual el Juzgado 20 de Familia admite la petición de homologación.
- 20) Copia del oficio del 12 de febrero de 2008 en el cual el señor *Antonio*, presenta oposición a la admisión de la solicitud de homologación.
- 21) Copia del fallo de fecha 26 de marzo de 2008, expedido por el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá, en el cual devuelve el proceso para que se practiquen pruebas adicionales y se vincule a la madre de la niña.
- 22) Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por la apoderada del señor *Antonio*, contra la admisión de la solicitud de homologación.
- 23) Copia de la decisión del 18 de junio de 2008, tomada por el Juzgado 20 de Familia del recurso presentado.
- 24) Copia del oficio presentado por las señoras *Alejandra* y *Carmenza* de fecha 21 de julio de 2008, solicitando se niegue la decisión de adoptabilidad promovida por el ICBF a su hija y nieta, respectivamente.
- 25) Fallo del Juzgado Veinte de Familia del 25 de julio de 2008, en el cual se devuelve el proceso para que se vincule formalmente a las señoras *Alejandra* y *Carmenza*, en sus condiciones de madre y abuela de la niña.
- 26) Copia del informe de trabajo social de fecha 5 de agosto de 2008, sobre las entrevistas realizadas al señor *Antonio* y a las señoras *Alejandra* y *Carmenza*.
- 27) Copia de la intervención de la Trabajadora Social de fecha 9 de septiembre de 2008, a los hijos y familiares del señor *Juan*, ex compañero de *Alejandra*.
- 28) Declaración rendida por *Carmenza*, de fecha 23 de septiembre de 2008.
- 29) Informe del 20 de noviembre de 2008, correspondiente a las pruebas de psicometrías realizadas a la señora *Carmenza*.

- 30) Auto de fecha 20 de enero de 2009 expedido por el Juzgado Veinte de Familia en el cual se devuelve el proceso para que sea expedida una nueva resolución que incluya las valoraciones a las pruebas practicadas.
- 31) Copia de la Resolución 20 del 6 de febrero de 2009, expedida por el ICBF, manteniendo la declaratoria de adoptabilidad de la niña *Sofía*.
- 32) Auto del 24 de febrero de 2009, en el cual el Juzgado Veinte de Familia devuelve el expediente para que se cumplan los 20 días ordenados en el párrafo 1 del artículo 107 del Código de la Infancia y la Adolescencia.
- 33) Oficio del 12 de marzo de 2009, en el cual el ICBF devuelve el expediente al Juzgado considerando que ya se han presentado las oposiciones del caso.
- 34) Auto del 18 de marzo proferido por el Juzgado Veinte de Familia, en el cual ordena devolver el expediente para que se cumpla con lo ordenado en el párrafo 1 del artículo 107 del Código de la Infancia y la Adolescencia, a fin de evitar posibles vulneraciones al debido proceso.
- 35) Copia de la solicitud de custodia del 30 de marzo de 2009, presentada por la señora *Carmenza*.
- 36) Oficio de oposición a la solicitud de homologación del 13 de abril de 2009, presentado por la señora *Carmenza*.
- 37) Copia del oficio fechado el 13 de mayo de 2009, presentado por la Procuradora 33 Judicial de Familia, en el cual solicita al Juez 20 de Familia, se practique un examen psiquiátrico a la señora *Carmenza*, en su condición de abuela materna a fin de determinar si puede cumplir con el rol de protección para la *Sofía*.
- 38) Fallo del 19 de junio de 2009, expedido por el Juzgado Veinte de Familia, en el cual se decide no homologar la resolución que declara la adoptabilidad de la niña *Sofía* y se ordena el restablecimiento de las visitas de la abuela materna con la niña.

1.3.2. Pruebas solicitadas por esta Corporación.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas con el fin de clarificar los hechos y la situación particular, ordenó mediante Auto del 23 de febrero de 2010, la suspensión de los términos y solicitó las siguientes pruebas:

- 1) Oficiar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que realice el examen psiquiátrico a la señora *Carmenza*, en su

condición de abuela materna de la niña, con el fin de determinar con una segunda mirada profesional, si la citada familiar puede cumplir un rol de protección para *Sofía*.

- 2) Oficiar, al ICBF para que remita un informe detallado sobre el restablecimiento de las visitas de la niña con la abuela materna bajo la supervisión de los especialistas correspondientes.

Mediante escrito del 2 de marzo de 2010, la Secretaría General de esta Corporación, informó que solicitó las pruebas requeridas con oficios OPTB-052 y 053 del 24 de febrero del presente año, y se recibieron las siguientes comunicaciones:

Como consecuencia de lo anterior, se recibieron las siguientes pruebas:

- 1) Oficio recibido el día 26 de febrero del presente año, firmado por la doctora Jeimy Moreno Carrillo, Técnico Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Oriente, en el cual dice:

"EXAMEN DEL ESTADO MENTAL:

Porte y actitud: Ingres a al consultorio por sus propios medios. Porte y arreglo personal acorde con su edad, sexo y lugar. Establece adecuado contacto visual con entrevistador. Se muestra colaboradora, tranquila. Estado de conciencia: Alerta. Orientación: Orientada en tiempo, espacio y persona. Memoria: Sin alteración ostensible a la entrevista. Atención y concentración: Euproséxica. Pensamiento: Sin alteraciones en curso o contenido. Afecto: Origen apropiado. Modulado. Sensopercepción: Sin alteraciones evidentes al momento de la entrevista. Conducta motora: Normobúlica. Normocinética. Inteligencia: Impresiona clínicamente como de promedio normal. Lenguaje oral y mímico: Normoiálica. Normomímica. Hábito de sueño: Sin alteración del patrón normal. Hábito alimentario: Sin alteración del patrón habitual. Introspección: Buena. Prospección: Adecuada. Realiza planes futuros acordes con su situación. Juicio de realidad: Conservado.

DISCUSIÓN: Se trata de una mujer adulta, soltera, proveniente de un hogar descrito como funcional y armónico, es la segunda en orden cronológico dentro de doce hermanos 5M-7H, de los cuales tres ya fallecieron, con estudios secundarios completos, quien ha tenido dos relaciones de convivencia en unión libre pero en la actualidad no tiene ninguna relación de convivencia de pareja, madre de cinco hijos 3M-2H, quien desde temprana edad se ha desempeñado en diferentes labores y actualmente trabaja en un colegio en Bogotá mientras se resuelve la situación de su nieta Sofía, para poder regresar a la ciudad de Cali, con antecedentes quirúrgicos, tóxicos, psicológicos, ginecobstétricos y familiares positivos a la fecha. Respecto al cuestionario remitido que dice (...) De acuerdo a los datos suministrados por la examina, lo arrimado a la documentación enviada y la valoración psicológica forense actual se responde que examinada a la fecha señora CARMENZA, al examen mental actual no muestra alteraciones en las funciones mentales, no presenta signos ni síntomas de una enfermedad mental

ni son referidos por la examinada ni dentro de la documentación enviada; no se observa inestabilidad emocional ni afectiva ni rasgos o trastornos de su personalidad que les sean disfuncionales o limitantes, se expresa con adecuado respaldo emocional y manifiesta su disposición a encargarse del cuidado de su nieta y a proporcionar a esta las mejores condiciones para su formación.

CONCLUSIÓN:

Examinada a la fecha CARMENZA, no se encuentran antecedentes ni manifestaciones actuales que correspondan a algún trastorno mental o de personalidad, que le impidan ejercer la custodia de la menor Sofía."

- 2) Oficio recibido el 2 de marzo de 2010 de la doctora Yolima López, Defensora de Familia del Instituto de Bienestar Familiar, Centro Especializado Revivir quien tiene actualmente el caso, donde remite informe de las actuaciones realizadas por la psicóloga de la institución, en aras de restablecer las visitas de la niña *Sofía* y su abuela, el cual arroja lo siguiente:

2.1. Manifiesta que el 2 de febrero de 2010 el equipo psicosocial de la Defensoría de Familia le practicó una entrevista inicial a la señora *Carmenza*, abuela de la niña *Sofía*, quien solicita su custodia. Igualmente se programó aplicación de pruebas psicológicas a la familiar para determinar su idoneidad mental y emocional y establecer si tiene la capacidad para asumir la custodia de la niña; así mismo, se preparó a *Sofía*, quien recuerda de manera positiva a su abuela, para darle inicio a las visitas. Además, se solicitó al Director de la Regional del Valle para que se realice un estudio en la ciudad de Cali, al lugar de su residencia.

2.2. De lo anterior, se reportaron las siguientes conclusiones: *"Durante la visita la niña se mostró ansiosa, expresándolo a través de la manipulación repetitiva de su pulsera y el botón de la chaqueta de la abuela, evadiendo contacto visual permanente.*

No observó una vinculación afectiva con la abuela que permitiera a la niña involucrarse en una conversación familiar, a pesar de que la niña contestó a las preguntas que le hacía la abuela, no evidenciándose motivación, ni iniciativa por parte de la niña para la visita y de hecho intentó poner fin a la visita antes de la hora prevista.

Teniendo en cuenta el contexto de la evaluación en la cámara de Gesell, no se lograron establecer claramente las razones e intenciones que movilizaron la búsqueda de contacto físico y

afectivo de la Sra. Carmenza con su nieta, pues se mostró ansiosa en el encuentro, pudiendo atribuirse esta conducta a la presión de la evaluación y observación realizada por el ICBF y habiendo poca respuesta de la niña hacia ella, esto influyera negativamente en el concepto de la defensoría de familia, o también puede obedecer a una preocupación sincera de involucrarse afectivamente con la niña y ser correspondida por ella, lo cual le generó alto grado de ansiedad.”

- 2.3. Y como conclusión manifiesta: *“Mantener visitas supervisadas que permitan hacer un seguimiento del vínculo entre ellas y evaluar la evolución del mismo, con el objetivo de determinar si éste es garante del cuidado de la niña para la satisfacción de sus necesidades y derechos que la han sido vulnerados.”*

3. DECISIONES JUDICIALES

3.1. DECISIÓN ÚNICA DE INSTANCIA

En decisión única de instancia, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en sentencia proferida el tres (3) de septiembre de 2009, negó la protección de los derechos fundamentales invocados por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Mártires – obrando en interés de la niña Sofía, contra el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá D.C.

Consideraciones del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

Recordó el Tribunal, que la Ley 12 de 1991 aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en su artículo 9º dispuso *“los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”*; agrega, que una determinación como la que pretende la Defensora de Familia, debe corresponder a una solución extrema a la que sólo puede acudir después de agotar todos los mecanismos de protección que sean del caso, pues es palpable que una decisión de esa clase trae consigo un hecho que conlleva notables efectos en la vida de las personas.

Después de analizar las pruebas aportadas al proceso, concluyó “*Así las cosas y teniendo en cuenta que en el presente caso el juez de la causa, sí utilizó las facultades que le otorga la ley, atendiendo el material probatorio aportado, a la manera como se llevó el trámite administrativo y a la omisión, entre otras, de incluir a la abuela como persona con incidencia en el entorno de la niña, dado que tampoco a ella le permitieron las visitas, el a quo determinó que el proceso de protección no fue adelantado con sujeción cabal al ordenamiento jurídico, análisis que es propio de la labor que emana de la discreta autonomía que la Constitución y la Ley le ha otorgado como juez natural.*”

La presente sentencia no fue impugnada por las partes.

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

En la presente ocasión, la Corte determinará si la actuación llevada a cabo por el Juzgado 20 de Familia de Bogotá incurrió en defecto procedimental, fáctico y orgánico como casuales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, vulnerando el interés superior de la niña, en cuanto la accionante sostiene que el Juez: (i) devolvió en varias oportunidades el expediente a la Defensora de Familia por supuesto incumplimiento de requisitos legales y no asumió la competencia del asunto luego de ser devuelto por primera vez mediante providencia de 26 de marzo de 2008; (ii) no reconoció las pruebas aportadas por los funcionarios del ICBF que intervinieron en el proceso de protección de la niña; (iii) tomó decisiones fuera de su competencia al ordenar el restablecimiento de las visitas de la abuela materna a la niña; y, (iv) puso en peligro el interés prevalente y superior de la niña.

Para la toma de una decisión se deberá precisar: **primero**, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales; **segundo**, la caracterización de los defectos procedimental, fáctico, y orgánico como causales específicas de procedibilidad de la acción de

tutela contra providencias judiciales; **tercero**, el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos y su control jurisdiccional; **cuarto**, la regla constitucional según la cual los niños y las niñas son sujetos de protección constitucional reforzada, que se funda en el carácter superior y prevalente de sus derechos e intereses; **quinto**, el alcance jurisprudencial relacionado con los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, y la presunción a favor de la familia biológica; y **sexto**, el estudio del caso concreto.

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

La Corte Constitucional ha sostenido que si bien es cierto que la sentencia C-543 de 1992,² declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que disponían la procedencia de la acción de tutela contra sentencias ejecutoriadas, no lo es menos que esa misma providencia expresó que, de forma excepcional, esta acción constitucional procede contra decisiones judiciales que, aunque en apariencia estuvieran revestidas de la forma jurídica de una sentencia, en realidad implicaran una vía de hecho.

Así, esta Corporación ha mantenido la línea jurisprudencial de la procedencia de la acción de tutela para estudiar la validez constitucional de decisiones judiciales que constituyen vías de hecho. Cabe recordar que esta tesis surge de la aplicación directa de los artículos 2º, 4º, 5º y 86 de la Constitución, por cuatro razones principales:

La primera, porque la salvaguarda de los derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho prevalece y resulta obligatoria para todas las autoridades públicas, sin excluir a los jueces. Debe recordarse que uno de los fines esenciales del Estado constitucional es reconocer la eficacia de los derechos y deberes fundamentales, de ahí que su protección y garantía ocupa una posición preponderante en la estructura funcional y orgánica de la Administración.

La segunda, porque los principios de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, que constituyen una razón suficiente para negar la tutela contra providencias judiciales, no autorizan violar la Constitución ni legitiman decisiones que contrarían esos mismos principios y las reglas constitucionales básicas que les dan fundamento. Así, es evidente que

² MP. José Gregorio Hernández Galindo.

una vía de hecho constituye una clara amenaza a la seguridad jurídica y a la estabilidad del ordenamiento jurídico, por lo que la defensa en abstracto de esos principios puede, al mismo tiempo, quebrantarlo en el caso concreto.

La tercera, porque, por ningún motivo, la autonomía judicial puede confundirse con la arbitrariedad judicial, de ahí que la independencia y autonomía del juez únicamente ampara las decisiones adoptadas dentro de los parámetros legales y constitucionales, pues esas garantías no significan autorización para violar la Constitución.

Y por último, porque el principio de separación de jurisdicciones no implica el distanciamiento de la legalidad y la constitucionalidad. Por el contrario, el artículo 4º de la Carta es claro en señalar que la Constitución es norma de normas y, por consiguiente, ella debe informar todo el ordenamiento jurídico y, en especial, es exigible en la aplicación e interpretación de la ley.

Con base en tales premisas, a partir de las sentencias T-079³ y T-158 de 1993⁴, esta Corporación desarrolló el concepto de vía de hecho. Inicialmente, fue entendido como la decisión “*arbitraria y caprichosa*” del juez que resuelve un asunto sometido a su consideración, por lo que la providencia resulta manifiesta y evidentemente contraria a las normas que rigen el caso concreto o las pruebas que se encontraban en el expediente. La sentencia T-231 de 1994⁵ señaló cuatro defectos protuberantes que, analizado el caso concreto, permitirían estimar que una providencia judicial es realmente una vía de hecho, a saber:

- i) defecto sustantivo, es el que se presenta cuando la decisión se adopta en consideración con una norma indiscutiblemente inaplicable;
- ii) defecto fáctico, el que ocurre cuando el juez falla sin el sustento probatorio suficiente para aplicar las normas en que se funda la decisión;
- iii) defecto orgánico, se presenta cuando el juez profiere su decisión sin tener competencia para hacerlo; y,
- iv) defecto procedimental cuando el juez actúa desconociendo el procedimiento o el proceso debido para cada actuación.

Después de varios años de decantar el concepto de vía de hecho, la Corte Constitucional consideró necesario replantearlo y ampliarlo a las “*causales genéricas de procedibilidad de la acción*”. Así, en la Sentencia C-590 de 2005⁶, la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable la expresión “*ni acción*”, que hacía parte del artículo 185

3 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

de la Ley 906 de 2004 porque restringía el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio del recurso extraordinario de casación en materia penal. En esta oportunidad, se dejó claro que la tutela procede contra todas las providencias judiciales ejecutoriadas cuando se cumplen con los requisitos generales de la tutela y se prueba alguna de las causales específicas de procedibilidad de esta acción constitucional contra sentencias.

En cuanto a los requisitos generales de procedencia de la tutela, la sentencia C-590 de 2005, los sistematizó así:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa 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 afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

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

En cuanto a las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias, ese mismo fallo los resumió así:

“Para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

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

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

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

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

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

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

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

i. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”

Visto lo anterior se concluye que si bien contra las decisiones judiciales en principio no procede la acción de tutela, de manera excepcional es procedente en caso de que el juez de tutela encuentre que hubo una actuación abiertamente ilegal, arbitraria o caprichosa dentro del proceso, y que se traduzca en una de las causales especiales de procedibilidad de la acción constitucional.

4.4. CARACTERIZACIÓN DE LOS DEFECTOS FÁCTICO, PROCEDIMENTAL Y ORGÁNICO COMO CAUSALES

ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

4.4.1. Defecto fáctico.

Para sustentar el fundamento de las distintas decisiones, los jueces dentro de la órbita de sus competencias, son autónomos e independientes y en sus providencias gozan de la potestad de valorar las pruebas allegadas al proceso de acuerdo a las reglas de la sana crítica y según los parámetros de la lógica y la experiencia. Ahora bien, el reconocimiento de esa discrecionalidad no significa que el juez esté facultado para decidir arbitrariamente el asunto sometido a su consideración, pues la libertad en la valoración probatoria está supeditada a la Constitución y la ley.

La doctrina constitucional sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales por haberse incurrido en defecto fáctico es sumamente clara, exige que “se hayan dejado de valorar pruebas legalmente aducidas al proceso, o que en la valoración de las pruebas legalmente practicadas se haya desconocido manifiestamente su sentido y alcance y, en cualquiera de estos casos, que la prueba sobre la que se contrae la vía de hecho tenga tal trascendencia que sea capaz de determinar el sentido de un fallo. Sólo bajo esos supuestos es posible la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, de manera que cuando los mismos no satisfagan estas exigencias, no procede el amparo constitucional pues se trata de situaciones que se sustraen al ámbito funcional de esta jurisdicción”⁷.

Así, desde los primeros pronunciamientos de esta Corte se determinó que la existencia de un defecto fáctico que convierte una decisión judicial en una *vía de hecho*, se presenta cuando se constata que “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.”⁸

Por tanto, si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento⁹, “*inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)*”¹⁰, dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria. La evaluación del acervo probatorio por el juez implica, necesariamente, “*la adopción de*

7 Sentencia T-266 del 3 de abril de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

8 Sobre la descripción genérica del defecto fáctico como vicio de una sentencia judicial que la convierte en una vía de hecho, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-231 del 13 de mayo de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-567 del 7 de octubre de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

10 Cfr. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

criterios objetivos¹¹, no simplemente supuestos por el juez, racionales¹², es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos¹³, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas."¹⁴

En desarrollo de lo explicado, la jurisprudencia de la Corte ha fijado el alcance del defecto fáctico como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, señalando que éste se presenta cuando resulta evidente que se omitió decretar pruebas que eran necesarias o la valoración de las existentes, o su evaluación fue realizada de manera caprichosa o arbitraria¹⁵.

Al respecto ha dicho la Corte:

"En otras palabras, se presenta defecto fáctico por omisión cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia 'impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido'. Existe defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque 'no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.' Hay lugar al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien 'el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por

11 Cfr. sentencia SU-1300 del 6 de diciembre de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. "El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia".

12 Cfr. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

13 Cfr. sentencia T-538 del 29 de noviembre 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

14 Sentencia SU-159 del 5 de marzo de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

15 Sentencias T-814 del 19 de octubre de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-450 del 4 de mayo de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa SU-159 del 5 de marzo de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa T- 462 del 5 de junio de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T- 1065 del 7 de diciembre de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto; T-458 del 7 de junio de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-831 de agosto 22 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo

*completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita*¹⁶.

Como se observa, la Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: i) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa¹⁷ u omite su valoración¹⁸ y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente¹⁹. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez²⁰. ii) Una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución²¹.

Tales situaciones a la luz de la jurisprudencia, aparecen ilustradas en los siguientes casos ya resueltos por esta Corporación:

4.4.1.1. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas.

Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia

16 Sentencia T- 1065 del 7 de diciembre de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto

17 *Ibíd.* sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell. Se dijo en esa oportunidad: "Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagradorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales".

18 Cfr. sentencia T-239 del 30 de mayo de 1996 MP. José Gregorio Hernández Galindo. Para la Corte es claro que, "cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria".

19 Cfr. sentencia T-576 del 10 de diciembre de 1993 MP. Jorge Arango Mejía.

20 Cfr., por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

21 Cfr. la ya citada sentencia T-538 de 1994.

impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido²².

El tratamiento que la jurisprudencia le ha dado a esta modalidad de la *vía de hecho* por defecto fáctico es, por ejemplo, el ilustrado en la sentencia SU-132 de 2002, en la que la Corte sostuvo:

“La negativa a la práctica o valoración de un medio probatorio por un juez dentro del proceso que dirige, puede estar sustentada en la ineficacia de ese medio para cumplir con la finalidad de demostrar los hechos en que se soporta una determinada pretensión, toda vez que constituye un derecho para todas las personas presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra. La Corte se pronunció en este sentido en la Sentencia T-393 de 1994 y manifestó que ‘..la negativa a la práctica de pruebas sólo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas (arts. 178 C.P.C. y 250 C.P.P); pero a juicio de esta Corte, la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso’”.

En el caso de la sentencia T-526 de 2001²³, igualmente la Corte constató un evidente defecto fáctico en las providencias judiciales objeto de acción de tutela. En este caso la conducta de los funcionarios judiciales impidió la correcta identificación del autor material de un hecho punible en perjuicio de un tercero que fue procesado como reo ausente y posteriormente privado de su libertad. En esta ocasión, el defecto fáctico se presentó ante la no recepción de los testimonios de las personas que podían identificar plenamente al autor material de la conducta punible, la no apreciación de ciertos hechos, como la diferencia de edad entre el responsable del hecho (22 años) y el erróneamente sindicado (35 años), la diferencia del lugar de la residencia del erróneamente sindicado (norte de Bogotá), con el lugar

22 Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
23 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

en que se capturó al responsable el día de los hechos (sur de Bogotá) y, la no apreciación de la prueba documental que acreditaba la buena conducta del erróneamente sindicado²⁴. En esta oportunidad consideró la Corte:

“...en este caso concreto encuentra que no se desplegó actividad probatoria alguna tendiente a obtener la plena identidad del procesado a pesar de que se advertían irregularidades que ofrecían serias dudas en relación con la identidad de la persona sindicada, lo que constituye una vía de hecho, como quiera que los jueces solamente pueden resolver con fundamento en las pruebas que sobre la cuestión fáctica obren en el expediente.

(...)

En el presente caso existe un evidente defecto fáctico, pues no existe prueba alguna de la que razonablemente se pueda deducir que el sujeto aprehendido al momento de la comisión del ilícito, es el mismo que fue capturado y se encuentra privado de la libertad.”(Negrillas de la Sala)

En la sentencia T-488 de 1999²⁵, la Corte consideró que la omisión en la práctica de la prueba antropoheredobiológica en un proceso de filiación, por la especial importancia de este medio probatorio, constituía un típico defecto fáctico con capacidad de afectar los derechos fundamentales de las partes. Afirmó la Corte:

“El presente análisis tiene como punto de partida la circunstancia de que ambos jueces dejaron de practicar, no obstante haber sido decretada, lo que impidió la valoración y apreciación de una prueba conducente y determinante para la decisión final del proceso de filiación natural instaurado a nombre del menor Jorge Eduardo González Guillén, como era el experticio científico mencionado, por motivos ajenos a la parte demandante y atribuibles a la falta de coordinación para su realización entre el ente estatal encargado de practicarla y la respectiva autoridad judicial que conocía del asunto.

Así las cosas, se considera necesario reiterar, que la práctica de pruebas constituye una de las principales actuaciones dentro de la conducción del proceso, en la medida en que su importancia radica en la participación

24 Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
25 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez

de la misma en la conformación del convencimiento del fallador sobre los hechos materia de decisión.

Debe la Sala reiterar a propósito de lo antes expresado en las consideraciones generales, que la autoridad judicial que se niegue sin justificación razonable y objetiva, a apreciar y valorar una prueba en la que obtiene apoyo esencial en forma específica y necesaria para formar su juicio sin justificación, incurre en una vía de hecho y contra su decisión procede la acción de tutela, toda vez que desconoce varios principios y derechos de rango superior para quien la ha solicitado, como son la igualdad procesal y de acceso a la administración de justicia, el debido proceso y defensa y el deber de imparcialidad del juez para el trámite del mismo.” (Negrillas fuera de texto)

4.4.1.2. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio.

Otras de las hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente²⁶.

El análisis de la jurisprudencia en fallos que se destacan es el siguiente:

En la sentencia T-814 de 1999²⁷, la Corte resolvió un caso en el cual los jueces de lo contencioso administrativo no advirtieron ni valoraron, para efectos de tomar la decisión del caso (acción de cumplimiento contra la Alcaldía de Cali, con ocasión de la construcción del metro ligero), el material probatorio debidamente allegado al proceso. Esta situación a juicio de la Corte, constituyó una vía de hecho por defecto fáctico. Sobre el punto consideró la Corte:

“Ni en el fallo del Tribunal ni en el fallo del Consejo de Estado se hace una valoración de la prueba mencionada, que les permitiera a estas Corporaciones deducir la obligación para el alcalde de dicha ciudad de promover la consulta popular, previa a la realización del proyecto del metro ligero de Cali, pues para ellas el aspecto probatorio en estos procesos no es relevante. En efecto, el Tribunal

26 Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
27 M.P. Antonio Barrera Carbonell

dijo que las pruebas arrimadas al proceso de la acción de cumplimiento "no tienen influencia alguna en esta decisión" y el Consejo de Estado por su parte, si bien mencionó el aludido testimonio en los antecedentes no hizo ninguna valoración del mismo.

La razón por la cual tanto el Tribunal como el Consejo ignoraron las mencionadas pruebas indudablemente estriba en la interpretación que estas Corporaciones tienen en cuanto a la procedencia de la acción de cumplimiento, porque en diferentes apartes de sus sentencias se afirma rotundamente que el deber incumplido debe emerger directamente de la norma. Es decir, que de ésta debe desprenderse una especie de título ejecutivo, configurado por una obligación clara, expresa y actualmente exigible, descartándose por consiguiente toda posibilidad de interpretación sobre el incumplimiento de la norma por la autoridad demandada, con arreglo a los métodos tradicionalmente admitidos, y con sustento a las pruebas que oportuna y regularmente aporten las partes o las que oficiosamente está en la obligación de decretar y practicar el juez de conocimiento.

Considera la Sala, en consecuencia, que se estructura la vía de hecho por defecto fáctico, porque ni el Tribunal ni el Consejo al decidir sobre las pretensiones de la acción de cumplimiento, valoraron la prueba antes referenciada, y omitieron decretar y practicar las pruebas conducentes y tendientes a establecer la existencia o no del incumplimiento de la autoridad demandada. (Negrillas de la Sala)

4.4.1.3. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio.

Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva²⁸.

Ello se presenta en hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, como en el caso de la sentencia T-450 de 2001²⁹, en el que un

28 Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

29 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

juez de familia en un proceso de aumento de cuota alimentaria, en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro, decidió aumentarle la cuota alimentaria al demandado. Afirmó la Corte:

“En el proceso que ahora es objeto de revisión, no se aprecian las pruebas y razones que justifiquen la decisión tomada por el Juez 15 de Familia de Bogotá, pues aunque la materia sobre la que versa el proceso –aumento de cuota alimentaria– compromete principios centrales dentro de la organización social (v.gr. la protección del menor, la vigencia del principio de solidaridad, el valor de la justicia y la equidad), que, en principio, alentarían una postura activa por parte del juez competente con el propósito de proteger integralmente los derechos de un menor, su acción no puede estar absolutamente desligada de las pruebas allegadas o decretadas dentro del proceso –en esta oportunidad, las presentadas por la madre– Así, todo reconocimiento superior a las sumas probadas dentro del proceso, e incluso a los derechos alegados, debe estar plenamente sustentada, so pena de convertir a la decisión judicial en un acto arbitrario que tiene un grave vicio fáctico y lesiona los derechos de la parte vencida en el juicio –en este caso el señor Apóstol Espitia Beltrán–.

“En el expediente no existen pruebas o indicios que avalen la posibilidad de aumentar la cuota alimentaria de la manera como lo hizo el juez competente, y si bien tras su determinación existe una clara intención encaminada a proteger los derechos de la niña, reprochando a su vez la indisposición que demostró el padre durante el trámite del proceso, estas no son razones suficientes para justificar la decisión, pues aquí también está en juego el respeto al debido proceso que se predica de toda actuación judicial. Por eso, tiene razón el juez de instancia a quien le correspondió conocer de la tutela, cuando afirma que: “a pesar de que se adopte la tesis que el juez en algunas materias de familia puede fallar más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido, lo que si no puede hacer es más allá o por fuera de lo probado, ya que en tal caso la decisión sólo responde a su propio arbitrio, contradiciendo el deber de motivación o fundamentación de la providencia, lo cual vulnera ostensiblemente el

debido proceso". Por estas razones el fallo de instancia será confirmado." (Negrillas fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, y tal como lo ha advertido la Corte, sólo es factible fundar una acción de tutela frente a un defecto fáctico cuando se observa que la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia es manifiestamente arbitraria. El error en el juicio valorativo de la prueba *"debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia"*³⁰.

4.4.2. Defecto procedimental

Esta causal de procedibilidad se configura en todos aquellos casos en los que el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido. La jurisprudencia constitucional ha entendido que *"el defecto procedimental se presenta cuando en desarrollo de la actividad judicial el funcionario se aparta de manera evidente de las normas procesales aplicables"*³¹. Al desconocer completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina produciendo un fallo arbitrario que vulnera derechos fundamentales³². No obstante, la Corte ha explicado que el desconocimiento del procedimiento debe contar con características adicionales para que se entienda configurado el defecto bajo estudio, a saber:

- (i) debe ser un error trascendente que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y que tenga una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y,

30 Cfr. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

31 Ver, entre otras, la Sentencia T-267 del 3 de abril de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

32 En este sentido señala la Corte, "...cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones, está actuando "en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad". Corte Constitucional. Sentencia T-1180 de 2001. En el mismo sentido, Sentencia SU-478/97. Así por ejemplo en la sentencia T-115 de 2007 sostuvo la Sala Novena de Revisión: "Haber cuestionado la administración de los bienes a través de un proceso verbal sumario de única instancia tiene la capacidad de desconocer la Constitución porque ello restringió la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra los autos y la sentencia, en detrimento del artículo 31 superior. Más aún, al haberse adoptado tal trámite se limitó el número de días para dar contestación a la demanda, se adoptó un esquema que restringe la oportunidad para alegar nulidades y se pasaron por alto los pasos para atender las excepciones previas. Todo esto teniendo en cuenta que este tipo de casos debe tramitarse a través de un proceso verbal. Situación que fue totalmente desconocida por el juez de instancia".

(ii) debe ser una deficiencia no atribuible al afectado³³.

Así por ejemplo, se configura un defecto procedimental cuando se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión³⁴. Sin embargo, si la falta de notificación no tiene efectos procesales importantes, si se deriva de un error del afectado, o si la misma no produjo verdaderamente un efecto real – por ejemplo por que el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios –, no procederá la tutela³⁵.

Otro de los eventos típicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto procedimental se produce a raíz de la demora injustificada tanto en la adopción de decisiones como en el cumplimiento de las mismas por parte del funcionario judicial³⁶.

También se ha señalado que incurre en defecto procedimental la autoridad judicial que pretermite la recepción y el debate de unas pruebas cuya práctica previamente había sido ordenada. Así ocurrió en los supuestos fácticos analizados en la sentencia T-996 de 2003³⁷. En esa oportunidad la tutela había sido impetrada contra un juzgado laboral el cual había ante la inasistencia de las partes y de sus apoderados a la segunda audiencia de trámite en un proceso ordinario laboral había dado por concluido el período probatorio, sin que se practicaran las pruebas decretadas en una audiencia anterior, y ante la ausencia de elementos que confirmaran la existencia de una relación laboral había absuelto a la entidad estatal demandada.

Finalmente, la Corte ha entendido que se produce un defecto procedimental por vulneración del debido proceso, cuando resulta evidente que una decisión condenatoria en materia penal se produjo como consecuencia de una evidente deficiencia en la defensa técnica siempre y cuando ésta sea absolutamente imputable al Estado³⁸.

4.4.3. Defecto orgánico

33 Cfr. Sentencia T-267 del 3 de abril de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

34 Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se configura defecto procedimental por indebida notificación en el proceso penal cuando se verifica: (i) denotada negligencia del juez en la realización de intentos de notificación, (ii) consecuente falta de notificación de las diligencias en el proceso penal, (iii) como consecuencia de lo anterior se adelanta el proceso penal contra persona ausente.

35 Corte Constitucional. Sentencia T-538/94; SU-478/97; T-654/98.

36 Ver Sentencia T-055 del 14 de febrero de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

37 M.P. Jaime Córdoba Triviño

38 Ver Sentencia T-654 del 11 de noviembre 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia³⁹ ha descrito el defecto orgánico como aquel que se configura cuando la autoridad responsable de la providencia objeto de tutela no era el competente para conocer del asunto. Así, en sentencia T-446 de 2007⁴⁰, esta Corporación señaló:

“Este criterio de procedibilidad se configura cuando la autoridad que dictó la providencia carecía, en forma absoluta, de competencia para conocer de un asunto. Así entonces, es necesario precisar que cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, sus decisiones son susceptibles de ser excepcionalmente atacadas en sede de tutela, pues no constituyen más que una violación al debido proceso.”

Igualmente estableció en sentencia T-929 de 2008, que si se comprueba la incompetencia del funcionario judicial que emitió la providencia acusada, se configura un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso, en tanto *“el grado de jurisdicción correspondiente a un juez, tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial para asegurar así el principio de seguridad jurídica que “representa un límite para la autoridad pública que administra justicia, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen”⁴¹”⁴².*

Y advirtió:

“la extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez quebranta el debido proceso y, entre otros supuestos, se produce cuando “los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde”⁴³ y también cuando adelantan alguna actuación o emiten pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones.”⁴⁴

39 Ver, entre otras, las sentencias T-162 de abril 30 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1057 de diciembre 2 de 2002 M.P. Jaime Araújo Rentarías, T-359 de mayo 7 de 2003 M.P. Jaime Araújo Rentarías, T-1293 de diciembre 7 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-086 de febrero 8 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-009 de enero 19 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-446 de mayo 30 de 2007, T-1150 de noviembre 25 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-743 de julio 24 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-310 de abril 30 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-757 del 27 de octubre de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

40 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

41 Cfr. Sentencia T-1057 de 2002. M. P. Jaime Araújo Rentarías.

42 Sentencia T-929 del 19 de septiembre de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

43 Cfr. Sentencia T-446 del 30 de mayo de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

44 Sentencia T-929 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En consecuencia, ha concluido la Corte que *“la actuación judicial está enmarcada dentro de una competencia funcional y temporal, determinada, constitucional y legalmente, que de ser desbordada conlleva la configuración de un defecto orgánico, y por ende, el desconocimiento del derecho al debido proceso”*⁴⁵.

4.5. PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

La Corte ha precisado que en materia de respeto al derecho fundamental al debido proceso (art 29 C.P.), las autoridades competentes tienen el deber constitucional y legal de garantizar, el respeto al derecho de defensa y el mantenimiento de igualdad de las partes (arts. 29, 13 C.P. y 4 C.P.C).

En este sentido, es preciso señalar que en el trámite de protección de los derechos de los niños en situación de vulnerabilidad, así como específicamente en los procesos de adopción, se encuentran involucrados no sólo el derecho fundamental de los niños y las niñas a tener una familia, sino también un conjunto mucho más amplio de derechos fundamentales constitucionales cuyos titulares no son únicamente los niños y las niñas sujetos de la eventual adopción sino también sus familiares.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño, resaltan la importancia que tiene para los niños el pertenecer a una familia y a no ser separados de ella, dado la necesidad de recibir el amor, afecto y cuidado que los suyos le brindan, sin ello limitarse a las relaciones entre padres e hijos, sino que abarca un grupo familiar más amplio que comprende a los hermanos, tíos, primos y los abuelos, es decir, la familia extensa.

Así, ha explicado esta Corporación que el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella tiende a garantizar todo el plexo constitucional de los derechos del niño, las niñas y los adolescentes, dado que en su interior encuentra el cuidado y el amor necesario para su desarrollo armónico, mental y físico.

En consecuencia, *“todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a*

45 Sentencia T-757 del 27 de octubre de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico"⁴⁶.

Ha dicho la Corte:

*"Resulta indiscutible que a la luz de los principios que orientan la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (art. 44 C.P.), principio éste que tiene desarrollo legislativo en el deber de todas las personas y las entidades tanto públicas como privadas, de atender el interés superior del menor (art. 20 C. del M.) y en la interpretación finalista de las normas establecidas para su protección (art. 22 ibídem). Sin embargo, no pueden las autoridades públicas olvidar que todas sus decisiones deben ser el resultado de un procedimiento respetuoso de las formas propias de cada juicio (art. 29 C.P.), mucho menos los defensores de familia para quienes es imperativa la sujeción a la Constitución y a la ley, por cuanto, las decisiones que adoptan afectan directamente a la familia y por ende a la sociedad. Por ello, tienen el deber constitucional y legal de garantizar como el que más, el respeto al derecho de defensa y el mantenimiento de igualdad de las partes (arts. 29, 13 C.P. y 4 C.P.C)."*⁴⁷

En ese sentido, la Corte se pronunció en un caso adelantado contra el ICBF:

"A pesar de que el ICBF tiene como finalidad la protección de los menores mediante sus actuaciones, esta entidad se debe ceñir a los trámites administrativos que le establezcan las leyes o decretos que lo regulan. Dentro de los procesos de colocación familiar en hogar amigo o en hogar sustituto, los de declaración de estado de abandono y en general en todos los trámites que surta la mencionada entidad en pro de los menores, se debe permitir la participación de los padres de los menores, en caso de que los tengan, como partes con derecho a ser escuchados por el ICBF, y a manifestar su consentimiento, en caso de que la ley contemple que así se debe hacer para que se tomen decisiones como el dar en adopción a los menores.

Se vulnera el debido proceso si estando legitimada una persona para actuar dentro de un trámite surtido, no se le

46 Sentencia T-587 del 20 de octubre de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz .

47 Sentencia T-209 del 20 de marzo de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

tiene en cuenta. Sin embargo tal legitimación debe estar probada.”⁴⁸

El respeto al debido proceso está expresamente señalado en el Código de la Infancia y la Adolescencia en el artículo 26, que señala: “*Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.*”

En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.”

Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, 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 (art.50 del Código de la Infancia y la Adolescencia). Es responsabilidad del Estado, a través de sus autoridades, informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, ante los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas y adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad.

En ejercicio del restablecimiento, las autoridades deberán surtir una serie de procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y se procederá a tomar las medidas pertinentes (arts. 51, 52, 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia).

El primer lugar, la autoridad competente deberá verificar el estado de salud física y psicológica del niño, su estado de nutrición y vacunación, la inscripción en el registro civil de nacimiento, la ubicación de su familia de origen, su vinculación al sistema de salud y al sistema educativo (Art. 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia). De todas y cada una de estas actuaciones se debe dejar expresa constancia pues las mismas serán el sustento para la definición de las medidas de restablecimiento de derechos que se vayan a adoptar.

Una vez verificado que los derechos no se encuentran garantizados, se dicta un auto de apertura de investigación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en el cual deberá consignarse:

48 Sentencia T-881 del 16 de agosto de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

- 1) La identificación y citación de los responsables;
- 2) la identificación y citación de implicados en la vulneración;
- 3) las medidas provisionales de urgencia que se tomen; y
- 4) la orden de práctica de pruebas necesarias.

Dicho auto deberá notificarse personalmente de acuerdo a los artículos 314 y 315 del Código de Procedimiento Civil, si se conoce la identidad y dirección de las personas interesadas. Cuando el citado no comparezca dentro de la oportunidad señalada, deberá notificarse por aviso, de conformidad con los artículos 315, numeral 3, y 320 del C.P.C. En el evento de desconocerse la identidad y direcciones de las personas a citar, deberá notificarse mediante publicación en una página de Internet del ICBF, por tiempo no inferior a 5 días y por transmisión en un medio masivo de comunicación, pudiéndose incluir una fotografía del menor de edad.

El trámite se encuentra regulado por el artículo 100 de dicho Estatuto y empieza con la determinación de si se trata de un asunto conciliable o no. En el primer evento, se fijará audiencia de conciliación dentro de los 10 días siguientes a la ocurrencia de los hechos y en caso de lograrse acuerdo, se levanta acta con la constancia de lo acordado y de su aprobación.

Si se trata de un asunto no conciliable o si la conciliación fracasa, se adoptará Resolución motivada estableciendo obligaciones de protección, incluyendo la provisión de alimentos, y regulando lo relacionado con la custodia y las visitas.

Luego, el funcionario correrá traslado de la solicitud por cinco días para que se pronuncien los interesados o implicados y se aporten las pruebas que quieran hacerse valer. Vencido el traslado se decretan pruebas, se fija fecha de audiencia de práctica de pruebas y en ella se falla mediante Resolución motivada, sólo procediendo contra la misma recurso de reposición que deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron a la misma.

Las autoridades administrativas competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, según el artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia, son los defensores de familia y comisarios de familia, quienes se encargan de prevenir, garantizar y restablecer los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el Código de la Infancia y la Adolescencia; éstos cuentan con un equipo técnico e interdisciplinario, cuyos conceptos tienen el carácter de dictamen pericial. Ahora bien, sólo los Defensores de Familia son competentes para dictar las resoluciones de adoptabilidad.

Esta actuación administrativa debe culminar dentro de los 4 meses siguientes a la solicitud o apertura oficiosa y, excepcionalmente el Director General del ICBF puede prorrogarlo por dos (2) meses más: La reposición contra la resolución de adoptabilidad debe resolverse dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. La resolución de adoptabilidad deberá notificarse por estrados a quienes asistieron y por estado a quienes no comparecieron.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa pierde competencia y debe remitir inmediatamente el expediente al juez de familia para que, de oficio, adelante el proceso.

Igualmente, cuando existe oposición a la resolución de adoptabilidad durante el trámite o dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de la resolución de adoptabilidad, debe remitirse el asunto al Juez de Familia para que resuelva sobre su homologación.

Así, establece el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia que *“resuelto el recurso de reposición [presentado en contra de la resolución de adoptabilidad] o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda su inconformidad. El juez resolverá en un término no superior a 10 días”*

Además, el 107 de ese mismo Estatuto señala que *“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 (...)

A su vez, el artículo 108 del mismo estatuto, dispone: *“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el parágrafo primero del artículo anterior, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.”*

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

Igualmente, para entender los extremos de la función del Juez de Familia en el trámite de homologación, es imperativo hacer referencia al contenido del parágrafo segundo del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que dispone: *“En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.”*

El trámite de homologación que se habilita por oposición a la resolución de adoptabilidad comienza entonces al presentarse oposición por cualquiera de las personas encargadas del cuidado, crianza y educación de la niña, niño o adolescente, durante la actuación administrativa, o dentro de los 20 días de ejecutoria de la resolución de adoptabilidad.

Una vez admitido el asunto por parte del Juez de Familia, éste podrá correr traslado al Ministerio Público y al Defensor de Familia adscrito al Juzgado para que rindan concepto. En virtud de lo dispuesto por el artículo 123 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se tiene que si el Juez encuentra el incumplimiento de algún requisito legal previsto para la actuación administrativa de restablecimiento de derechos encaminada a la adoptabilidad del menor de edad, podrá devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane. Luego de verificado el cumplimiento de dichos requisitos legales, el Juez decidirá si homologa la resolución expedida en ese sentido.

En caso de homologarla, el Defensor de Familia dictará resolución consignando dicha decisión. La homologación tiene como efectos la pérdida de los derechos de patria potestad, su inscripción en el libro de varios de la Notaría o de la oficina de Registro del Estado Civil y el inicio del proceso judicial de adopción.

En caso de no homologación, también el Defensor de Familia dictará resolución en ese sentido, se procederá a la subsanación de irregularidades advertidas o a tomar otro tipo de medidas o decisiones distintas a la adoptabilidad, a favor del niño, niña o adolescente involucrado.

Se ha visto entonces, que las decisiones que dentro de este proceso se adopten, son de vital importancia precisamente por el tipo de intereses que están en juego, sobretodo en relación con el deber reforzado de protección y garantía de los derechos del niño involucrado. Es por esto que la observancia de la práctica de todas las pruebas pertinente posibles, sean indispensables para que los padres o familiares del niño gocen de las garantías que ofrece el derecho al debido proceso, y corresponde al juez de familia ejercer el control de legalidad a él conferido, motivando suficientemente las razones que lo justifiquen. El trámite de la homologación tiene entonces por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso y, además, es un mecanismo de protección eficaz para que las personas afectadas por la resolución recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, demostrando que las circunstancias que le dieron origen se han superado y que razonablemente se puede pensar que no se repetirán (Sentencias T-079 de 1993 y T-293 de 1999).

En relación con el alcance de la competencia del juez de familia en el marco del proceso de homologación, en un principio, la Corte Constitucional, en sentencia T-079 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), interpretó el contenido del artículo 56 del Código del Menor que establecía que las decisiones administrativas que definen en forma temporal o definitiva la situación de un menor de edad están sujetas al control jurisdiccional de los Jueces de Familia, en el sentido que dicho control sólo podía versar sobre el procedimiento adelantado por la autoridad administrativa y no sobre el fondo del asunto. En esa ocasión la Corte expresó:

“La declaración de abandono - acompañada de la medida de protección consistente en la iniciación de los trámites de adopción - produce ipso iure la pérdida de la patria potestad (C. del M., art. 60), salvo que se presente oportunamente oposición a la resolución administrativa por parte de las

personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza o la educación del menor de edad (C. del M., art. 61). La drasticidad de una decisión semejante para la familia y los derechos de sus miembros llevó al legislador a prever el mecanismo de la homologación judicial como garantía judicial de esta clase de resoluciones.

La homologación de las decisiones de los Defensores de Familia por parte de un Juez especializado en la misma materia constituye un control de legalidad diseñado con el fin de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que se hubiere podido incurrir por parte de la autoridad administrativa. Aunque el trámite de la homologación tiene por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, al juez le está vedado examinar el fondo de la decisión. Contra la sentencia de homologación no procede recurso alguno (C. del M., art. 63)."

Igualmente, en sentencia T-293 de 1999, esta Corporación señaló que la homologación "es un control de legalidad sobre la actuación adelantada por los funcionarios del ICBF, instituido para garantizar los derechos sustanciales y procesales de los padres de los menores, o de quien los tenga a su cuidado.

El procedimiento regulado por la ley, que debe seguirse con el fin de adoptar medidas de protección a favor de los menores en situación de abandono o peligro, se desenvuelve en dos fases bien diferenciadas como son: la actuación administrativa cumplida ante las autoridades del Instituto de Bienestar Familiar y la homologación que, eventualmente, debe surtirse ante el juez de familia, como lo indica el art. 64. El debido proceso, por consiguiente, se desenvuelve de una parte en sede administrativa y de otra con la intervención judicial, en virtud de la cual se surte el trámite de la homologación de la decisión adoptada por las autoridades del I.C.B.F."

Con todo, más recientemente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en sentencia de 30 de junio de 2005, refleja una posición más clara en el sentido que la actuación del juez de familia que decide la homologación de una resolución de adoptabilidad implica no sólo la verificación del procedimiento administrativo sino también la garantía y protección del interés superior del niño, la niña o el adolescente involucrado, así como los derechos de los familiares. En este orden de ideas, el Tribunal manifestó:

“el juez de familia como ejecutor de la función de policía que debe ejercer el Estado para la protección de los derechos de los menores, debe en virtud de la homologación, ir más allá de la simple revisión del cumplimiento de los requisitos del debido proceso y las exigencias del trámite administrativo, y debe hacer una revisión de los requisitos sustanciales de asunto, esto es, establecer si la decisión no viola derechos fundamentales de los menores sometidos a la decisión, o lo que es lo mismo, establecer si la medida adoptada es oportuna, conducente y conveniente según las circunstancias especialísima que rodean al niño”.

Esta última regla jurisprudencial se traduce en que la competencia del juez de familia no se limita a que se cumplan las reglas procesales sino que también le permite establecer si la actuación administrativa atendió el interés superior del niño, la niña o el adolescente en proceso de restablecimiento de derechos y, por esta vía, también tiene el deber de ordenar las medidas que considere necesarias para el efectivo restablecimiento de los derechos del menor de edad.

Adicionalmente, al leer el contenido de las normas citadas, se observa que, si bien el artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece como autoridad competente en materia de restablecimiento de derechos a los Defensores de Familia, y que, por tanto, podría argüirse que sólo esas autoridades están facultadas para tomar decisiones sobre la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, lo cierto es que el mismo estatuto otorga potestades y competencias al Juez de Familia con igual objeto. Ello se refleja no sólo en lo explicado en precedencia, sino también en el contenido del artículo 100 del Código que justamente establece la posibilidad de que incluso el juez de familia decrete la adoptabilidad. Así, teniendo en cuenta que el juez especializado tiene la virtualidad de ejercer esas funciones, ineludiblemente ello se traduce en que su función en el proceso de homologación no se restringe a un mero control sobre las formas y el procedimiento de la actuación administrativa, incluso cuando no llega en aplicación del artículo 100, sino del artículo 108, es decir, en el evento en que exista oposición a la resolución de adoptabilidad.

Ahora bien, se hace necesario aclarar también que cuando el asunto llega a manos del Juez de Familia, por cualquiera de las aludidas vías, adquiere la característica de ser un asunto bajo control, de tal manera que el hecho de ser una actuación de única instancia y que no admite recurso no le resta legitimidad ni puede considerarse violatoria del derecho de defensa como garantía del debido proceso. En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-228 de 2008 M.P.

Jaime Araújo Rentarúa al declarar exequible el parágrafo segundo del artículo 100 referenciado, bajo las siguientes consideraciones:

“el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección especial que debe dispensarles el Estado, además de la familia y la sociedad, exige celeridad, oportunidad y eficacia en el desarrollo de las actuaciones estatales y la adopción de las decisiones correspondientes. Por ello es razonable que la expresión demandada señale los términos mencionados para resolver tanto la actuación administrativa como el recurso de reposición que procede contra dicha resolución.

En el mismo sentido, también es razonable que si el funcionario administrativo competente incumple esos términos, el legislador disponga un mecanismo sustitutivo que permita resolver la solicitud formulada, la investigación oficiosa o el recurso de reposición en las citadas condiciones de celeridad, oportunidad y eficacia, y para tal efecto su asignación a la jurisdicción especializada es claramente adecuada. Ante ella, como está contemplado en las normas procedimentales respectivas, los interesados podrán hacer valer sus derechos y ejercer el derecho de defensa.

Por consiguiente, dicha expresión no vulnera el derecho de defensa consagrado en el Art. 29 de la Constitución y será declarada exequible, por el cargo planteado.” (Negrillas fuera de texto)

En ese sentido, se tiene que el juez natural, en el marco del proceso de homologación, la función de control de legalidad de la resolución de adoptabilidad va más allá de la verificación del cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento administrativo. Es así, que con presentarse la oposición por parte de los padres o de los familiares o con el incumplimiento de los términos por parte de las autoridades administrativas competentes, el asunto merece la mayor consideración y adecuado escrutinio de la autoridad judicial con el fin de que exista claridad sobre la real garantía de los derechos fundamentales del niño, la niña o el adolescente involucrado y de su interés superior.

4.6. LA REGLA CONSTITUCIONAL SEGÚN LA CUAL LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS SON SUJETOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA, QUE SE FUNDA EN EL CARÁCTER SUPERIOR Y PREVALENTE DE SUS DERECHOS E INTERESES.

En el marco normativo internacional los principios de protección especial de la niñez y preservación del interés superior de los niños para asegurar su desarrollo integral, se encuentran consagrados en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia⁴⁹.

Entre ellos resalta la Corte, en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; y en el artículo 3-2, establece que *“los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que *“todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*.

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y

49 Ello es de especial importancia por cuanto, según ordena el artículo 44 de la Carta Política, los niños “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia” – es decir, el Constituyente incorporó expresamente al ordenamiento interno los mandatos protectivos de la infancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia; tal mandato armoniza con lo dispuesto en el artículo 93 superior, de conformidad con el cual “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconoce los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. En el mismo sentido, el artículo 19 del Código del Menor dispone que “los convenios y tratados internacionales ratificados y aprobados de acuerdo con la Constitución y las leyes, relacionados con el menor, deberán servir de guía de interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código.”

dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior de los niños como su principal criterio de orientación. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”*, y que *“todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*.

Pero de otro lado, existe una preocupación grande por la garantía que la comunidad internacional presta a los niños para que puedan disfrutar de manera plena su infancia. Así lo deja entrever también la Organización Internacional UNICEF, en el informe sobre el estado mundial de la infancia 2006 titulado *“Excluidos e invisibles”* publicado en diciembre de 2005, que dice:

“Las vidas de millones de niños y niñas transcurren en medio de la pobreza, el abandono, la ausencia de educación, la discriminación, la falta de protección y la vulnerabilidad. Para ellos, la vida es una lucha diaria por la supervivencia.

Tanto si viven en los centros urbanos o en asentamientos rurales, corren el riesgo de no poder aprovechar su infancia, de quedar excluidos de servicios tan esenciales como los hospitales y las escuelas, sin la protección de la familia y la comunidad, y constantemente amenazados por la explotación y los malos tratos. Para estos niños y niñas, el concepto de que la infancia es una época para crecer, aprender, jugar y sentirse seguros, no significa nada.

Resulta muy difícil evitar la conclusión de que nosotros, los adultos del mundo, no estamos cumpliendo con nuestro deber de asegurar que todos los niños y niñas disfruten de su infancia.

Desde 1924, cuando la Liga de Naciones aprobó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, la comunidad internacional ha logrado alcanzar una serie de compromisos firmes en favor de la infancia, destinados a garantizar la satisfacción de los derechos que tienen todos los niños y niñas a la supervivencia, la salud, la educación, la protección y la participación, entre otros.

De todos los compromisos, el más amplio y de mayor alcance es la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por 192 países. La Convención – el tratado de

derechos humanos que más respaldo ha recibido en la historia – y sus Protocolos Facultativos describen en términos muy concretos las obligaciones jurídicas que los gobiernos tienen con la infancia. La supervivencia, el desarrollo y la protección de la niñez dejaron entonces de ser una cuestión relacionada con la caridad y se convirtieron en una obligación moral y jurídica. Los gobiernos acordaron rendir cuentas de esa obligación ante un organismo internacional, el Comité de Derechos del Niño, al que tienen que presentar sistemáticamente informes sobre la situación de la infancia”.

En el ámbito americano, la protección de los derechos de los niños ha sido objeto de un completo análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias y en especial de la Opinión Consultiva No. OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19⁵⁰ (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Siendo éstos algunos de los parámetros internacionales que fijan las conductas que deben adoptar los estados frente a la niñez, corresponde al Estado colombiano atenderlas llevando a cabo acciones en procura del bienestar de este grupo de personas y dando cumplimiento estricto a los compromisos internacionales a los que se ha obligado.

Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de

50 El artículo 19 de la Convención Americana de derechos Humanos dispone: “ Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

Nuestra Carta Política en su artículo 44 dispone, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Así la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de *sujetos de protección constitucional reforzada*, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter *superior y prevaleciente* de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les competa.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

“El artículo 44 de la Constitución Política es inequívoco al establecer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, como consecuencia del especial grado de protección que aquellos requieren, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación. Una de las principales manifestaciones de este precepto constitucional, que se enmarca en el contexto del Estado Social de Derecho y del deber general de solidaridad, es el principio de preservación del interés superior del menor, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional⁵¹ y consagrada en los artículos 20 y 22 del Código del Menor.” Dicho principio refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional,⁵² consistente en que al menor se le debe otorgar un trato

51 Ver, entre otras, las sentencias T-979/01 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-514/98 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-408/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

52 Código del Menor, artículo 20: “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”. || Código del Menor, artículo 22: “La interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor”.

53 La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que la niñez es acreedora de especial cuidado y asistencia, y dispone en su artículo 3-1 que en todos los asuntos relativos a menores de edad, las autoridades públicas y privadas deben prestar atención prioritaria a los intereses superiores de los niños. A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que los menores, dada su inmadurez física y mental, requieren especiales salvaguardas y cuidado, incluida una adecuada protección legal. Por otra parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha aplicado reiteradamente el estándar del interés superior del menor, entre otras en las decisiones de Sahin vs. Alemania (sentencia del 11 de octubre de 2001, en la cual se restringió el contacto entre un ciudadano alemán y su hija menor de edad, por considerar que dada la animadversión entre él y la madre de la niña, tales contactos irían en detrimento del interés superior de ésta última), L. Vs. Finlandia (sentencia del 30 de marzo de 2000, en la cual se aceptó una medida de protección consistente en separar a un menor de sus padres biológicos por existir acusaciones de abuso sexual y una enfermedad mental de la madre, que hacían presumir que el interés superior del menor sería satisfecho con la separación) y P., C. y S. Vs. Reino Unido (sentencia del 16 de julio de 2002, en la cual se aprobó la colocación de un niño recién nacido y su hermana en un hogar sustituto, dados los antecedentes psiquiátricos de la madre, que constituirían un riesgo para su salud y, por ende, contrariaban su interés superior).

preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.

¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular (...)

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso”⁵⁴.

La Corte ha señalado que el interés de los niños “*debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo*”⁵⁵; no obstante, ha dicho que igualmente ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para los niños, las niñas y los adolescentes en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con ellos, en especial los de sus padres. Por el contrario, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos.

Igualmente, expresa:

“El sentido mismo del verbo “prevalecer”⁵⁶ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés

54 Sentencia T-510/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

55 Sentencia T-408/95M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

superior del menor. De hecho, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual 'los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley'⁵⁷."

Las medidas del restablecimiento del derecho con miras a la adopción se enmarca entonces necesariamente dentro del referido interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes y, consiste en este caso en:

"(...) dar protección al menor garantizándole un hogar adecuado y estable en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral, no sólo en su aspecto físico e intelectual sino también emocional, espiritual y social. El fin de la adopción no es solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta. En virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad."⁵⁸.

La Jurisprudencia constitucional ha precisado, que en estos procesos se encuentran involucrados no solamente los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, sino también los de los demás miembros de la familia, los cuales se deben considerar a partir de la prevalencia que reconoce la Constitución para los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Así las cosas, es claro que tanto los derechos de los padres como de los demás miembros de la familia, por ejemplo, los abuelos en el

⁵⁷ En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que "los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención".

⁵⁸ Sentencia C-477 del 7 de julio de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

presente caso, deben ser evaluados en función de dicho interés superior.

Así, en la sentencia T-514 de 1998⁵⁹ la Corte Constitucional explicó que el concepto del interés superior de los niños consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia *“que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”*.

Se precisó en la misma oportunidad que el principio en mención:

“se enmarca en los presupuestos del Estado Social de Derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

En igual sentido, en la sentencia T-979 de 2001⁶⁰ se explicó que

“...el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

En la sentencia T-510 de 2003⁶¹ la Corte indicó, que la determinación del interés superior de los niños se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto:

“el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho

59 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

60 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

61 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

interés, que es de naturaleza real y relacional,⁶² sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

Sin embargo, en esa oportunidad se dijo que ello no excluye la existencia de criterios generales sobre los cuales los operadores jurídicos se puedan guiar al momento de determinar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares. La aplicación de estos lineamientos, proporcionados por el ordenamiento jurídico, se debe combinar teniendo en cuenta las especificidades fácticas que rodean al niño, niña o adolescente en cada caso en particular, para llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente.

Según estableció la Corte en la providencia que se cita:

“para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados -, como (ii) jurídicas - los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-”.

Por lo anterior se tiene, que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en la aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de cada niño implicado, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también, que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores de edad que requieren su protección deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, más cuando éstas afectan a los niños, las niñas y los adolescentes, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.

⁶² Sentencia T-408 del 12 de septiembre de 1995 M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.

Concluyendo, tenemos que las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que estén de por medio los niños, las niñas y los adolescentes –incluyendo a las autoridades administrativas del ICBF y a las autoridades judiciales, en especial los jueces naturales y los de tutela- en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, deben propender por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a los criterios jurídicos relevantes, y una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que los rodean. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho niño, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.

La anterior reflexión deja entrever el creciente interés que existe en el ordenamiento jurídico colombiano por una protección adecuada de los niños, las niñas y los adolescentes, especialmente, en lo que tiene que ver con su calidad de vida.

4.7. EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA, Y LA PRESUNCIÓN A FAVOR DE LA FAMILIA BIOLÓGICA.

Como se indicó anteriormente, uno de los derechos constitucionales fundamentales y prevalecientes de los que son titulares los niños y las niñas es el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Política. Este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la necesidad de preservarlo, en especial la consagración de la familia como la institución básica de la sociedad, que goza del amparo constitucional (arts. 5 y 42, C.P.); la prohibición de molestar a las personas –incluidos los niños- en su familia (art. 28, C.P.); y la protección de la intimidad familiar (art. 15, C.P.). Tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías adicionales, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos.

Las medidas estatales de intervención en la vida familiar protegida por la Carta únicamente pueden traer como resultado final la separación del niño de su familia cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir

con los cometidos básicos que le competen en relación con el niño, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico.⁶³

Esta presunción se encuentra amparada por múltiples disposiciones internacionales que obligan a Colombia; así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone, en su artículo 7-1, que los niños tienen derecho a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos en la medida de lo posible, y en su artículo 9-1, que los niños no serán separados de sus padres en contra de la voluntad de éstos, salvo que medien circunstancias que justifiquen tal curso de acción como medio para satisfacer el interés superior de los niños.

El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos 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.

Por su parte, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño expresa que, cuando sea posible, los niños tienen derecho a crecer bajo el cuidado y la responsabilidad de sus propios padres; y dispone, además, que los niños de temprana edad no podrán ser separados de sus madres, salvo que medien circunstancias excepcionales. A su vez, la *"Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional"*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986, consagra el principio según el cual la primera prioridad para un niño estriba en ser cuidado por sus propios padres, por lo cual, las medidas de protección tales como la ubicación en hogares sustitutos o adoptivos, únicamente proceden cuando el cuidado de los padres biológicos no esté disponible, o sea inadecuado.

De igual forma, el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993⁶⁴, dispone en su preámbulo que *"cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en la familia de origen"*⁶⁵. En el mismo sentido, el Código de la

63 Sentencia T-510 de 19 de junio de 2003 MP. Manuel José Cepeda

64 Ratificado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996.

65 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 de su madre 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

Infancia y Adolescencia colombiano consagra el derecho de los niños a conocer a sus padres, y a ser cuidados por ellos.

Existen ciertas circunstancias que no son suficientes, en sí mismas, para separar a un niño de su familia:

“así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentado ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los niños. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño.”⁶⁶

Es imprescindible analizar la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones familiares biológicas. Como se ha reiterado en apartes anteriores de esta sentencia, los niños son titulares de un derecho fundamental prevaleciente a tener una familia y no ser separados de ella; a su vez, la familia en tanto institución social básica es objeto de claras protecciones constitucionales, que impiden que las autoridades o los particulares intervengan en su fuero interno o perturben las relaciones que la conforman, sin que existan razones de peso previamente establecidas por el ordenamiento jurídico que así lo justifiquen, y

Humanos, entre otras en el caso de Keegan vs. Irlanda (sentencia del 19 de abril de 1994, en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

66 Sentencia T-510 del 19 de junio de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

únicamente de conformidad con el procedimiento establecido en la ley.

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

“...la condición de miembro de familia impone a quienes la ostentan claros e importantes deberes, especialmente frente a los menores de edad que forman parte del mismo núcleo familiar, y con más razón cuando se trata de los padres. Ya ha establecido en varias oportunidades esta Corte que la primera obligada a proveer la atención y los cuidados necesarios para garantizar el desarrollo integral de los niños es la familia, y que el Estado sólo deberá intervenir para proteger a los menores en forma subsidiaria, cuando la familia no esté en posición de cumplir con sus cometidos propios. Así, en la sentencia T-752 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), se estableció que corresponde al Estado asumir la obligación genérica de asistir y proteger a los niños para garantizar su adecuado desarrollo y el ejercicio de sus derechos, cuando quiera que la familia, en tanto principal obligada, no esté en condiciones de hacerlo; y en la sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), se afirmó: “si el núcleo familiar no está en capacidad fáctica de satisfacer las carencias más elementales de los niños a su cuidado, compete al Estado, subsidiariamente, asumir la respectiva obligación”. En el mismo sentido, el artículo 3 del Código del Menor establece que la protección, el cuidado y la asistencia que los niños requieren para su adecuado desarrollo corresponde en primer lugar a los padres o demás familiares legalmente obligados a proveerlos, y que únicamente cuando éstos no se encuentren en capacidad de cumplir con tal deber, será el Estado quien lo asuma, “con criterio de subsidiaridad”. // El deber primordial de la familia es el de proveer las condiciones para que los niños crezcan y se desarrollen adecuadamente como personas dignas; ello conlleva tanto la obligación de preservar a los menores de todas las amenazas que se pueden cernir sobre su proceso de desarrollo armónico, como el deber positivo de contribuir a que dicho proceso se desenvuelva con las mayores ventajas y

beneficios posibles, en términos materiales, psicológicos y afectivos."⁶⁷

Igualmente, la citada sentencia ha explicado que existe una presunción constitucional a favor de la familia biológica, en el sentido de que es este grupo familiar el que, en principio y por el hecho físico del nacimiento, se encuentra situado en una mejor posición para brindar al niño las condiciones básicas de cuidado y afecto que requiere para desarrollarse. En ella se explicó:

"esta presunción, que se deduce del mandato del artículo 44 Superior según el cual los niños tienen un derecho fundamental a no ser separados de su propia familia, y forma parte de los criterios jurídicos existentes para determinar el interés superior de menores en casos concretos, no obedece a un "privilegio" de la familia natural sobre otras formas de familia - ya que todas las distintas formas de organización familiar son merecedoras de la misma protección -, sino al simple reconocimiento de un hecho físico: los niños nacen dentro de una determinada familia biológica, y sólo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes. / En otras palabras, 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".

Dijo la Corte:

"debe precisar la Sala que en los casos de niños que han sido entregados físicamente a su familia adoptiva, la presunción a favor de la familia biológica deja de operar, puesto que es altamente probable que con los familiares adoptivos se establezcan vínculos de afecto y dependencia cuya alteración incidiría negativamente sobre la estabilidad del menor; en esto radica el carácter irrevocable de la adopción, una vez se ha consolidado el proceso respectivo. Ello no implica que los niños que se encuentran en estas circunstancias nunca

67 Sentencia T-510 del 19 de junio de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

puedan ser restituidos a su familia biológica; únicamente significa que frente a estos casos, debe evaluarse cuidadosamente si resulta más benéfico para el menor permanecer con su familia adoptiva. En otras palabras, parte integral del análisis destinado a establecer el interés superior de un menor entregado en adopción, en los eventos en que se esté debatiendo su permanencia con su familia biológica o con otro grupo familiar, consiste en determinar los efectos que puede generar la decisión en uno u otro sentido sobre la estabilidad psicológica del niño, en atención a su nivel de madurez, y al grado de solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan. Si se determina que la separación puede incidir negativamente sobre la estabilidad del menor, habrá de adoptarse la solución más apta para propiciar un desarrollo continuo y estable de su personalidad. Esta regla (...) constituye una particularización del criterio analítico (...) según el cual se deben proveer las condiciones necesarias para asegurar el desarrollo integral, armónico y estable de los niños."

Ahora bien, según precisó la Corte en la sentencia que se cita,⁶⁸ "la presunción a favor de la familia biológica únicamente puede ser desvirtuada con argumentos poderosos sobre su ineptitud para asegurar el bienestar del niño, o sobre la existencia de riesgos o peligros concretos para el desarrollo de éste". Es decir, se justificará que el Estado intervenga en un determinado grupo familiar cuando quiera que éste represente un riesgo para el desarrollo de los niños que forman parte de él por vínculos biológicos. Las condiciones y el grado en los cuales la intervención estatal en la familia es admisible se precisan en el acápite subsiguiente.

Precisó esta Corporación que, en los casos en que la familia inmediata de un niño no puede cumplir con sus funciones, el Estado adquiere ciertas obligaciones que debe ejercer **razonablemente**, no en forma mecánica y ciega a las circunstancias:

"el Estado tiene la obligación de obrar en tales casos con la mira puesta en la mejor protección del niño. Pero, naturalmente, no bajo la perspectiva de una función ciega y predeterminada, independiente de las circunstancias, sino fundada en la realidad. Es decir, la intervención estatal sólo tiene cabida en cuanto se requiera su actividad y en búsqueda de mejores condiciones que las actuales; no para desmejorar la situación del menor, ni para someterla al albur de mundos

68 Id.

desconocidos cuando el que lo rodea es adecuado a la finalidad perseguida.”

Por lo mismo, para examinar la decisión administrativa de trasladar la niña de un hogar amigo a un hogar sustituto, la Corte estableció que se debían determinar dos puntos:

“En primer lugar debe definirse si tal determinación administrativa es la más razonable, es decir, la más conveniente para la menor en referencia, consideradas las circunstancias del caso. Asimismo, deberá señalarse, en este evento, cuál es el alcance del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (artículo 44 de la C.P.).”

En esa medida, se explicó que *“cualquier cambio del núcleo familiar asignado a un menor tiene que obedecer a la protección de los derechos e intereses de éste -los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás-”*. Por eso, las autoridades que decidan modificar la ubicación familiar de un niño deben demostrar el perjuicio al que está expuesto en el medio familiar en el que se encuentra; y en este caso se probó lo contrario, pues el hogar amigo no solo había acogido a la niña sino también a su madre.

Del anterior recuento jurisprudencial se tiene, en resumen, que cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con su familia de hecho o parientes, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de esas personas, incluso si se hace con miras a restituirlo a sus progenitores. En este campo, las autoridades de Bienestar Familiar cuentan con un margen suficiente de discrecionalidad, pero al mismo tiempo deben obrar con un nivel especial de diligencia y cuidado, para evitar decisiones desfavorables que puedan incidir negativa e irreversiblemente sobre el desarrollo armónico y estable del niño afectado.

4.8. EL CASO CONCRETO.

- 4.8.1. En el presente caso, a través de la acción de tutela interpuesta por la Defensora de Familia en representación de la niña *Sofía*, se pretende la protección de su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto -considera la accionante- el Juzgado Veinte de Familia impuso una serie de correcciones que no están consagradas en la ley, desconociendo las actuaciones realizadas por el ICBF y el amparo de los derechos fundamentales de los niños, en tanto el estado que presentaba la niña al iniciarse el proceso de restablecimiento de derechos por el ICBF, reflejaba una vulneración grave de sus derechos

a la integridad física, a la dignidad, a la educación y a la alimentación, derechos que –según la accionante– la familia biológica no puede garantizar tal como lo demuestra el escaso interés que han tenido en conocer el estado emocional de la niña durante todo el proceso.

Según lo anotado, en la presente tutela, la Defensora de Familia en ejercicio de su cargo, está inconforme con el trámite realizado por el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá, respecto a las Resoluciones 90 del 29 de octubre de 2007 y la 20 del 5 de febrero de 2009, expedidas por el ICBF, mediante las cuales se declaró a la niña en estado de adoptabilidad.

La inconformidad radica principalmente, en que el Juzgado no homologó las citadas resoluciones, y por el contrario, devolvió las diligencias para que se subsanaran situaciones previas a la decisión de adoptabilidad.

Como se indicaba, el problema jurídico a resolver está encaminado a definir si de la actuación del Juez de Familia en el marco de la homologación de la resolución de adoptabilidad de *Sofía* puede derivarse la configuración de alguna causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que además se traduzca en la desatención del principio de interés superior y en la violación de los derechos fundamentales de la niña *Sofía*.

Para resolver este problema, deberá tenerse en cuenta que el artículo 108 del Código de la Infancia y Adolescencia, establece que cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, el defensor de familia deberá remitir el expediente y las alegaciones al juez de familia para que se dicte sentencia de homologación.

4.8.2. Igualmente, es necesario advertir que al momento de adoptarse la decisión que se cuestiona, se presentaron los siguientes hechos:

- 1) Las diligencias de protección de la niña *Sofía*, se iniciaron el día 27 de julio de 2007, nacida el 3 de febrero de 2004 en Bogotá, hija de *Alejandra y Antonio*.
- 2) La niña ingresó al Hospital San Blas, que posteriormente remitió a la niña al Hospital San Rafael, para su tratamiento. Se abrió la historia sociofamiliar No. 11-X-127-07 y el ICBF inició la investigación profiriéndose auto de apertura del cual fue notificado personalmente su padre. Esta institución consideró que existía alto riesgo físico y social para la niña, encontrándose vulnerados sus derechos ya que ingresó en lamentable estado de maltrato físico, emocional y desnutrición.

La Defensora de Familia avocó el conocimiento en esa fecha, iniciando un proceso de restablecimiento de derecho a favor de la niña y ordenando la citación y notificación del auto conforme a lo dispuesto en el artículo 99 del Código de la Infancia y Adolescencia.

- 3) Las valoraciones de medicina legal sobre el estado lamentable de la niña, dieron lugar a que el ICBF presentara denuncia penal en la Fiscalía General de la Nación, el día 29 de octubre de 2007, contra su padre *Antonio* y contra *Ana*, compañera de éste, por violencia intrafamiliar, que posteriormente culminó con la detención de los implicados.
- 4) Dentro de las averiguaciones realizadas por la defensora de familia del ICBF, se encontró que la madre, domiciliada en la ciudad de Santiago de Cali, había entregado el cuidado de *Sofía* al padre de la niña el día 28 de febrero de 2007, en forma voluntaria, debido que no tenía como brindarle un buen futuro, como consta en el expediente.

Posteriormente, el progenitor, residente en Bogotá, entregó a la niña al cuidado de la señora *Julia*, madre de su compañera sentimental y persona ajena a la familia.

- 5) Dentro del proceso de investigación adelantado por la defensora de familia del ICBF, obra constancia de publicación televisiva en el canal Señal Colombia y Canal Uno, el día 13 de septiembre de 2007, con el fin de que los padres de la niña se hicieran presentes, sólo vinculando al padre. Dentro del proceso inicial no se observó que se haya procurado por parte de la Defensoría de Familia la notificación personal del trámite administrativo a la señora *Alejandra*, en los términos legales que ordena el Código de la Infancia y Adolescencia.
- 6) Así las cosas, la Defensoría de Asuntos No Conciliables del ICBF, consideró que la familia no era garante de derechos y la niña requería el restablecimiento de los mismos, por lo que expidió la Resolución 090 del 29 de octubre de 2007, declarando a la niña “... **en situación de ADOPTABILIDAD**” y se definió como medida de protección, la adopción.
- 7) Una vez presentados los recursos de ley por el padre de la niña, y confirmada la decisión de adoptabilidad, el ICBF la remitió al Juzgado de Familia para su homologación. En decisión del 26 de marzo de 2008, el Juzgado 20 de Familia no homologó la decisión, por considerar que no se vinculó a la madre de la niña, violando así

su derecho a la defensa, por lo que devolvió el expediente a la defensoría de familia para que se subsanara la actuación.

- 8) En folio 289 del expediente, reposa solicitud de la Defensora de Familia a fin de homologar la decisión de adoptabilidad de la niña, indicando que se ha realizado lo pertinente para ubicar a la progenitora sin éxito alguno y que en todo momento el señor *Antonio* negó conocer su paradero. Por ello, después de agotados los medios que se tenían al alcance para vincular a la madre de la niña, el ICBF nuevamente remitió la documentación al Juzgado Veinte de Familia.
- 9) Mediante Auto del 9 de mayo de 2008, el Juzgado Veinte de Familia remitió el expediente a la Oficina Judicial para su reparto por cuanto consideró que había perdido competencia al haberse pronunciado anteriormente sobre la solicitud de homologación. En ese estado, el expediente fue remitido al Juzgado Segundo de Familia quien consideró que la decisión tomada por el Juzgado Veinte de Familia no resolvió de fondo la actuación administrativa sino que se limitó a ordenar cumplir una formalidad no sustancial, devolviéndolo al juzgado de origen.
- 10) En cumplimiento de lo anterior, el Juzgado Veinte de Familia admitió la solicitud del trámite de homologación el día 20 de mayo de 2008. Así las cosas, la apoderada del señor *Antonio* presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto que admitió la solicitud del trámite de homologación, pidiendo su revocación, aduciendo que su prohijado en ningún momento solicitó la adoptabilidad de su hija y que no se había vinculado a la madre de la niña.

El Juzgado Veinte de Familia, mediante Auto del 18 de junio de 2008 negó la revocatoria auto del 20 de mayo de 2008 por cuanto sí se había dado cumplimiento a la notificación de la madre de la niña *Sofía*, y asimismo declaró improcedente el recurso de apelación por no estar previsto en el Código de la Infancia y Adolescencia.

- 11) En este estado, la señora *Alejandra* y la señora *Carmenza*, presentaron al Juzgado derecho de petición el día 21 de julio de 2008, manifestando que nunca fueron notificadas del proceso de adoptabilidad en que se encontraba *Sofía*; así mismo solicitaron que se negara la adopción y que les fuera entregada la niña. Alegaron además, que la niña fue entregada a su padre para su cuidado por un término de cuatro meses y al concluir el mismo, la abuela viajó desde Cali a Bogotá para recuperarla y no encontró a su padre en la dirección que se conocía. Sostuvieron que algunas veces contestaba las llamadas y les informaba que la niña estaba bien pero nunca

proporcionó la dirección de su residencia. Y finalmente, afirmaron tener casa propia y que la abuela recibe una cuota económica del primer compañero de *Alejandra* e informaron las direcciones donde se pueden localizar tanto en Bogotá como en Cali.

- 12) Con base en lo anterior, el Juzgado Veinte de Familia, mediante decisión del 25 de julio de 2008, insiste en que se vincule formalmente a la madre y a la abuela de la niña, por considerarlas personas importantes dentro del proceso de restablecimiento de derechos de la niña, adelantado por el ICBF, para lo cual ordenó devolver nuevamente el proceso, con el objeto de que se realizara visita social a su residencia y estudio social y psicológico, a fin de establecer su aptitud para asumir la custodia y cuidado personal de *Sofía*.

El estudio realizado por la Trabajadora Social del Centro Zonal en Bogotá y en Cali, determinó que la madre de *Sofía*, tiene dos hijos anteriores por los que no responde ni económica ni moral ni afectivamente, a quienes dejó al cuidado del padre de ellos. Así mismo, con el estudio social realizado a *Alejandra*, se estableció que no tiene condiciones para asumir el cuidado de la niña.

Lo expresado fue corroborado en las entrevistas telefónicas realizadas por la Trabajadora Social al padre de los niños, con los niños y con la compañera del padre. En el citado estudio, también se constató que la señora *Carmenza*, abuela de *Sofía* y madre de *Alejandra*, se ha preocupado en mantener diálogo telefónico con sus nietos mayores y los visita constantemente e inclusive, según versión del padre de los hijos de *Alejandra*, la señora *Carmenza* trabajaba en una fotocopiadora y en ocasiones llevaba a la niña a las visitas.

En relación con la abuela de la niña, se observa además la existencia en el expediente de varios oficios remitidos a la defensora por los padres de la niña y de la abuela, considerando la posibilidad de visitar a la niña y solicitando información del estado de salud de la misma; en igual forma se advierte que la abuela acudió a un defensor de oficio para que la representara, solicitó información a través del Bienestar Familiar de Cali ya que no puede permanecer en Bogotá por razones de cumplimiento de su trabajo y, además, pidió le fuera otorgada la custodia de la niña. En igual forma, consta de la declaración de la abuela de la niña el interés por recuperarla.

Por otro lado, del estudio social realizado por la Trabajadora Social del ICBF, se verificó que el sitio de residencia del padre se

encuentra en precarias y peligrosas condiciones, que no son aptas para el desarrollo de la niña.

También reposa en el expediente el proceso de seguimiento que el ICBF realiza al hogar sustituto en que se encuentra la niña y el desarrollo físico, social y emocional de la misma.

- 13) El proceso es remitido nuevamente al Juzgado de Familia con las pruebas recaudadas, insistiendo en la pretensión de homologación, por no variar los motivos que dieron lugar a la decisión inicial.

El día 12 de diciembre de 2008, el Juzgado de Familia, devuelve nuevamente el proceso por considerar que se debía proceder a la expedición de una nueva resolución, en respuesta de lo cual el ICBF expide la Resolución 020 del 5 de febrero de 2009, manteniendo la declaratoria de adoptabilidad.

- 14) Sin embargo, el Juzgado de Familia procede de nuevo a la devolución del proceso al ICBF, mediante Autos de febrero 24 y 13 de abril de 2009, con el fin de que se surtieran los 20 días hábiles de plazo consagrados legalmente para que se opongán los interesados.

- 15) Finalmente, el Juzgado 20 de Familia de Bogotá, mediante fallo del 19 de junio de 2009, decide no homologar la adoptabilidad, previa intervención de la Procuradora 33 Judicial, quien solicitó *“la realización de examen psiquiátrico a la señora Carmenza, en su condición de abuela materna de la menor de edad, con el fin de determinar con una segunda mirada profesional, si la citada familiar puede cumplir un rol de protección para Sofía...”*

En la providencia, el Juzgado observó una serie de irregularidades en la práctica y valoración de las pruebas, por cuanto:

- i) se desconoció la relación del padre con la niña y la denuncia penal contra éste,
- ii) no se debatieron las pruebas de psicología practicadas a la madre y a la abuela de la niña, esenciales para la toma de la decisión;
- iii) las decisiones adoptadas por la Defensora no son resultado de un proceso lógico que se debe encausar en busca del reintegro de la niña

Por lo anterior, ordenó que se restablecieran las visitas de la niña con la abuela para fortalecer los lazos familiares, bajo la supervisión de los especialistas correspondientes.

4.8.3. De los supuestos fácticos expuestos es posible hacer las siguientes consideraciones:

El ICBF, en cumplimiento de su deber legal y constitucional de dar protección a los niños, las niñas y adolescentes que se encuentren en necesidad de protección integral, adopta las medidas pertinentes a su favor, declarándoles, en algunos casos, en estado de adoptabilidad, para protegerlos de cualquier situación de vulnerabilidad que puedan afectar su bienestar y normal desarrollo.

En esas circunstancias el ICBF, como órgano estatal competente para conocer de este tipo de situaciones, debe ser acucioso en la práctica y análisis de las pruebas sobre las cuales actúa y fundamenta su decisión, más aún si está dentro de sus obligaciones la de hacer un seguimiento exhaustivo y permanente de los niños y de las niñas que se encuentran en situaciones de riesgo y abandono y su tarea no puede ir sólo hasta señalar que el niño, la niña o el adolescente, se encuentra en tales circunstancias; de lo contrario, como ocurre en el caso que se analiza, se pone en peligro el interés superior del menor de edad.

Por otra parte, se observa claramente que el Juzgado como garante de los derechos de los niños y de las niñas, realizó el control de legalidad de los actos allegados a su consideración, los cuales fueron estudiados acuciosamente ante la situación particular del presente caso. Lo anterior es comprensible, dada la importancia que su decisión tiene en un tema tan trascendente como es el de la homologación de una resolución de adoptabilidad, más aún cuando el paso siguiente conlleva a que el niño, la niña o el adolescente sea separado de su familia de origen, con las consecuencias que tal decisión acarrea.

Con la decisión tomada por el Juzgado 20 de Familia de Bogotá, considera la Defensora de Familia que se impusieron una serie de condiciones que no están consagradas en la ley, y se desconocieron las actuaciones realizadas por el ICBF, y lo dispuesto en los artículos 102 y 119 de la Ley 1098 de 2006.

Dice además, que se violó el debido proceso al someter el proceso a reparto, causando con ello una injustificada demora. Agregó, que el juzgado tramitó y resolvió un recurso contra el auto del 28 de mayo de 2008, que admitió la solicitud de homologación, presentado por el progenitor de la niña. En igual forma, el ICBF sostiene que con la anterior decisión se están violado los artículos 29 y 44 de la Constitución Política y vulnerando los derechos fundamentales de la niña *Sofía*.

Con fundamento en lo expuesto esta Sala analizará en primer lugar si la presente acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia y, paso seguido, si se presenta alguna de las causales específicas de procedibilidad alegadas por la accionante. Veamos:

4.8.3.1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela:

- 1) La Sala considera que el asunto bajo examen tiene una evidente relevancia constitucional.

Con el estudio del presente caso esta Sala pretende resolver un problema jurídico que tiene como fondo la vulneración de derechos fundamentales de una niña que además de ser sujeto de especial protección constitucional, ha sido víctima de maltrato intrafamiliar, abandono y desnutrición. La actuación que se revisa tiene como génesis un proceso de restablecimiento de los derechos de la niña a la integridad física, a la alimentación y a la educación.

En la medida que la Defensora de Familia, accionante en el presente proceso de tutela, alega que el juez acusado dejó de proteger los derechos que se pretendían restablecer, se hace evidente la relevancia constitucional del asunto.

- 2) Inexistencia de otro mecanismo judicial idóneo.

La acción de tutela está dirigida contra la decisión de no homologación dictada por el Juez Veinte de Familia de Bogotá. Según el artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el proceso de homologación de las resoluciones de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes es de única instancia, no existiendo entonces otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados ni para controvertir la providencia acusada.

- 3) Se cumplió el requisito de la inmediatez⁶⁹.

La acción de tutela fue interpuesta dentro de un término oportuno, justo y razonable. En efecto, la sentencia reprochada en esta oportunidad fue proferida el 19 de junio de 2009 y la acción de tutela fue instaurada el 21 de agosto de ese mismo año. Eso significa que la accionante acudió a la jurisdicción constitucional dentro de los dos meses siguientes de haberse proferido la decisión judicial que considera contraria a sus derechos fundamentales.

⁶⁹Sobre las razones para exigir la inmediatez como un requisito de procedencia de la tutela contra sentencias cabe recordar lo expuesto por la Sala Sexta de Revisión en sentencia T-095 de 19 de febrero de 2009 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

- 4) La peticionaria alega presuntas irregularidades que, de comprobarse, tienen un efecto decisivo en la sentencia pues, evidentemente, con una decisión contraria a la no homologación, hubiera quedado en firme la resolución de adoptabilidad de la niña *Sofía*.
- 5) La simple lectura de los antecedentes de esta sentencia muestran que la solicitud de tutela identifica plenamente tanto los hechos que generaron la supuesta vulneración como los derechos que considera vulnerados: los derechos al debido proceso, a la integridad física, a la alimentación y a la educación de la niña y, en general, la violación del principio de interés superior. De esta forma, también se cumple este requisito de procedencia de la acción de tutela.
- 6) Finalmente, es evidente que el presente asunto no pretende discutir una sentencia de tutela.

Cumplidos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, la Sala procede a estudiar si la sentencia proferida por el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá en el proceso de homologación de la resolución de adoptabilidad dictada por el ICBF, incurrió en alguno de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4.8.3.2. Presencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

1) El Juez Veinte de Familia de Bogotá no incurrió en defecto fáctico.

Para analizar el asunto, se tiene en cuenta que esta Corporación ha precisado específicamente que se vulnera el debido proceso y se configura el requisito específico de procedencia de la tutela contra sentencia judicial por derecho fáctico, cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte, los valora de manera arbitraria, irracional y caprichosa o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión.⁷⁰

Alega la Defensora de Familia que el Juez de Familia omitió el estudio de pruebas relevantes para la homologación de la resolución de adoptabilidad de la niña *Sofía*. Señala la accionante que las pruebas aportadas al proceso demuestran el estado de abandono y maltrato de la niña así como la falta de la idoneidad de la madre y de la abuela para hacerse cargo de su cuidado, por tanto, el haber sido ignoradas

⁷⁰ Ver sentencia C-590 del 8 de junio de 2005.

por el juez se traduce en un defecto fáctico que vulnera además sus derechos fundamentales y contraría el interés superior de la niña.

De las consideraciones de la providencia de 19 de junio de 2009 mediante la cual el juez Veinte de Familia negó la homologación de la resolución de adoptabilidad, se lee:

“Es asunto de importancia verter a este escenario, que acorde con el artículo 101 del Código de la Infancia y la Adolescencia, es imperativo que las resoluciones como la que es objeto de homologación, contengan además de la síntesis de los hechos que le sirven de base un examen crítico de las pruebas y los fundamentos jurídicos de la decisión.”

Asunto de cardinal importancia es lo concerniente con el examen crítico de las pruebas, las cuales deben analizarse atendiendo los principios científicos de la sana crítica, porque de dicho análisis depende que aflore la motivación que se tiene para tomar una decisión de dicho talante.

La resolución 020 de 5 de febrero de 2009, con la cual se ratificó las resoluciones 90 y 096, por medio de la cual confirmó la declaratoria de adoptabilidad de la niña SOFÍA, la decisión allí contenida fue basada en un informe de psicología realizado a la madre y a la abuela de la menor, en el que se concluyó la no idoneidad de éstas para ejercer el cuidado de la mencionada niña.

El despacho para desatar esta homologación, debe tener en cuenta el conjunto de pruebas que se practicaron en la actuación administrativa para restablecer los derechos de la menor SOFÍA, sin el menoscabo de los derechos de defensa y contradicción les asiste a los involucrados en el asunto.

El estudio psicológico realizado a la madre y a la abuela de la menor, y que fue piedra angular para la decisión que hoy se estudia para su homologación, no fue puesta en conocimiento de los interesados para que estos pudieran debatir, y en este punto el despacho acoge los argumentos de la Procuraduría de Familia, en el sentido de que a tal evaluación y concepto, debió dársele el trámite de un dictamen pericial y habersele corrido traslado a las partes para que dentro del término lo hubieren podido objetar, aclarar o complementar, conforme las reglas del procedimiento civil.

Así mismo el mismo profesional que elaboró el concepto señala que las afirmaciones que contiene deben considerarse como hipótesis que se deben validar con otros datos obtenidos por medio de entrevistas y la aplicación de otras pruebas específicas.

Es incuestionable que para declarar en situación de adoptabilidad a un menor, se requiere que esté debidamente demostrado la situación irregular en que se encuentra, y que el ente encargado de así declararlo, previo a tomar una decisión de tal magnitud, agotó todos los recursos que tenía a su alcance, dentro del marco de sus funciones para propender por el reintegro de la menor al seno de su familia.

Cuando una providencia administrativa se encuentra debidamente detallada en lo que respecta a los hechos, indagada en lo que alude al decreto y práctica de pruebas y finalmente motivada a la luz de las normas de la constitución y de la ley, no puede ser cuestionada ni calificada como vía de hecho.

Concluyendo, las decisiones adoptadas por el Defensor de Familia, no son el resultado lógico de un proceso que escatimó esfuerzos en buscar el beneficio de la menor, propendiendo por la continuidad del lazo filial, por lo que la resolución de adoptabilidad no será homologada por este Estrado Judicial, y por el contrario el Defensor de Familia a cargo de esta actuación administrativa de manera inmediata debe encauzar su actuación en busca del reintegro de la menor, bien sea a la madre de esta o en su defecto con la abuela, verificando las demás pruebas recomendadas por el psicólogo tratante, analizando las pruebas en su conjunto, inclusive las aportadas por los padres de la menor y su abuela y sobre todo dando publicidad a sus actuaciones.

Se ordenará que se restablezcan las visitas de la abuela con la menor para que se puedan restablecer los vínculos familiares entre ellos, bajo la asesoría de los especialistas correspondientes."

Estima la Sala, que tanto las actuaciones como la decisión adoptada por el Juez de Familia son el resultado de una apreciación razonable tanto de los aspectos procedimentales como sustanciales de las pruebas aportadas, no observándose que fueran tomadas en forma caprichosa como sostiene la accionante, y, por el contrario, se encuentra que las mismas no fueron suficientes para homologar la adoptabilidad.

En cuanto a las pruebas aportadas relacionadas con el estado de maltrato y abandono, se observa que a pesar de existir claridad sobre esa situación irregular, lo cierto es que el Juez, por virtud del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, sostuvo que la adopción debía entenderse como el último mecanismo que puede adoptarse entre las distintas opciones que contempla la ley para

restablecer los derechos de los niños en este tipo de situaciones de vulnerabilidad.

Así, consideró el Juez Veinte de Familia, sin olvidar la situación de maltrato y abandono de Sofia, que el ICBF, dentro de sus funciones constitucionales y legales, como parte del proceso de restablecimientos de derechos de la niña debía agotar todos los medios a su alcance y contemplar la existencia y vincular a la familia extensa con interés de hacerse cargo de la niña, como es el caso de su abuela materna quien a partir de su vinculación al proceso ha manifestado esa intención.

Esta Sala encuentra que el juez, actuó con base en las pruebas aportadas por el ICBF, pero, advirtió la ausencia de otras relevantes y trascendentales para la legalidad de una decisión de adoptabilidad, es decir, para que sea una real medida de restablecimiento de derechos y no una medida contraria al interés superior de la niña. Se observa que, tal como lo estableció el juez de familia, se desconoció principalmente la existencia de familia extensa y se omitió la vinculación y la investigación mínima sobre el posible interés de miembros de la familia de la niña que podrían estar interesados en hacerse cargo de ella y de garantizarle sus derechos.

Otro hecho relevante se relaciona con la tutela presentada por la señora *Carmenza*, contra el ICBF, para que se cumpliera con lo dispuesto por el Juzgado Veinte de Familia en el sentido de no dilatar más las visitas con su nieta, mientras se adelantan los trámites para solicitar la custodia de la niña. Si bien el juez de instancia mediante fallo del 14 de diciembre de 2009, no concedió el amparo y que la Sala Segunda de Selección de la Corte Constitucional, en auto del 19 de febrero del presente año, la excluyó de revisión (expediente T-2'540.725), con la interposición de la acción de tutela, se demuestra el interés que manifiesta la señora *Carmenza* en recuperar a su nieta.

En relación con los resultados de las pruebas psicológicas practicadas a la madre y a la abuela de la niña que dieron como resultado su falta de idoneidad, que, según la accionante, el Juez los omitió, se verifica que, por el contrario, éste advirtió que en dichos conceptos el psicólogo que los suscribió aclaró que los mismos debían complementarse con otros exámenes y datos por lo que no podían entenderse como definitivos. Adicionalmente sostuvo que las personas que fueron objeto de dichas pruebas no tuvieron oportunidad de controvertirlas por lo que no podían ser éstas el fundamento para la declaratoria de adoptabilidad, sobretodo en garantía del debido proceso.

Por ello, se consideró el informe presentado por la Procuradora 33 Judicial de Familia y de la recomendación de realizar un examen psiquiátrico a la señora *Carmenza*, en su condición de abuela materna de la menor de edad, con el fin de determinar con certeza, si puede cumplir un rol de protección para *Sofía*, como la única garante de la custodia y cuidado de la niña, y además, determinar si las circunstancias descritas han podido superarse antes de adoptar las decisiones pertinentes.

Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión consideró necesario solicitar al Instituto de Medicina Legal realizar un examen psiquiátrico adicional a la señora Rosalía que, como ya se observaba, dio como resultado ser una persona apta para asumir el cuidado de la niña *Sofía*.

De tal manera que, el Juez, lejos de haber actuado sin suficientes elementos probatorios, identificó la ausencia de pruebas esenciales para determinar que la adoptabilidad sí era la medida correcta. Así, pensando en el interés superior de la niña, decidió no homologar las resoluciones de adoptabilidad al no encontrar pruebas suficientes que condujeran a una decisión contraria.

En ese orden de ideas, debe concluirse que en el presente caso no se reúnen los elementos señalados por la jurisprudencia para la configuración de un defecto fáctico y sí, en cambio, se verifica una decisión razonable y garante de los derechos de la niña a no ser separada de su familia y a que las decisiones que le conciernen atiendan su interés superior.

2) El Juez Veinte de Familia no incurrió en defecto procedimental

La accionante afirma en su escrito de tutela que el Juez demoró irrazonablemente la decisión al no haber aceptado su competencia desde un principio y al haber devuelto reiteradamente el asunto sin justificación y por fuera del procedimiento establecido, incurriendo en un defecto procedimental.

Como se explicaba en las consideraciones de la presente providencia, la jurisprudencia constitucional ha entendido que, en general, el defecto procedimental es aquel que se origina en "*una manifiesta desviación de las formas propias del juicio que conduce a una amenaza o vulneración de los derechos y garantías de alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo.*"⁷¹

71 Sentencia SU-1132 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Entre otras es posible consultar las sentencias T-008, T-567 de 1998, T-784 de 2000, T-408 y T-819 de 2002 entre otras.

2.1. En relación con la devolución del expediente en dos ocasiones para que se cumplieran requisitos legales previstos para la declaratoria de adoptabilidad, es necesario hacer referencia a las siguientes disposiciones:

Establece el artículo 107 del Código de la Infancia y la Adolescencia que *“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 (...)

A su vez, el artículo 108 del mismo estatuto, dispone: *“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el párrafo primero del artículo anterior, **el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.**”*

Además, el artículo 123 del Código, señala: *“La sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano; producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil.*

Si el juez advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane.

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

De tal manera, el procedimiento de restablecimiento de derechos dirigido a la declaratoria de adoptabilidad es entonces una actuación de carácter administrativo pero que bajo ciertas condiciones puede ser decidida o avalada por un juez de familia. Una vez se emita la resolución de adoptabilidad por parte del Defensor de Familia, y ésta sea objeto de oposición por los familiares del menor de edad involucrado, se habilita la actuación judicial de control para decidir la homologación de dicha decisión administrativa. El control judicial le permite al juez de familia devolver el expediente al defensor de familia cuando advierta la omisión de alguno de los requisitos legales.

La Corte observa que en el presente caso se evidencia que la tardanza aducida por la accionante corresponde principalmente a las devoluciones hechas por el juzgado al encontrar irregularidades en el proceso de la práctica y valoración de las pruebas recaudadas por el ICBF dentro del proceso de protección adelantado a *Sofía*, así como la no vinculación de la madre y, en especial, de la abuela, requisitos éstos consagrados en los artículos 99, 100 y 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Lo anterior, encuentra fundamento en que una determinación como la que se estudia, debe antecederse del agotamiento de todos los recursos que sean del caso para llegar al convencimiento de que la adoptabilidad es lo más adecuado de acuerdo al interés superior de la niña, dada la afectación que ésta implica para ella y para sus familiares. Todo lo expresado, como desarrollo de los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.

Por lo anterior, esta Sala estima que el juez natural sí observó el procedimiento establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, y, además, actuó en protección de los derechos fundamentales de la niña cumpliendo sus funciones constitucionales y legales, pues todas las devoluciones se basaron en el artículo 123 del Código de la Infancia y la Adolescencia que le permite al Juez de Familia devolver el expediente al Defensor de Familia cuando advierta la omisión de alguno de los requisitos legales.

Lo anterior se ve reflejado en la argumentación del Juez en las distintas ocasiones en que devolvió el expediente. Así en providencia de 26 de marzo de 2008 (folio 264 del cuaderno de pruebas No. 2) indicó:

“Dentro del trámite no se observa que se haya procurado por parte de la Defensoría de Familia la notificación personal del trámite administrativo a la señora ALEJANDRA, en los términos legales ordenados tanto por el Código de Procedimiento Civil como por el Código de la Infancia y la Adolescencia.

A folio 180 obra constancia de la transmisión de los datos y fotografía de la menor SOFÍA, con a cual no se entiende satisfecha la notificación personal a su progenitora, toda vez que, en ningún momento se adelantó diligencia alguna para ubicar a la señora ALEJANDRA dentro del trámite administrativo, ni indagar por su paradero, ya que puede afirmarse que el señor ANTONIO tenía conocimiento del lugar de su domicilio, como se constata sin mayor esfuerzo según el documento aportado al expediente y obrante a folio 234 en el que figura la dirección de domicilio y residencia de la progenitora de la menor en la ciudad de Cali (Valle).

Conclúyase entonces, que dentro del trámite administrativo adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se está vulnerando el Derecho de Defensa y Debido Proceso a la progenitora de la menor SOFÍA señora ALEJANDRA.

Ante estas circunstancias, no se homologará la Resolución No. 90 de fecha 29 de octubre de 2007, por lo que se ordenará en consecuencia la devolución de la actuación para que se subsane la actuación, esto es, vinculando en debida forma a la progenitora de la menor para la protección de su Derecho de Defensa, evitando la vulneración del Debido Proceso en el curso del trámite de Homologación.”

Luego, en providencia de julio 28 de 2008, el Juez Veinte de Familia de Bogotá devolvió de nuevo el expediente teniendo en cuanta un escrito allegado y suscrito tanto por la madre como por la abuela de la niña en el que manifiestan haberse enterado de todo el proceso sólo el 20 de julio de ese año y solicitando el reintegro de Sofia con ellas. El Juez señaló:

“Superada la irregularidad administrativa, como quiera que se dio cumplimiento a lo ordenado respecto de la notificación de la progenitora Alejandra (...) previo a proferir el fallo que en derecho corresponda, y teniendo en cuenta que la madre y la abuela materna de la menor SOFÍA presentaron escrito que antecede, manifestando que hasta el día 20 de Julio último se enteraron de la situación en que se encuentra Sofia solicitan que les sea entregada la menor. En aras de proteger y garantizar los derechos fundamentales de la menor, entre ellos el derecho a tener una familia y a no ser separada de ella, es que este Juzgado considera pertinente que se adelantes las actuaciones que se requieran a fin de vincular a la madre de la menor señora ALEJANDRA y a la abuela materna CARMENZA para que por intermedio de la Defensoría de Familia se realice visita social a la residencia de las mencionadas en la dirección aportada (...) a fin de determinar las circunstancias y calidades habitacionales de la progenitora y abuela materna.”

Finalmente, el 19 de junio de 2009, el Juez Veinte de Familia de Bogotá realiza estudio de fondo sobre la homologación, decidiendo negarla.

Se observa entonces que las dos devoluciones realizadas por el Juzgado accionado no tuvo por objeto dilatar el asunto sino que, con fundamento en el artículo 123 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se subsanara la omisión de requisitos legales que, en esta ocasión, se relacionan con la debida notificación y vinculación de la madre y la abuela materna de la niña.

2.2. En cuanto a la actuación del Juez de no haber aceptado en una ocasión la competencia del asunto luego de que se devolviera por primera vez el expediente mediante providencia de 26 de marzo de 2008, debe decirse que éste, en providencia de mayo 9 de 2008, motivó dicha decisión en que ya había proferido *“la decisión de fondo correspondiente”*⁷². Mediante oficio de 12 de mayo de 2008 remitió el expediente a la oficina judicial de reparto⁷³, que, a su vez, asignó el asunto al Juzgado Segundo de Familia de Bogotá⁷⁴. Este último despacho judicial consideró en Auto de 22 de mayo de 2008⁷⁵, que en la providencia de 26 de marzo de 2008, el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá *“no resuelve la actuación administrativa de manera sustancial, sino que se ordena cumplir una formalidad de aspecto procesal”*, razón por la cual ordenó remitir las diligencias a ese Juzgado para que decidiera sobre las mismas. En virtud de lo anterior, el 28 de ese mismo mes, el Juez Veinte de Familia de Bogotá dispuso admitir la petición de homologación⁷⁶.

De lo expuesto, se observa, en primer lugar, que el Juez Veinte de Familia motivó su declaratoria de incompetencia en que ya había tomado una decisión sobre el asunto. Independientemente de las consideraciones que puedan hacerse sobre la validez de sus razones, lo cierto es que no se refleja un ánimo de dilatar el proceso ni una negligencia en su decisión. La posibilidad de que un juez se declare incompetente sin que pueda considerarse una forma de dilatar los procesos o una falta de diligencia, encuentra fundamento en que la ausencia de competencia es una causal de nulidad de los procesos, según lo dispone el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. Tanto así que ese mismo estatuto establece el procedimiento para resolver los conflictos de competencia que puedan presentarse entre distintas autoridades judiciales (artículo 28).

72 Ver folio 292 del cuaderno de pruebas No. 2

73 Ver folio 293 del cuaderno de pruebas No. 2

74 Ver folio 294 del cuaderno de pruebas No. 2

75 Ver folio 295 del cuaderno de pruebas No. 2

76 Ver folio 307 del cuaderno de pruebas No. 2

En segundo lugar, el tiempo transcurrido entre la no asunción de competencia por el Juez Veinte, el 9 de mayo de 2008 y la admisión del mismo el 28 de mayo, sólo es de 20 días y, se tiene, que una vez el Juzgado Segundo consideró que éste no había perdido competencia al haber proferido la providencia de 26 de mayo de ese año -mayo 22-, casi de manera inmediata, seis días después, aceptó su competencia y admitió el asunto.

De manera que, al no encontrarse demostrado que el Juez Veinte de Familia de Bogotá actuó negligentemente o con la intención de dilatar el proceso al haber devuelto el asunto a la oficina de reparto por no considerarse competente, esta Sala no declarará la existencia de un defecto procedimental en este punto. Esto, además, por justificarse su actuación en las normas procesales vigentes.

3) El Juez Veinte de Familia no incurrió en defecto orgánico

El ICBF, a través de la Defensora de Familia, alega en ejercicio de la acción de amparo que el Juez de Familia actuó por fuera de sus competencias al devolver en varias oportunidades el asunto y al ordenar la reanudación de las visitas de la abuela a la niña, pues ello sobrepasa la función de control de legalidad a él otorgado por los artículos 108 y 123 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

3.1. En cuanto al primer argumento relacionado con las dos ocasiones en que el Juez devolvió el expediente al Defensor de Familia, debe aclararse que va dirigido a alegar un defecto de procedimental y no orgánico, que, además, ya fue estudiado y descartado en el punto 2.1. del aparte anterior.

3.2. Sobre la orden de reanudación de las visitas de la abuela materna a la niña, es preciso recordar el alcance de las normas relacionadas con la competencia del Juez de Familia en el marco de la homologación de la resolución de adoptabilidad, normas mencionadas y explicadas precedentemente.

Como ya se exponía en las consideraciones de la presente providencia, el alcance de la competencia de los jueces de familia en el proceso de homologación, ha sufrido una evolución jurisprudencial que recientemente ha creado como regla que la actuación del juez de familia que decide la homologación de una resolución de adoptabilidad implica no sólo la verificación formal del procedimiento administrativo sino también la garantía y protección del interés superior del niño, la niña o el adolescente involucrado, así como los derechos de los familiares. Veamos:

“el juez de familia como ejecutor de la función de policía que debe ejercer el Estado para la protección de los derechos de los menores, debe en virtud de la homologación, ir más allá de la simple revisión del cumplimiento de los requisitos del debido proceso y las exigencias del trámite administrativo, y debe hacer una revisión de los requisitos sustanciales de asunto, esto es, establecer si la decisión no viola derechos fundamentales de los menores sometidos a la decisión, o lo que es o mismo, establecer si la medida adoptada es oportuna, conducente y conveniente según las circunstancias especialísima que rodean al niño”. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, sentencia de 30 de junio de 2005).

Así, tal como ya esta Sala expresaba en precedencia, esta última regla jurisprudencial se traduce en que la competencia del juez de familia no se limita a que se cumplan las reglas procesales sino también a que la actuación administrativa sí haya atendido el interés superior del niño, la niña y la adolescente en proceso de restablecimiento de derechos.

Recuérdese además que al estudiar el contenido del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia frente al artículo 96 de ese mismo estatuto, se tiene que el legislador otorgó al Juez de Familia facultades dirigidas al restablecimiento de los derechos de los niños, no siendo los defensores de familia la única autoridad competente para decidir asuntos de adoptabilidad. En este orden de ideas, cuando se presenten los eventos que activan la competencia del Juez Especializado para conocer del asunto (artículos 100, 107 y 108), éste debe tomar todas las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos de los niños involucrados. Téngase presente también que al tratarse de una función con carácter de control, a pesar de que la decisión del juez de familia en el trámite de homologación no admita recurso alguno, la Corte Constitucional, en Sentencia C-228 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentarúa) concluyó que ello no vulnera el derecho de defensa sino que, por el contrario, se estatuye como una garantía adicional de respeto al interés superior de los niños y a los derechos de la familia del menor de edad afectado.

Ahora bien, entender de esta manera el alcance de la competencia del juez de Familia también encuentra fundamento en principios constitucionales e internacionales relacionados con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y con su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. Pero además, y especialmente, halla razón en los deberes reforzadas de las autoridades judiciales en un Estado

Social de Derecho, en el que tienen la inaplazable obligación de hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Carta Política (Art. 2 C.P.), reconociendo, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas, amparando a la familia como institución básica de la sociedad (Art. 5 C.P.)

Así, la Corte Constitucional ha dispuesto en relación con la función de administrar justicia en un Estado Social de Derecho que:

“Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.

Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos.” (Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

En el caso que nos ocupa, esta sala encuentra que el Juez actuó en cumplimiento de estos cardinales deberes constitucionales y, además, dentro del ámbito de su competencia legal. Así, se observa que el juez decidió no homologar las resoluciones de adoptabilidad proferidas por la Defensora de Familia accionante, en tanto, por una parte, no se cumplieron requisitos de tipo procesal como la notificación y vinculación de la madre de la niña y de su abuela materna. Y, además, por existir evidencia del interés de la abuela materna en obtener la custodia de Sofía. Siendo este interés el factor determinante para que la homologación fuera negada, ello con fundamento en el deber del

juez de proteger los derechos de la niña, especialmente el de no ser separada de su familia, aunque se tratara de su familia extensa.

El interés de la abuela fue también el motivo que el juez encontró para, buscando proteger los derechos de la niña, ordenar la reanudación de las visitas con el objeto de recuperar los lazos familiares, lo que garantiza su derecho a no ser separada de su familia y, por tanto, debe entenderse como una decisión conducente, oportuna y conveniente de acuerdo a las circunstancias particulares de la niña, quien, debe recordarse, vivió durante sus primeros tres años de vida con la abuela materna.

Es preciso también indicar que la Procuradora 33 Judicial de Familia, recomendó realizar un examen psiquiátrico a la señora *Carmenza*, en su condición de abuela materna de la niña, a fin de determinar con certeza, si puede cumplir un rol de protección para *Sofía*, como la única garante de su custodia y cuidado. Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses la realización de un examen psiquiátrico a la señora *Carmenza*, en su condición de abuela materna, con el fin de determinar con una segunda mirada profesional, si la citada familiar puede cumplir un rol de protección para la niña.

En oficio recibido el día 26 de febrero del presente año, firmado por la doctora Jeimy Moreno Carrillo, Técnico Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Oriente, se concluyó: *Examinada a la fecha CARMENZA, no se encuentran antecedentes ni manifestaciones actuales que correspondan a algún trastorno mental o de personalidad, que le impidan ejercer la custodia de la menor Sofía.*

Vistas las consideraciones que anteceden y el dictamen emitido por el Instituto de Medicina Legal, esta Sala concluye que el Juez de Familia actuó dentro de sus competencias al entender procedente que la Defensora de Familia agotara las herramientas que tuviera a su alcance para que los derechos de la niña y de su abuela no fueran vulnerados y para que las decisiones que se tomen sí lleven al convencimiento de que el interés superior de *Sofía* sea efectivamente atendido.

El Juez adoptó un comportamiento activo y acorde con lo debatido, observando la insistencia por parte de la abuela de la niña en obtener su custodia y cuidado, elemento de especial consideración, teniendo en cuenta que fue precisamente ella quien tuvo el rol de madre cuidando a la niña los tres primeros años de vida. Así, las medidas tomadas por el Juzgado Veinte de Familia de Bogotá no exceden la órbita de sus competencias y, por el contrario, deben ser acogidas por parte del

ICBF, y evaluadas en el entorno familiar, reanudando las visitas de la abuela con la niña, debidamente acompañadas de profesionales especializados.

Así las cosas, se ordenará a la defensora de familia que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, disponga todas las medidas necesarias para que en caso de no haberse ejecutado, se reanuden las visitas de la niña *Sofía* con su abuela *Carmenza*, acompañada de asesoría profesional, a fin de restablecer los lazos afectivos entre ambas, con el propósito de dar cumplimiento a las órdenes dadas por el Juez Veinte de Familia de Bogotá quien las dictó con fundamento en el interés superior de la niña y en el deber de protección reforzada de sus derechos.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela del 3 de septiembre de 2009, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., por las consideraciones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Defensora de Familia del Instituto de Bienestar Familiar –Centro Zonal Mártires–, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, disponga todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a las órdenes dadas por el Juez Veinte de Familia de Bogotá, especialmente las dirigidas a la reanudación de las visitas de la niña *Sofía* con su abuela *Carmenza*, por las consideraciones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, se harán las notificaciones y se tomarán las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

Jorge I. Pretelt Ch.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Humberto Antonio Sierra Porto
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Luis Ernesto Vargas Silva
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Marta Victoria Sächica Méndez
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General