

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 06 OCT 2017

ACCIONANTE: SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO – Agente
oficioso de menor de edad (SCR)

ACCIONADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR REGIONAL BOYACÁ

VINCULADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR – DIRECCIÓN GENERAL –
SUBDIRECCIÓN DE ADOPCIONES

RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00159 - 00

ACCIÓN DE TUTELA

ASUNTO A RESOLVER:

Decide el Despacho en primera instancia la acción de tutela instaurada por la ciudadana **SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO**, quien manifiesta actuar en calidad de **agente oficioso de la menor de edad**, que en adelante se identificará con las iniciales de sus nombres y apellidos: **SCR¹**, en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL BOYACÁ** e **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – DIRECCIÓN GENERAL – SUBDIRECCIÓN DE ADOPCIONES**.

I. ANTECEDENTES:

1. Pretensiones (fl. 5):

La ciudadana SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO quien señala que actúa en calidad de agente oficioso de SCR interpone acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, invocando la protección de los derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separada de ella, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso, a una identidad, a la preservación de la unidad familiar, a la seguridad jurídica y a preservar la estructura y el vínculo familiar, de los cuales es titular la menor **SCR**. Por lo que solicita se ordene al Director del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –en adelante ICBF– inscribir en el programa de adopción a la menor en cuestión, continuar con el trámite administrativo del proceso y efectuar la asignación de la niña a su favor para realizar proceso para su adopción.

2. Supuestos fácticos (fl. 1-4):

¹ Se adopta tal determinación, como medida de protección de los derechos de identidad, intimidad y buen nombre de la menor en cuestión, como quiera que se trata de un menor de edad sujeto de especial protección constitucional.

Manifiesta la agente oficiosa que el 25 de abril de 2016 confirió poder a la abogada NOHORA STELLA RUBIANO DE ULLOA, para que la representara legalmente ante el ICBF Centro Zonal Tunja Dos, en el trámite de adopción de crianza o de hecho de la menor SCR, siendo radicada con ocasión de dicho trámite la historia socio familiar **No. 399-2016** para dar inicio al trámite administrativo.

Reseña que en el mes de octubre del año 2011 se encontraba en la ciudad de Bogotá cerca de la residencia de sus hijas, en un lugar conocido como "Parque Sausalito", cuando una mujer le solicitó el favor de sostener a una bebé mientras pagaba un servicio de taxi. Ante la desaparición de la mujer en mención, momentos después constató que la menor llevaba consigo su partida de Registro Civil de nacimiento, y que aun habiendo transcurrido más de seis (6) desde entonces, la madre de la menor desapareció sin ejercer reclamo alguno sobre ella.

Advierte que con el trascurso del tiempo, tanto ella, como su esposo y sus hijas fueron tomando cariño hacia la menor, y que por dicha razón omitieron poner en conocimiento la situación ante el ICBF, decidiendo *"acogerla como hija, dándole una familia, brindándole todos los cuidados personales acordes a la edad, con mucho amor."*

Refiere que el procedimiento administrativo para el restablecimiento de los derechos de la menor, estuvo bajo el conocimiento de la Defensora Liliana Fajardo Bohórquez y posteriormente a cargo de los Defensores de Familia Julio Granados y Luis Fernando Amón. Que dentro del procedimiento se expidió la **Resolución No. 023 del 10 de agosto de 2016** en la que se dispuso, entre otras cosas, declarar en situación de vulneración de derechos a la menor, otorgar su custodia y cuidado personal a favor de la agente oficiosa y requerirla para que radicara la documentación conforme al lineamiento técnico de adopciones.

Expresa también que de manera concomitante a la anterior actuación, bajo el radicado No. 150013160003-2016-00073-00 fue promovido ante el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Tunja, proceso de privación de patria potestad siendo ella la demandante y demandada la señora SANDRA MILENA CASTIBLANCO RODRIGUEZ (madre biológica de la menor), profiriéndose sentencia el 07 de octubre de 2016, según acta No. 0256.

Señala que el ICBF Regional Boyacá, informó de manera verbal a su apoderada, que la menor se encontraba en situación de adoptabilidad, que la documentación fue remitida al Comité Regional de Adopciones, que éste no autorizó la inscripción de la menor en el programa de adopciones con fundamento en las directrices dadas por el ICBF y que por tanto, se remitió la documentación a la sede nacional para que emita concepto relacionado con la inscripción de la menor en el programa de adopción. Asevera que la anterior información le ha sido reiterada durante varios meses y que en la actualidad,

la Sede Nacional no ha fijado fecha para la realización del comité donde se estudie el caso de la menor, dilatando indefinidamente el procedimiento, sin que se le haya comunicado por escrito sobre el estado actual del mismo y las causales por las que fue suspendido, vulnerándose los derechos invocados.

Expone la agente oficiosa que en la relación con la menor se reconocen y aceptan serios lazos afectivos, que su familia le ha brindado cuidado, crianza y afecto, dentro de un núcleo familiar estructurado y funcionalmente estable, como lo verifica el psicólogo Juan Antonio Cabra Rocha, director del Área de Bienestar Universitario de la UPTC.

Arguye la agente oficiosa que con la actuación desplegada por las accionadas, se vulneran derechos fundamentales de la menor, como el debido proceso y los contenidos en los artículos 16 y 44 de la Constitución Política, como quiera que no se ha dado continuidad al trámite administrativo para inscribirla en el programa de adopción y sea le asignada para realizar proceso de adopción. Destacó la relevancia jurídica que revisten los derechos fundamentales de los niños y su observancia por parte de las autoridades.

Finalmente, recalcó que el próximo 07 de octubre se cumplen seis (6) años de estar incorporada la menor a la familia, de la cual tiene derecho a no ser separada; por lo que la actuación del ICBF debe traducirse en un beneficio y no en un perjuicio para la menor.

3. Trámite procesal surtido en primera instancia (fl. 24-25):

Mediante providencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), el Despacho dispuso admitir la presente acción constitucional, vincular dentro del trámite al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – DIRECCIÓN GENERAL – SUBDIRECCIÓN DE ADOPCIONES, ordenó las notificaciones correspondientes y decretó pruebas de oficio.

4. Respuesta de las accionadas:

4.1.-Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fl. 35-47):

Mediante escrito allegado el 28 de septiembre hogaño, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF manifestó su oposición a las pretensiones de la tutela, señalando entre otras cosas, que no se ha negado el proceso de adopción a la señora SILVIA ELENA VILLEGAS respecto de la menor **SCR**.

Expuso que en sesiones realizadas el 9 de mayo y el 8 de septiembre hogaño, se presentó ante el Comité Regional de Adopciones el proceso de adopción de la menor **SCR** por parte de la agente oficiosa, donde se manifestó que por haber incurrido la solicitante en la causal indicada en el lineamiento y para garantizar los derechos de la menor, debía revisarse el proceso por parte del Comité Consultivo Regional de Restablecimiento del Derechos y por el Comité

Consultivo Nacional de Restablecimiento, con el fin de recibir orientaciones tendientes a determinar la posibilidad de otorgar la idoneidad moral a la solicitante. La causal a que se hace referencia es la contenida en la Resolución No. 13368 del 23 de diciembre de 2016, según la cual no puede establecerse la idoneidad moral del adoptante si se ha incurrido en la omisión del deber de poner en conocimiento la situación de abandono de un menor, o se ha permitido su permanencia en el hogar, sin ponerlo oportunamente en conocimiento de las autoridades competentes.

Con fundamento en lo anterior, expuso que no es cierto que se hubiera desatendido el caso de la menor, pues el mismo ha sido tratado en tanto en el Comité de Adopciones de la Regional Boyacá, como en el Comité Técnico Consultivo Regional y el Comité Técnico Consultivo Nacional. De igual manera, resaltó que el Comité de Adopciones de la Regional Boyacá es autónomo y puede tomar la decisión o no de seleccionar las familias adoptivas y asignarlas a los menores y puede solicitar información que considere para decidir sobre el trámite de adopción correspondiente.

Recalcó la improcedencia de la acción de tutela señalando que dentro del trámite no se ha proferido acto administrativo definitivo que concrete la situación de adopción de la menor. Esbozó el marco normativo del procedimiento de adopción así como las funciones que competen a los Comités de Adopciones del ICBF, destacando que del caso de la solicitante se tuvo conocimiento el pasado **9 de mayo de 2017** cuando la Subdirección de Adopciones realizó acompañamiento virtual a la sesión llevada a cabo por el **Comité de Adopciones de la Regional Boyacá** donde se determinó devolver el proceso al Centro Zonal para que se allegaran documentos faltantes.

Señala que en sesión del **4 de julio de 2017** realizada por el **Comité de Adopciones de la Regional Boyacá**, si bien se consideró que la solicitante satisfizo los requisitos faltantes, se determinó que la misma **no cumplía con las condiciones de idoneidad moral** de acuerdo al Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, que dispone:

*"**Idoneidad moral:** Se fundamenta en el reconocimiento del ser humano como sujeto de actos libres y voluntarios, cuyos comportamientos se enmarcan en un sistema de valores. De acuerdo con lo expresado en sentencia C-814 de 2001, la idoneidad moral suficiente para suministrar un hogar adecuado y estable a un niño, niña o adolescente "(...) debe entenderse como referida a la noción de moral social o moral pública...", que connota un modelo de sociedad y de país, y no a convicciones personales. Esto es, "(...) no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético..."*

(...) "En consecuencia, la idoneidad moral debe garantizar que quienes pretenden adoptar, colombianos o extranjeros, ofrezcan al niño, niña o adolescente un entorno que posibilite y potencie su desarrollo integral acorde con los criterios éticos imperantes en nuestra sociedad.

No habrá lugar a idoneidad moral, entre otros, en los siguientes casos:

(...) Si la persona, cónyuges o compañeros permanentes han incurrido en la omisión del deber de poner en conocimiento la situación de abandono de un niño, niña p adolescente, y/o se ha permitido su permanencia en el hogar, sin ponerlo oportunamente en conocimiento de las autoridades competentes.

La idoneidad moral se establece con el estudio de las condiciones psicosociales, certificados de antecedentes judiciales (penales) y con otro tipo de certificaciones, como la historia de contravenciones o infracciones menores, además de los documentos que en el caso particular se alleguen durante la evaluación por parte del Defensor de Familia o equipo psicosocial que adelanta el trámite.”.

Expresa que con fundamento en lo anterior, se determinó presentar el caso ante el **Comité Técnico Consultivo de Restablecimiento de Derechos a Nivel Regional Boyacá** y posteriormente ante el **Comité Técnico Consultivo de Restablecimiento de Derechos a Nivel Nacional**, a cargo de la Coordinación de Autoridades Administrativas de la Dirección de Protección del ICBF, como lo dispone la Resolución No. 9198 de 2015.

Finalmente, informó que el **08 de septiembre de 2017** el **Comité Técnico Consultivo Nacional** en presencia del Subdirector de Adopciones y la Profesional enlace con la Regional Boyacá, realizó la sesión en la que se expuso el caso y *“se precisó que la disposición del lineamiento corresponde a la Sentencia de la Corte Constitucional T-129 de 2015, que indica un listado de causales para la idoneidad moral, la cual no se puede cumplir de manera exegética, sino acorde a las particularidades de cada caso, se retoman otras sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la familia de crianza, T-292 de 2004, T-129 de 2015, T-119 de 2016 y T-705 de 2016, concluyendo que las causales señaladas en el Lineamiento Técnico Administrativo para determinar el cumplimiento de idoneidad moral no deben comprenderse aisladas de las particularidades del caso, por lo que se pide analizar la situación fáctica para que esa idoneidad no afecte el restablecimiento de derechos de los niños”.* Expuso que en razón a lo anterior, se informaría a la Regional Boyacá lo analizado para que se presentara nuevamente el caso ante el Comité de Adopciones, para que de acuerdo a sus competencias tome la decisión que considere pertinente.

4.2.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Boyacá (fl. 55-64):

En informe allegado el 28 de septiembre de los cursantes, el Director (e) del ICBF Regional Boyacá solicitó negar las pretensiones invocadas. Expuso que en efecto, es cierto que el trámite invocado por la agente oficiosa corresponde a la Historia de atención No. 399 de 2016, a nombre de la menor **SCR**, que se dio lugar a la apertura de proceso de restablecimiento de derechos de la menor, decidido en Resolución 023 de 2016 y se presentó

solicitud para su adopción por parte de la agente oficiosa; siendo tramitada ante la Defensoría de Familia del Centro Zonal Tuna 2, conocida inicialmente por la Defensora Liliana Fajardo Bohórquez y luego por los Defensores Luis Fernando Hamon y Pablo Yesid López, correspondiendo el trámite en la actualidad al Defensor Luis Fernando Hamon. Igualmente, que quien conoció del proceso de preparación para la adopción fue el profesional Julio Hernando Granados.

Expuso que no es cierto que por información verbal dada a la apoderada de la agente oficiosa se le haya dicho que la menor se encontraba en situación de adoptabilidad, como quiera que de manera personal y por estrados se notificó a la actora de la Resolución de restablecimiento de derechos de la menor.

En cuanto al trámite, informó que el proceso de restablecimiento derechos de la menor y la solicitud de adopción fueron remitidos al **Comité de Adopciones de la Regional Boyacá** y fueron analizados en sesiones del **9 de mayo y 4 de julio de 2017**; decidiéndose en la primera: devolver el proceso a la Defensoría de Familia para allegar documentos faltantes y subsanar aspectos identificados en el proceso por la parte legal y de psicología. Posteriormente, en la segunda sesión se dispuso remitir el caso al **Comité Consultivo Regional de Restablecimiento del Derechos** y posteriormente al **Comité Consultivo Nacional de Restablecimiento de Derechos**, en aras de obtener las orientaciones pertinentes, como quiera que la solicitante habría incurrido en causal establecida para la **no obtención de idoneidad moral** conforme al lineamiento de adopciones, relacionada con la omisión del deber de informar ante las autoridades competentes la situación de abandono de la menor; para determinar la posibilidad de otorgar idoneidad moral a la solicitante. Ello, como quiera que fue transcurridos cuatro (4) años después de tener la niña consigo, que la solicitante informó la situación a las autoridades.

Expuso, que en sesión llevada a cabo el **17 de julio de 2017** el **Comité Consultivo Regional de Restablecimiento del Derechos** determinó remitir el caso ante el **Comité Consultivo Nacional de Restablecimiento de Derechos** para recibir orientación frente a la idoneidad moral. De igual manera, señaló que el **8 de septiembre de 2017** sesionó el Comité Consultivo Nacional respecto del caso de la menor.

Recalcó también que sobre el trámite se ha informado de manera verbal a la apoderada de la agente oficiosa, que dadas las condiciones de reserva legal del proceso, para saber sobre el estado actual del mismo debe presentar solicitudes por escrito, sin que se hubiera cumplido con dicho requerimiento. De igual manera, que como se puede verificar con las sesiones realizadas por los respectivos Comités, se ha imprimido continuidad y celeridad al trámite sin incurrir en demoras injustificadas, se han realizado acciones tendientes a determinar la posibilidad de otorgar idoneidad moral a la solicitante para continuar con el trámite de adopción y que el caso ha recibido atención

integral y oportuna por parte de la Regional y del nivel nacional, sin que se incurra en vulneración del debido proceso y garantizando los derechos tanto de la solicitante como de la menor. Además, que no se ha proferido acto administrativo decretando la suspensión del trámite, que deba ser objeto de notificación.

En cuanto al vínculo afectivo entre la agente oficiosa y la menor, advirtió que no ha sido cuestionado en ninguna de las instancias del proceso de restablecimiento de derechos ni en el trámite de adopción.

Por lo demás, informó también que se han realizado los procedimientos requeridos para los procesos de **adopción de crianza**, sin que se haya efectuado la inscripción de la menor en el Comité de adopciones, como quiera que se trata de una **adopción determinada**, en la que *"tanto la inscripción de la menor como de la solicitante deben realizarse en el mismo comité, pues de lo contrario la niña ingresaría como adopción abierta y correspondería ser asignada de acuerdo al listado de familias en espera de la Regional Boyacá."* Por tanto, para definir la controversia respecto de la idoneidad moral de la adoptante se ha acudido a instancias institucionales; y que hasta tanto dicha situación no sea resuelta, no se puede inscribir a la solicitante, pues solo es viable inscribir solicitantes y asignar niños, niñas y adolescentes cuando se cumpla el lleno de requisitos para tomar la decisión y así evaluar la procedencia de la asignación.

Finalmente, haciendo referencia al procedimiento de adopción y su reglamentación, concluyó manifestando que en el Centro Zonal Tunja 2 del ICBF se recibió la solicitud de la agente oficiosa, iniciándose trámite de adopción de crianza, previa verificación de derechos a través del restablecimiento de los mismos y la declaratoria de adoptabilidad de la menor proferida el **14 de diciembre de 2016**, procediéndose luego a la preparación de la solicitante para la adopción, la cual, una vez finalizada se remitió ante el Comité Regional de Adopciones, presentándose la solicitud ante dicho órgano el **9 de mayo de 2017**.

Advirtió que tuvo conocimiento de la decisión tomada en la sesión realizada por el **Comité Consultivo Nacional** el **8 de septiembre de 2017** que le fue remitida de manera informal "vía Link"; por lo que dispuso la presentación del caso nuevamente en ante el Comité de Adopciones que se realizará el próximo **4 de octubre de 2017**.

CONSIDERACIONES:

1. Cuestión previa: De la agencia oficiosa.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien

actuará por sí misma o a través de representante y que *"...También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa..."*, circunstancia que *"...deberá manifestarse en la solicitud..."*.

Frente a la agencia de derechos de terceros, ha manifestado la jurisprudencia constitucional que de conformidad con el artículo precitado, *"...la acción de tutela, al ser un mecanismo que primordialmente busca la defensa de los derechos fundamentales, puede ser interpuesta no solo por el titular del derecho, sino también por otra persona que actúe en su nombre y representación. Por ejemplo, un agente oficioso..."* (Negrita fuera de texto).²

Explicó la Corte Constitucional en el precitado pronunciamiento que la agencia oficiosa busca proteger a quien temporal o definitivamente no puede defenderse y que su sentido se encuentra en la eficiencia de los derechos fundamentales, pues en muchos casos, los titulares de un derecho no cuentan con posibilidades fácticas para interponer una acción de tutela. *"...Por ejemplo, por tratarse de menores de edad, interdictos, personas con afectaciones graves en su salud, o sencillamente porque carecen de posibilidades para acudir a un abogado..."*.

En este caso, la señora SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO acudió agenciando los derechos de la menor **SCR**, quien en la actualidad tiene seis (6) años de edad, y respecto de quien ostenta su custodia y cuidado personal, otorgados por el ICBF. Con lo cual, se tiene el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 10 precitado.

2. Problema jurídico:

De conformidad con los hechos narrados en el escrito de tutela y las respuestas allegadas por la accionada, corresponde al Despacho establecer si el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – DIRECCIÓN GENERAL – SUBDIRECCIÓN DE ADOPCIONES -en adelante ICBF- y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL BOYACÁ – en adelante Regional Boyacá -, vulneran o amenazan los derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separada de ella, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso, a una identidad, a la preservación de la unidad familiar, a la seguridad jurídica y a preservar la estructura y el vínculo familiar de la menor **SCR** con ocasión de la falta de inscripción en el programa de adopciones, así como de las actuaciones desplegadas en el marco del procedimiento de adopción promovido por la señora SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO respecto de la citada menor.

3. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE:

² Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2014.

3.1.- De los derechos de los niños.

"Los niños, niñas y adolescentes representan el futuro de los pueblos; en ellos están cimentadas las aspiraciones de una sociedad y las esperanzas colectivas por un mañana mejor. Tal circunstancia, sumada a las condiciones fácticas de vulnerabilidad en las que a menudo se encuentran los menores y al déficit de representación democrática que soportan, han hecho que jurídicamente se valore como sujetos de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado³.⁴ (Negrita fuera de texto)

Teniendo como referente la anterior expresión, emanada de la Corte Constitucional en múltiples de sus providencias, resulta preciso señalar que la protección jurídica de los derechos fundamentales de los niños, a lo largo de la historia ha cobrado especial relevancia no solo en los ordenamientos jurídicos internos, como en Colombia; sino en los ordenamientos jurídicos internacionales, a través de la adopción de normas tanto de derecho internacional público como de derecho internacional privado.

Al respecto, se tiene que a través de la Declaración de Ginebra de 1924 se estableció por primera vez que los niños debían ser objeto de garantías como el desarrollo normal, la alimentación, la ayuda, el cuidado y la educación. Posteriormente, en el artículo 25-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se estipuló que *"La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."*

Pese a que las anteriores normas internacionales reconocieron garantías a favor de los niños y niñas, debe precisarse que es a partir de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la que si bien, se reconocieron derechos como la igualdad, el nombre y nacionalidad, la alimentación, vivienda y atención médicos adecuados, la educación y tratamiento especial para aquellos que sufren alguna discapacidad mental o física, la comprensión y el amor de los padres y de la sociedad, las actividades recreativas y educación gratuita, el derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda, la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación y el derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal; fue allí donde se consagró el derecho a tener una **protección especial** para su desarrollo físico y que en la promulgación de leyes con dicho fin, el eje central debería ser el **interés superior del niño**.⁵ Posteriormente, a nivel internacional han sido diferentes las regulaciones expedidas relacionadas con la protección especial de los derechos de los

³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-149 de 2009 y C-468 de 2009. En la Sentencia C-149 de 2009 la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la norma que exige formación especializada para ejercer el cargo de Defensor de Familia (numeral 3º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia). Por su parte, en la Sentencia C-468 de 2009 la Corte declaró inexecutable la expresión "de doce (12) años", contenida en el artículo 127 del Código Penal, que tipificaba el delito de abandono de un menor solamente hasta esa edad, ya que la condición de menor se extiende a toda persona que no ha cumplido 18 años. Ver también la Sentencias SU-225 de 1998, T-939 de 2001 y C-507 de 2004, entre otras.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015.

⁵ Respecto del interés superior del menor, Corte Constitucional Sentencia C-683 de 2015:

niños y los deberes de la familia, la sociedad y el Estado; estando dentro de las más destacadas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Luego, en 1989 fue proferida la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada en Colombia mediante Ley 12 de 1991, se dispuso 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*". (Negrita fuera de texto.) Sobre este último, en Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño, aprobada en febrero de 2013, se reconoció su naturaleza como **derecho, principio y norma de procedimiento**.

Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno al tratamiento y relevancia que la normativa internacional ha otorgado a los derechos de los niños. Es así, que la normativa referenciada ha sido incorporada en el orden interno mediante aprobación por Ley expedida por el Congreso de la República, así como a través de la incorporación prevista en el artículo 93⁶ superior en aplicación de la doctrina del bloque de constitucionalidad.

De igual manera, con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991 se había expedido la Ley 7 de 1979, donde se estipularon diferentes garantías y normas de protección a la niñez, se estableció el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y se reorganizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Posteriormente, en la Constitución Política de 1991 en diferentes de sus disposiciones se dejó en claro el carácter fundamental de los derechos de los niños, su aplicación inmediata y su prevalencia sobre los derechos de los demás. Concretamente en el artículo 44 ibídem se dispuso:

"Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el

⁶ Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...)

ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Bajo dicha premisa, ha sido la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución, quien ha interpretado que los niños ostentan el carácter de sujetos de especial protección constitucional y ha destacado la capital relevancia que cobra el principio fundamental del interés superior del menor, manifestando al respecto:

“Debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional⁷ por ser una “población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”⁸. Lo anterior, ha permitido la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas donde el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos.

Se trata de un principio que condiciona el actuar de las personas y de las instituciones estatales y privadas al momento de la toma de decisiones en las que puedan verse afectados los niños o las niñas, ordenando valorar sus intereses como superiores⁹. En otras palabras, es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos de los menores¹⁰.

Bajo esta lógica es que la jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, “el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.”¹¹

En cuanto al **interés superior del niño** como consideración primordial a observar por las autoridades, se destaca que en Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño, aprobada en febrero de 2013, se reconoció su naturaleza como **derecho, principio y norma de procedimiento**, así:

“ (...) 6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de

⁷ Ver sentencias T-307 de 2006, T-754 de 2005, T-907 de 2004, T-143 de 1999.

⁸ Sentencia C-172 de 2004.

⁹ Sentencia T-227 de 2006.

¹⁰ Artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

¹¹ Sentencia T-907 de 2004.

aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) *Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.*

c) *Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.*

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C - 683 de 2015 expresó:

“Con esos fundamentos normativos, el principio del “interés superior del menor”, del cual se ha ocupado en numerosas oportunidades la jurisprudencia constitucional, implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral¹². Desde sus primeras decisiones esta corporación precisó que el interés superior del niño “es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad”, donde se abandona su concepción como incapaces para en su lugar reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen¹³. De esta manera, “de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades”¹⁴.

Con todo, la delimitación de lo que se entiende por “interés superior del menor” no ha sido una labor sencilla. La Corte ha afirmado que el significado de este principio, que constituye a la vez un criterio hermenéutico para dar una lectura prevalente del ordenamiento con base en sus derechos, “únicamente se puede dar desde las circunstancias de

¹² Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-019 de 1993, T-290 de 1993, T-278 de 1994, T-442 de 1994, T-408 de 1995, T-412 de 1995, T-041 de 1996, SU-225 de 1998, T-514 de 1998, T-587 de 1998, T-715 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-979 de 2001, T-189 de 2003, T-510 de 2003, T-292 de 2004, C-507 de 2004, C-796 de 2004, T-864 de 2005, T-551 de 2006, C-738 de 2008, C-149 de 2009, C-468 de 2009, T-078 de 2010, T-572 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014, entre muchas otras.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995. La Corte tuteló el derecho invocado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a la menor el derecho a visitar a su madre, reclusa en prisión, ya que el padre de la menor le impedía hacerlo. Allí también se explicó lo siguiente: “La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2004. La Corte declaró inexecutable la norma que establecía la nulidad del matrimonio celebrado por una mujer menor de doce (12) años, y executable la que establecía en catorce (14) años la edad mínima del hombre para contraer matrimonio, “siempre y cuando se entienda que la edad para la mujer es también de catorce años”. Con ello equiparó la edad mínima de ambos sexos.

cada caso y de cada niño en particular”; lo cual se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza real y relacional, es decir, que “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”¹⁵.

En un esfuerzo por sistematizar este concepto la jurisprudencia constitucional ha fijado dos clases de parámetros para identificar cuándo puede verse involucrado el interés superior del menor y con base en ellos orientar el análisis y resolución de casos puntuales: (i) las condiciones jurídicas y (ii) las condiciones fácticas.

(i) En cuanto a las condiciones jurídicas que caracterizan el interés superior del menor, se refieren a aquellas pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio pro infans). Algunas de estas son las siguientes¹⁶:

- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Como se mencionó, los derechos de los menores son, además de los derechos de toda persona, aquellos específicamente consagrados en el artículo 44 superior (vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión). De esta manera, el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.

- Protección ante riesgos prohibidos. Es obligación del Estado, pero también de la familia y de la sociedad, proteger a los menores “frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”¹⁷, lo que guarda plena correspondencia con el artículo 44 superior, en tanto exige la protección a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

- Equilibrio con los derechos de los padres. Es importante anotar que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores “no significa que sus derechos sean absolutos o excluyentes”¹⁸, sino que debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, en especial con sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza, de modo que solo ante un conflicto irresoluble entre los derechos y unos y otros la solución debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.

- Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Sobre el particular la Corte ha explicado que para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, “se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En sentido similar pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-397 de 2004, T-572 de 2010, T-078 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014.

¹⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-510 de 2003 y T-292 de 2004, entre otras.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009.

posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección”¹⁹.

- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales. En este punto cabe añadir que la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones filiales debe estar precedida de motivos suficientes, que vayan más allá, por ejemplo, de las condiciones económicas en las que se desenvuelve un menor, en especial cuando se trata de separar los vínculos entre unos y otros.

(ii) En cuanto a las condiciones fácticas, son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado. Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares “la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión”²⁰.

Los anteriores criterios han sido objeto de regulación por parte del Legislador, que a través de la **Ley 1098 de 2006** expidió el **Código de la Infancia y la Adolescencia**, en cuyo capítulo I del Libro I señaló que el estatuto *“tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.”*. Así mismo, dispuso que la norma tendría por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento y que dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

De igual manera, se determinó que las normas contenidas en el referido estatuto son de orden público, irrenunciables, de aplicación preferente, con observancia de la Constitución Política y de los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, y que serían aplicables las más favorables al interés superior del niño, respecto de todos los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana.

Así mismo, el estatuto definió principios como el de **protección integral, interés superior, prevalencia de derechos**, según el cual *“en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”*,

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009. La Corte declaró exequible el requisito de idoneidad física como condición para adoptar, previsto en el artículo 68 del Código de la Infancia y de la Adolescencia.

corresponsabilidad y exigibilidad de derechos. También fue consagrado un catálogo no taxativo de derechos y garantías a favor de los niños, niñas y adolescentes; el conjunto de obligaciones a cargo de la familia, la sociedad y el Estado y la regulación de funciones y competencias del ICBF respecto del restablecimiento de derechos de los menores y el trámite de adopción, entre otros aspectos.

3.2.- El derecho a tener una familia.

Sea lo primero, advertir que conforme a los artículos 5, 42, y 44 de la norma Constitucional, respectivamente, el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, la concibe como el núcleo fundamental de la misma y estipula que, respecto de los niños, es una garantía de rango ius fundamental, así como el hecho de no ser separados de ella. A su turno, dentro del catálogo de derechos concebidos en la Ley 1098 de 2006, se establece en el artículo 22 que *"Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación."*

Sobre esta garantía ha esbozado la Corte Constitucional²¹ que:

"(...) las normas que regulan los derechos de los menores "parten del supuesto sociológico según el cual el desarrollo armónico e integral del menor depende, en buena medida, de que crezca en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material. Por esta razón, tales disposiciones protegen de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del menor".

La importancia del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, ha explicado la jurisprudencia constitucional, radica en que su garantía es "condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta". De manera que, siendo obligación del Estado asegurar el derecho de los niños, en particular de aquellos que se encuentran en situación de abandono, "impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales".

En la reciente Sentencia C-071 de 2015 esta corporación reseñó algunos criterios a tener en cuenta para resolver conflictos asociados con el derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, en particular para establecer vínculos de filiación, por cuanto no todas las

²¹ Sentencia C-683 de 2015.

estructuras familiares están en las mismas condiciones de adoptar o educar a un menor por la sola circunstancia de encontrarse constitucionalmente reconocidas. Dijo entonces la Corte:

"6.10.- El anterior recuento jurisprudencial permite a la Sala extraer algunas conclusiones generales en cuanto a los criterios que deben ser valorados para resolver conflictos asociados al derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella; en particular para establecer vínculos de filiación, por cuanto, como se ha visto, no todas las estructuras familiares están en las mismas condiciones de adoptar o educar a un menor por la circunstancia de encontrarse constitucionalmente reconocidas:

- (...) ²² Reconocimiento del vínculo familiar. Si bien la familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política, **ello no significa que la familia de hecho o de crianza no sea también objeto de protección y reconocimiento constitucional. En esa medida, el derecho de un menor a tener una familia no significa que esta necesariamente deba ser la consanguínea o biológica, sino que también tienen cabida otras estructuras familiares (familia de crianza, familia extendida, familia monoparental, familia ensamblada, entre otras.)** (Negrita y subraya fuera de texto).
- (...) ²³ Necesidad de proteger los lazos familiares consolidados. **El Estado tiene el deber de procurar al menor la protección de los vínculos de familiaridad previamente consolidados, porque cuando se impide o dificulta la conformación de un núcleo familiar se puede originar una situación de desarraigo que puede afectar el derecho del menor a tener una familia y, por esa vía, otros derechos fundamentales. Ello supone, como es obvio, que ha de tratarse de una estructura de familia constitucionalmente reconocida. De modo que cuando un niño ha sido separado de su familia biológica y ha permanecido bajo el cuidado de un hogar distinto al punto de haber forjado vínculos de afecto con su nuevo entorno, "entonces el ámbito de protección del derecho de tal menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada hacia su grupo familiar de crianza".** (Negrita y subraya fuera de texto).
- (...) Intervención excepcional del Estado en vínculos familiares ya establecidos. **Separar a un menor del entorno en el cual se ha adaptado solo se justifica cuando existan poderosas razones que comprometan su integridad o desarrollo armónico e integral. En consecuencia, para determinar si un menor debe permanecer con su familia biológica o con otro grupo familiar es importante "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**

²² Derecho a tener una familia. Todo niño tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Sin embargo el concepto de familia no está referido solamente a la comunidad natural o biológica, sino que se puede extender para incorporar a personas no vinculadas por consanguinidad.

²³ Deber de intervención del Estado en casos de riesgo o abandono. Lo normal es que el niño nazca y crezca en el seno de una familia (biológica o consanguínea) y lo excepcional que se encuentre en situación de abandono. En ocasiones la familia "natural" o biológica no es el medio adecuado para el desarrollo integral del menor; así ocurre, por ejemplo, en caso de agresión o de abandono. En tales eventos el Estado tiene la obligación de "establecer instituciones encargadas de suplir, hasta donde ello resulte posible, las carencias que padece el menor que se ve obligado a separarse de su familia natural", donde la adopción se proyecta como la más importante medida de protección para suplir tales carencias.

solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan". (Negrita y subraya fuera de texto).(...)"

3.3.- De la adopción – procedimiento administrativo.

El actual Código de la Infancia y Adolescencia - Ley 1098 de 2006 - concibe en sus artículos 53 y 63 que la adopción es principalmente y por excelencia, una medida de protección y de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes por medio de la cual se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. De igual manera, que la autoridad competente a nivel central en dicha materia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y que podrán ser objeto de adopción los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad o aquellos cuya adopción haya sido consentida por sus padres.

En cuanto a los efectos jurídicos de la adopción, establece el artículo 64 ibídem, que: "**1.** Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo. **2.** La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos. **3.** El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio. **4.** Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil."

Así mismo, en lo que hace al procedimiento de adopción, la norma en su artículo 73 advierte que se llevará a cabo mediante programas de adopción entendidos como el conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia, que será desarrollado por el ICBF a través del Comité de Adopción en cada Regional y Agencia y las Instituciones Autorizadas por éste.

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que la adopción:

"(...) se refleja como la institución jurídica por excelencia para garantizar al menor expósito o en situación de abandono el derecho a tener una familia y no ser separado de ella²⁴. La adopción, ha dicho la Corte, "persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar."²⁵

Con esta institución se pretende suplir las relaciones de filiación de un menor que las ha perdido o que nunca las ha tenido y que, por lo mismo, se encuentra en condición jurídica de adoptabilidad, esto es, en situación

²⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1995, C-562 de 1995, T-587 de 1998, C-477 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-881 de 2001, T-360 de 2002, C-831 de 2006, C-804 de 2009, C-577 de 2011, T-276 de 2012, SU-617 de 2014

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

de ser integrado a un nuevo entorno familiar. Pero no a cualquier familia, sino a aquella en la que, en tanto sea posible, se restablezcan los lazos rotos y, sobre todo, se brinde al menor las condiciones para su plena y adecuada formación. Así, los procesos de adopción están principalmente orientados a garantizar a los menores en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico, condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales: "de ahí que la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia"²⁶.

Ese reconocimiento implica que en los procesos de adopción ha de primar el beneficio del menor, lo cual significa que el Estado tiene la obligación de asegurar que quien o quienes aspiren a hacer parte de una nueva familia reúnan todas y cada una de las exigencias de idoneidad para cumplir su nuevo rol, procurando siempre potenciar el desarrollo integral del niño.²⁷ (Negrilla fuera del texto)

Así las cosas, es evidente que la adopción, más allá de constituirse como una garantía a favor de los adoptantes para conformar una familia o tener un hijo o hija; es la forma en que se garantiza y/o materializa el derecho que le asiste a un niño, niña o adolescente a tener una familia y a no ser separado de ella, a tener una óptima calidad de vida en el seno de una familia, el derecho de tener un ambiente vital para su desarrollo integral; siempre atendiendo a la importancia del interés superior del menor.

Así, con fundamento en las facultades otorgadas en el Código de la Infancia y Adolescencia, la Dirección General del ICBF expidió **el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción** aprobado mediante Resolución No. 2551 del 29 de marzo 2016, aclarado por Resolución No. 2696 del 31 de marzo de 2016 y modificado por Resolución No. 13368 del 23 de diciembre de 2016. Documento en el cual se regula de manera integral todo el procedimiento administrativo que debe seguirse para surtir el trámite de adopción que inicia por regla general con las aplicación de medidas de restablecimiento de derechos del menor a cargo de las Defensorías Públicas de Familia adscritas al ICBF, continua con la presentación de la solicitud de adopción por parte del adoptante, la declaratoria de adoptabilidad del menor, la verificación de los requisitos legales por parte de los Comités Regionales de Adopción, quienes determinarán si se cumplen o no los requisitos y si resulta procedente la entrega del menor, para posteriormente realizar acompañamiento post adopción.

En el Lineamiento se expresa que el trámite administrativo de adopción es el conjunto de actividades mediante las cuales se adelanta, ante el ICBF o ante las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción (IAPAS), las gestiones necesarias para iniciar el trámite de adopción. Incluye

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En aquella oportunidad la Corte constató que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el interés superior de una menor, en especial su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, al aplicar la norma legal sobre irrevocabilidad del consentimiento para dar en adopción transcurrido un mes, y en consecuencia negar a su madre biológica la posibilidad de recuperar a su hija, dada en adopción en forma irregular puesto que dicho consentimiento no fue idóneo al no ser apto, asesorado e informado.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 683 de 2015

la presentación de la solicitud, acreditación de la idoneidad de los adoptantes, asignación del adoptante a un niño, niña o adolescente, las etapas de encuentro e integración, y el seguimiento post-adopción, este último posterior al trámite judicial²⁸. Igualmente, se encuentran consignados entre otros aspectos, las generalidades, conceptos, marco normativo, las estrategias que posibilitan la adopción y una **ruta del programa de adopción** constituida por **36 etapas** donde se señalan de manera específica las instancias ante las que se realiza el trámite, la orientación técnica, los tiempos de ejecución y respuesta, así como el funcionario responsable.

También establece el Lineamiento, tres niveles de la operatividad en el ICBF para llevar a cabo el proceso de adopción, asignando a cada uno una serie de funciones y competencias. Estos son, **i) Nivel Nacional** - Dirección General - Subdirección de Adopciones, que se encarga de dirigir y coordinar la organización y desarrollo del Programa de Adopción a nivel nacional e internacional, así como de recibir, analizar y refrendar la idoneidad de las familias solicitantes de adopción, colombianas o extranjeras, residentes en el extranjero y de conformar la lista de espera. **ii) Nivel Regional** - Comité de Adopciones, responsable de seleccionar las familias colombianas o extranjeras residentes en Colombia, así como de su asignación a los niños, niñas y adolescentes susceptibles de ser adoptados y **iii) Nivel Zonal** - Defensorías de Familia que son las responsables del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos en el que se declara la adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes, así como de la ruta de selección de familias en solicitudes de adopción de cónyuge, consanguíneo y legalización, cuando por organización administrativa de la Regional del ICBF se les delegue este trámite. En las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción (IAPAS), la operatividad se desarrolla a través del Comité de Adopciones, como instancia responsable de evaluar y seleccionar las familias residentes en Colombia y de su asignación a los niños, niñas y adolescentes susceptibles de ser adoptados. Este comité es también responsable de recibir, analizar y solicitar la refrendación de la idoneidad de las familias solicitantes colombianas y extranjeras residentes en el extranjero, y de su asignación a los niños, niñas y adolescentes con declaratoria de adoptabilidad.

3.4.- Del derecho fundamental al debido proceso.

El debido proceso es un derecho fundamental que encuentra consagración expresa en el artículo 29 de la Constitución Política, norma que permite su aplicación no solo dentro de los procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, al establecer que: "*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas*". La aplicación del debido proceso a las actuaciones administrativas propende por la correcta producción de los actos administrativos, así como la garantía de los fines estatales y los principios que gobiernan el ejercicio de la función

²⁸ Artículos 61 a 78 Ley 1098 de 2006

administrativa, consignados en los artículos 209 de la Constitución Política y 3° de la Ley 1437 de 2011.

Este derecho fundamental ha sido definido por la Corte Constitucional²⁹ como *"el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia."* Frente a lo cual, ha señalado dicha Corporación que *"con la garantía del derecho al debido proceso administrativo se materializan a su vez otras prerrogativas constitucionales, tales como: (i) el principio de legalidad; (ii) el acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos; (iii) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; (iv) a que no se presenten dilaciones injustificadas; (v) el derecho de defensa y contradicción; (vi) el derecho de impugnación; y (vii) la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en los procedimientos"*³⁰, entre otras. Estas garantías se interrelacionan, de tal forma que no pueden ser aplicadas de manera aislada en los procesos judiciales o administrativos, por ejemplo, el principio de publicidad constituye una condición para el ejercicio del derecho de defensa³¹.³²

Sobre este Derecho, estipula la Ley 1098 de 2006 en su artículo 26 que *"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."*

4. EL CASO CONCRETO:

Previo a abordar el estudio del caso concreto, el Despacho establecerá las circunstancias fácticas relevantes que se encuentran acreditadas, a efectos de determinar la eventual vulneración de los derechos fundamentales de la menor **SCR** por parte de las accionadas.

Como se puede corroborar de las documentales allegadas al expediente, según el proceso de restablecimiento de derechos No. 399 de 2016 a favor de la menor **SCR** visto a folios 90 y ss, se tiene que en efecto la señora **SILVIA ELENA VILLEGAS** el **14 de abril de 2016** presentó solicitud de restablecimiento de derechos respecto de la menor **SCR** (fl. 190), principalmente porque aproximadamente desde el mes de octubre de 2011 se hizo cargo de la menor, la acogió en su núcleo familiar y desea definir la situación jurídica de la misma mediante el trámite de adopción, en razón al abandono en que incurrió su madre biológica.

29. Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 2014

30. Corte Constitucional, Sentencias T-210 de 2010, C-980 de 2010, C-248 de 2013 y C-035 de 2014.

31. Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2014.

32. Corte Constitucional, Sentencia T-404 de 2014.

A partir del **14 de abril de 2016** se dio inicio al procedimiento de restablecimiento de derechos de la menor, donde se expidió la **Resolución No. 023** de fecha **10 de agosto de 2016**, y se dispuso, entre otras cosas, declarar en situación de vulneración de derechos a la menor **SCR** y otorgar su custodia y cuidado personal a la señora SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO. (fl. 9-13)

Como consecuencia del proceso judicial de privación de patria potestad promovido por la señora SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO en contra de SANDRA MILENA CASTIBLANCO RODRÍGUEZ (madre biológica de **SCR**) radicado bajo el No. 15001 31 60 003 2016 00073 00, el Juzgado Tercero de Familia del Circuito Judicial de Tunja el **7 de octubre de 2016** profirió sentencia judicial en la que dispuso privar del ejercicio de la patria potestad respecto de la niña **SCR** a su progenitora SANDRA MILENA CASTIBLANCO RODRÍGUEZ, y declarar que la patria potestad de **SCR** sería ejercida en forma exclusiva por SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO. Así mismo, se ordenó la inscripción de la anotación correspondiente en el respectivo Registro Civil de Nacimiento. (fl. 14-17, 30-31)

Posteriormente, el **24 de octubre de 2016** se le informó a SILVIA ELENA VILLEGAS que ante su solicitud de adopción **SIM 16031452** debería comparecer ante la Defensoría de Familia, llevándose a cabo el **1 de noviembre de 2016** sesión de orientación legal para el trámite de adopción. (fl. 106-107)

A partir de lo anterior, se han ejecutado diferentes etapas para llevar a cabo el procedimiento de adopción de **SCR**, tales como citaciones, entrevistas, informes psicológicos, valoración de antecedentes, estudios socio familiares, informes sociales, audiencia de fallo dentro del proceso de restablecimiento de derechos, presentación de la familia en Comité de Adopciones, llevadas a cabo entre **noviembre de 2016 y abril de 2017** (fl. 108-189, 268-282)

De las anteriores actuaciones se destaca que el **14 de diciembre de 2016** mediante **Resolución 006** proferida dentro del proceso de restablecimiento de derechos de la menor **SCR**, por la Defensoría de Familia de la Regional Boyacá se resolvió **DECLARAR en situación de adoptabilidad** a dicha menor y **DECRETAR** como medida de restablecimiento la **iniciación de los trámites de adopción** respecto de la solicitud presentada por la señora SILVIA ELENA VILLEGAS; siendo notificada en estrados y personalmente el contenido de la decisión (fl. 272-287).

Con posterioridad a la anterior declaratoria se desplegaron diferentes actuaciones tendientes al impulso del procesamiento de adopción; tales como la remisión del expediente para ser presentado ante el Comité de Adopciones, solicitud de inscripción de la declaratoria de adoptabilidad ante la

Registraduría Nacional del Estado Civil, realizadas entre el **13 de enero de 2017** y el **21 de abril de 2017** (fl. 288-295).

Posteriormente, en sesión realizada el **9 de mayo de 2017** el Comité Regional de Adopciones dispuso devolver el proceso a la Defensoría de Familia para allegar documentos faltantes y subsanar aspectos identificados en el proceso por la parte legal y de psicología. Subsanado lo anterior, en sesión del **4 de julio de 2017** el órgano determinó remitir el caso al **Comité Consultivo Regional de Restablecimiento del Derechos** en aras de obtener las orientaciones pertinentes, como quiera que la solicitante al haber omitido el deber de informar ante las autoridades competentes la situación de abandono de la menor, se encontraba incurso en causal para no obtención **no obtención de idoneidad moral** conforme al Lineamiento Técnico Administrativo de Adopciones (fl. 48-51, 72-80).

El **16 de junio de 2017** la Defensoría de Familia del Centro Zonal Tunja recepcionó declaración de la señora SILVIA ELENA VILLEGAS relacionada con las razones del incumplimiento de su deber de informar sobre la situación de abandono de la menor por parte de su madre biológica, siendo remitidas las diligencias el **27 de junio de 2017** ante el Comité de Adopciones (fl. 297-299).

Luego, en sesión del **17 de julio de 2017** el **Comité Consultivo Regional de Restablecimiento del Derechos** dispuso remitir el proceso ante el **Comité Consultivo Nacional de Restablecimiento de Derechos** para que se estudiara la causal de idoneidad moral respecto de la adoptante SILVIA ELENA VILLEGAS (fl. 81-84)

Conforme a lo anterior, el **Comité Consultivo Nacional de Restablecimiento de Derechos** sesionó el **8 de septiembre de 2017** disponiendo *"Informar al Comité de adopciones de la regional Boyacá, que las causales señaladas en el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adolescentes frente a la idoneidad moral **no deben comprenderse de manera aislada a las particularidades de cada caso; razón por la cual, deberá analizarse si la situación fáctica que se presenta, permite evidenciar que no dar esta idoneidad afectaría en mayor proporción el restablecimiento de los derechos de los niños.**"* (fl. 52-54, 85-89).

El ICBF Regional Boyacá tuvo conocimiento de la anterior decisión y dispuso la presentación del caso nuevamente en ante el Comité Regional de Adopciones en sesión del **04 de octubre de 2017** (fl. 63-64).

De acuerdo a lo consignado en Certificación expedida por la Defensora Pública de Familia y Secretaria del Comité de Adopciones del ICBF Regional Boyacá, allegado el **6 de octubre** de los corrientes (fl. 300-301), se encuentra acreditado que en sesión llevada a cabo por el Comité de Adopciones el **4 de octubre de 2017**, se analizó el presente caso, determinándose *"la*

inscripción y asignación como madre de la señora Silvia Elena Villegas de la niña (...) SCR".(Negrita fuera de texto)

Conforme a las anteriores circunstancias, que se encuentran debidamente acreditadas en el expediente, estima el Despacho que las entidades accionadas no han incurrido en vulneración alguna de los derechos fundamentales de la menor **SCR**, agenciados en esta oportunidad por la ciudadana SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO.

Lo anterior, como quiera que tanto en el curso del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de la menor, que inició con la solicitud presentada por la agente oficiosa el **14 de abril de 2016** (fl. 190) y finalizó con la declaratoria de adoptabilidad contenida en Resolución 006 del **14 de diciembre de 2016** (transcurridos 8 meses – fl. 281 vto); como en el procedimiento de adopción que inició luego de la ejecutoria de dicha resolución, es decir, en el año **2017** y que en la actualidad se encuentra en fase final, no se observa vulneración alguna de garantías constitucionales tales como el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, la seguridad jurídica y el debido proceso. Ello, como quiera que las actuaciones se desplegadas por las accionadas se han realizado dentro de los parámetros normativos aplicables, tiempos y términos razonables sin que se evidencien demoras o dilaciones injustificadas. Es así, que desde la declaratoria de adoptabilidad de la menor **SCR** hasta la fecha han transcurrido aproximadamente nueve (9) meses, dentro de los cuales se han realizado de manera diligente, múltiples y diferentes actuaciones tendientes a dar impulso, celeridad y continuidad al procedimiento de adopción por parte de la señora SILVIA ELENA VILLEGAS, con observancia del **interés superior de la menor**.

En este punto, advierte el Despacho que el término que ha transcurrido hasta la fecha es suficiente y razonable, además se encuentra acorde con el Lineamiento Técnico de Adopción acogido por el ICBF mediante Resolución No. 2551 de 2016 y no propicia la vulneración de los demás derechos de la menor. Ha de tenerse en cuenta, que si bien, el **Comité de Adopciones de la Regional Boyacá** dispuso remitir el proceso ante el **Comité Consultivo Regional de Restablecimiento del Derechos** con el fin de obtener orientaciones pertinentes respecto de la idoneidad moral de la solicitante, y éste a su vez determinó que el caso debería ser conocido por el **Comité Consultivo Nacional de Restablecimiento de Derechos**, esas circunstancias no se constituyen como vulneradoras de los derechos fundamentales de **SCR**, toda vez que tales órganos, actuaron conforme a la normativa referenciada y al marco de competencias establecido en el Lineamiento Técnico de Adopciones, según el cual, los Comité Técnicos, están facultados para actuar como instancia consultiva y de apoyo técnico y operativo a los Comités Regionales. Además, no resultaba inoficioso el requerimiento elevado entre tales autoridades, pues al tenor literal de lo consignado en la Resolución No. 13368 del 23 de diciembre de 2016, la

omisión del deber de poner en conocimiento de las autoridades competentes la situación de abandono de la menor **SCR** constituye una causal de falta de idoneidad moral para conceder la adopción y ante el estudio de las particularidades del caso concreto, era más que necesario que los órganos superiores interpretaran el contenido de la citada causal. De lo cual, se obtuvo que **las causales señaladas en el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopciones frente a la idoneidad moral, no deben comprenderse de manera aislada a las particularidades de cada caso; sino que deben ser analizadas en conjunto con el contexto factico que rodea el caso particular; resultando favorable tal manifestación para el interés superior de la menor, como para los intereses de la adoptante.**

En efecto, el pronunciamiento del **Comité Consultivo Nacional de Restablecimiento de Derechos** realizado en sesión del **8 de septiembre de 2017** conllevó que se estudiara nuevamente el caso de la menor **SCR** respecto de la solicitud de adopción presentada por SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO, y se programara para tales efectos, una sesión a realizarse 04 de octubre de 2017; lo cual se traduce en que se generó una oportunidad adicional, en la cual, atendiendo a lo manifestado por el **Comité Consultivo Nacional** debía revisarse nuevamente el caso y adoptar una decisión al respecto. Es así, que como lo certificó la Defensora Pública de Familia y Secretaria del Comité de Adopciones del ICBF Regional Boyacá, en la sesión del pasado 04 de octubre, una vez analizado el caso, se determinó **inscribir y asignar como madre a la señora Silvia Elena Villegas, de la niña SCR.**

Con todo lo anterior, resulta preciso destacar que aunque no se haya culminado aún el procedimiento de adopción, hasta el momento, no puede endilgarse la vulneración del derecho de la menor a tener una familia y a no ser separada de ella; por cuanto en la actualidad, se encuentra bajo custodia y cuidado de la señora SILVIA ELENA VILLEGAS quien ostenta su patria potestad, tampoco ha sido retirada del núcleo familiar de crianza, no se avizora que ello vaya a suceder y además, ya se determinó por autoridad competente la inscripción y asignación de la señora VILLEGASHURTADO como madre de SCR.

Finalmente, el Despacho recalca que si bien hasta el momento no se evidencia conducta activa u omisiva que vulnere o ponga en riesgo de amenaza los derechos fundamentales de la menor **SCR**; dada la calidad de sujeto de especial protección constitucional a cargo del Estado, la connotada relevancia que reviste el interés superior de menor y bajo la premisa de que las autoridades deben tomar acciones positivas en aras de su protección, el Despacho, en todo caso, instará al Director de la Regional Boyacá del ICBF, así como a los integrantes de los Comités Regional de Adopciones y Consultivo Regional de Restablecimiento de Derechos para que dentro de las actuaciones subsiguientes, tendientes a culminar el procedimiento de adopción de la menor **SCR** a favor de la señora **SILVIA ELENA VILLEGAS**

HURTADO, continúen observando la normatividad aplicable y se tengan en cuenta los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional al respecto, así como la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y el respeto de la garantía a permanecer conforme a la Ley, en su familia de crianza o de hecho.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la acción de tutela instaurada por la ciudadana **SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO** en calidad de **agente oficioso de la menor de edad SCR**, en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL BOYACÁ** y del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – DIRECCIÓN GENERAL – SUBDIRECCIÓN DE ADOPCIONES**, de acuerdo a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: INSTAR al Director de la Regional Boyacá del ICBF, así como a los integrantes de los Comités Regional de Adopciones y Consultivo Regional de Restablecimiento de Derechos para que dentro de las actuaciones subsiguientes, tendientes a culminar el procedimiento de adopción de la menor **SCR** a favor de la señora **SILVIA ELENA VILLEGAS HURTADO**, continúen observando la normatividad aplicable y se tenga en cuenta los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional al respecto, así como la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y el respeto de la garantía a permanecer conforme a la Ley, en su familia de crianza o de hecho.

TERCERO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y en caso de no ser impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
JUEZ