

República de Colombia

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente:
ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil nueve (2009).-
Discutido y aprobado en Sala de 19 de agosto de 2009.

Ref.: 66001-22-13-000-2009-00063-01

Se decide la impugnación interpuesta por el Ministerio Público en relación con la sentencia proferida el 3 de julio de 2009 por la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en la acción de tutela promovida por la Procuraduría General de la Nación en representación de la menor Rosa Emylse o Leidy Paola Nengarabe Gaisale y de sus padres, Luselina Gaisale Niasa y José Lebelio Nengarabe Chacoa, contra el Juzgado Tercero (3°) de Familia de Pereira y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

ANTECEDENTES

1. La Procuraduría General de la Nación en representación de la menor Rosa Emylse o Leydi Paola Nengarabe Gaisale y de sus padres, Luselina Gaisale Niasa y José Lebelio Nengarabe Chacoa, instauró la acción de tutela

antes reseñada con el propósito de que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, para lo cual manifestó que a su despacho ubicado en la ciudad de Pereira compareció Luselina Gaisale Niasa para solicitar que le fuera devuelta la menor arriba citada, quien se encuentra en poder del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lo que motivó un análisis de la actuación administrativa que dio origen a tal situación, encontrándose que la menor fue declarada en estado de adoptabilidad mediante Resolución N° 581 de 22 de diciembre de 2008, homologada por el Juzgado Tercero (3°) de Familia de Pereira con sentencia de 20 de febrero de 2009.

2. Agregó que en tal actuación el Ministerio Público encontró diversas falencias, tales como que el I. C. B. F. inobservó que se trata de una familia indígena; que la madre de la menor presentó dificultades para expresarse en idioma español en la segunda diligencia de versión libre que le fue recibida, sin que se le hubiera designado un intérprete; que por tratarse de una familia de escasos recursos económicos también debió concedérsele amparo de pobreza; que como manifestó no saber la dirección de su residencia igualmente debió designársele un curador *ad litem*, y, finalmente, que existió tardanza en el proceso adelantado, pues en diciembre de 2005 cuando la menor Rosa Emilse o Leidy Paola Nengarabe Gaisale fue encontrada abandonada en un parque tenía dos años de edad y hoy ya tiene más de cinco años, además de que no fue asignada provisionalmente a una familia indígena como lo dispone el Código de la Infancia y la Adolescencia.

3. Igualmente, el Ministerio Público señaló que se desconoce la verdadera identidad de la menor, ya que después de que su madre compareció al I. C. B. F. ésta entidad ordenó registrarla como su hija bajo el nombre Rosa Emilse Nengarabe Gaisale, pero posteriormente compareció su padre aportando otro registro civil que da cuenta de que ya había sido registrada como Leidy Paola Nengarabe Gaisale; que la actividad investigativa de tal entidad fue deficiente porque no se esclarecieron las circunstancias en que se extravió la menor; que no se cuenta con conceptos de las áreas de psicología y trabajo social; que las pruebas que obran en el expediente no fueron decretadas y aportadas con las formalidades legales y, por ende, que los padres de la menor no contaron con oportunidades para controvertirlas por lo que son ilícitas, y que la Resolución a través de la cual tal menor fue declarada en estado de abandono y adoptabilidad no contiene valoración probatoria, sino un relato del trámite administrativo adelantado.

4. Finalmente, la accionante adujo que el Juzgado Tercero (3°) de Familia de Pereira, en la sentencia homologatoria de la resolución que declaró a la menor en estado de adoptabilidad, inobservó las anteriores irregularidades y además trató desigualmente a la progenitora de la niña, en la medida en que afirmó que era un hecho notorio que se dedicaba a la mendicidad.

5. Solicitó, en consecuencia, que por vía de tutela se declare la nulidad del trámite administrativo adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar así como de la

sentencia de 20 de febrero de 2009 proferida por el Juzgado Tercero (3°) de Familia de Pereira, por medio de la cual se homologó la Resolución N° 581 de 22 de diciembre de 2008, que declaró en estado de abandono a la menor Rosa Emylse o Leydi Paola Nengarabe Gaisale, y que se rehaga la actuación sin incurrir en las irregularidades anotadas.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El *a quo* denegó el amparo suplicado tras considerar que la vulneración de las prerrogativas fundamentales denunciada en la tutela no tuvo ocurrencia, pues ni en el trámite administrativo ni en el judicial se encontró irregularidad de entidad suficiente para anularlos, al punto que Luselina Gaisale Niasa fue vinculada al proceso, consintió en la práctica de una prueba de A. D. N. para establecer la filiación de la menor Rosa Emylse o Leydi Paola Nengarabe Gaisale, y solo mostró desacuerdo con la actuación cuando se expidió la Resolución que declaró a su hija en estado de abandono y adoptabilidad.

Añadió que la debilidad en que se encuentran los padres de la menor debe considerarse pero no implica excusa que justifique su abandono, que se trata de una familia que se traslada de ciudad en ciudad pues hace varios años voluntariamente dejó de pertenecer a su comunidad indígena, que la supuesta dificultad de la madre para comunicarse en idioma español no se advirtió en la primera de las diligencias de versión libre que a ella le recibieron, que la demora en el trámite

administrativo se debió a la complejidad del tema, y que la ubicación de la menor en una familia indígena no es obligatoria porque el rito administrativo empezó antes de que entrara en vigencia el Código de la Infancia y la Adolescencia.

LA IMPUGNACIÓN

El Ministerio Público impugnó el fallo de primera instancia reiterando los planteamientos expuestos en su demanda.

CONSIDERACIONES

1. Por sabido se tiene que la inclusión de los derechos fundamentales de los niños en la Constitución Política de 1991 fue la culminación de una serie de iniciativas legislativas y gubernamentales -de que dan cuenta las leyes 30 de 1987 y 56 de 1988, con base en las cuales el Gobierno Nacional expidió los Decretos 2272 de 1989 y 2737 de 1989 en cuya virtud se organizó la jurisdicción de familia y se adoptó el Código del Menor, respectivamente-, orientadas a proteger a los infantes, garantizándoles, correlativamente, las condiciones mínimas para su integridad y bienestar.

Dentro de los derechos fundamentales del niño, reluce por su transcendencia el de tener una familia y no ser separado de ella, pues es innegable que en su interior encuentra el menor

el cuidado y el amor necesarios para su desarrollo armónico, requeridos para su sana estructuración mental y física. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos del Niño, resaltan la importancia que para este tiene el hecho de pertenecer a una familia, y a no ser separado de ella, pues el infante necesita para su desarrollo integral del afecto, amor y cuidado que los suyos le brindan, lo cual no se restringe a las relaciones entre padres e hijos, sino que abarca un grupo más amplio, que comprende a sus hermanos, tener contacto con sus tíos y primos, recibir el afecto de sus abuelos, vínculos afectivos todos ellos que comportan que el niño se desarrolle en un ambiente familiar que le sea benéfico.

En la legislación Colombiana, la Ley 12 de 1991 aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 9º se dispuso que *“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”*, de lo que se desprende que una determinación de esa naturaleza ha de corresponder a una solución extrema a la que solamente se debe llegar después de agotar todos los mecanismos de protección que sean del caso, pues es evidente que una decisión de esa clase apareja un hecho traumático, particularmente cuando son vivos y fuertes los vínculos afectivos que los unen.

Ahora bien, tanto el Código del Menor como el de la Infancia y la Adolescencia, establecieron un procedimiento para aquellos casos en que exista una situación de abandono del menor –hoy en día de adoptabilidad-, que se desarrolla en dos estadios o etapas claramente diferenciadas: una, de naturaleza administrativa, adelantada ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y otra, de carácter judicial, que se surte ante el Juez de Familia, en el caso de que sea menester la homologación.

Respecto de esta última figura, particularmente en punto tocante con su teleología y alcance, ha precisado la Sala que: *“...compréndese, entonces, que la homologación de las decisiones adoptadas en sede administrativa, reviste cardinal valía, pues tal decisión trascendente como cualquier sentencia judicial, es cierto, implica validar la ruptura jurídica del núcleo familiar, toda vez que la declaración de abandono produce respecto de los padres del infante, según el artículo 60 del Código del Menor, no solo la terminación de la patria potestad, sino también entraña, en la mayoría de los casos, la iniciación de los trámites de adopción y la ubicación de los hijos en hogares sustitutos, entre otras medidas, con todo lo que ello supone en el campo de las relaciones familiares.*

“Expresado de otra manera, esta providencia, per se, tiene capital importancia, precisamente por la tipología de intereses en juego. No en vano, está en vilo la continuidad de la patria potestad, como se acotó, de lo que dependerá, nada

menos, que se inicien los trámites de la adopción, con todo lo que ella envuelve.

“La resonancia e indiscutida significación de esta providencia, por tanto, exige –como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional- “...que los padres gocen de la plenitud de las garantías procesales establecidas en la Constitución y la ley” (T-079/93), y que el juez al ejercer el control de legalidad a él conferido, ministerio legis, motive y explique suficientemente las razones que la justifican.

“En este singular contexto, la función del juez tiene un rol fundamental, pues no se entiende cumplida con el proferimiento de una decisión que resuelva formalmente, el asunto sometido a su consideración. Dicho de otro modo, si el mencionado trámite está previsto en el derecho Colombiano, para “cuando las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del menor, se hubieren opuesto a esta medida dentro del trámite administrativo” (art. 61 C. de. M., se subraya), lo mínimo que se esperaría es que tal oposición mereciera la consideración y adecuado escrutinio del juzgador, de lo cual, huelga insistir, debe quedar diáfana memoria en la respectiva sentencia.

“... Por todo lo anotado, aprovecha esta ocasión la Corte Suprema, para llamar -de manera respetuosa- la atención de los juzgadores, con el objeto de que en sus providencias, invariablemente, quede registrada la motivación que, en forma suficiente y cabal, sirva de báculo a la decisión que

se permite adoptar, regla ésta esta igualmente predicable del trámite de homologación a que se refiere el artículo 61 del Código del Menor, el que en manera alguna es inmune a la aplicación del precitado deber judicial, mínima garantía que debe brindarse en el marco del debido proceso, rectamente entendido.

“Al fin y al cabo, este no es un trámite mecánico, que implique desatender las reglas de juzgamiento consustanciales a toda actuación judicial. De allí que el juzgador, que no es un autómatas, no puede limitarse a realizar un control, amén que meramente formal y rutinario, como si los intereses que estuvieran en conflicto, ciertamente, fueran de ninguna o de poca monta. Muy por el contrario, con arreglo a los poderes con los que ha sido investido, deberá desplegar una labor que esté en consonancia con dichos intereses, en este caso -donde hay menores- de insoslayable y aquilatada relevancia, al mismo tiempo que con la finalidad que anima la homologación, se insiste, de marcada trascendencia jurídica”. (Sentencia de 13 de febrero de 2004, Exp. T. 00536).

2. Con base en ese entendimiento de la cuestión y analizado el caso de autos, colige la Sala, en primer lugar, que no luce irrazonable la consideración del Juzgado Tercero (3°) de Familia de Pereira, contenida en la sentencia homologatoria de 20 de febrero del año que transcurre, conforme a la cual el caso bajo estudio no es de competencia de las autoridades indígenas por no concurrir los dos factores necesarios para ello conforme a la jurisprudencia constitucional, esto es, que la persona objeto del caso pertenezca a la comunidad indígena (factor personal) y que

el hecho que da lugar al adelantamiento del trámite respectivo haya tenido lugar dentro de la comunidad indígena (factor territorial. Sentencia T-1294 de 2005. Corte Constitucional), pues la menor Rosa Emilse o Leidy Paola Nengarabe Gaisale fue encontrada abandonada en el parque La Libertad de la ciudad de Pereira, además de que tanto José Lebelio Nengarabe Chacoa como Luselina Gaisale Niasa manifestaron no pertenecer a ningún resguardo indígena (fls. 58 y 71, cuaderno 2).

3. Sin embargo, esta corporación concluye que la vulneración de las prerrogativas básicas que se denuncia en la acción de tutela tuvo efectiva ocurrencia, pues el artículo 37 del Código del Menor, aplicable al caso de autos por la época en que se presentaron los hechos, establece que en el auto de apertura de la investigación debe ordenarse "...la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono o de peligro del menor", al paso que el artículo 42 de la misma obra prevé que si dentro del término de la investigación las personas citadas comparecen a la misma, "...el defensor de familia, mediante auto, podrá ampliarlo hasta por treinta (30) días para decretar y practicar las pruebas pedidas por los comparecientes y las que de oficio estime pertinentes."

Sin embargo, una revisión del trámite administrativo adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar pone al descubierto que si bien con auto de 2 de diciembre de 2005 se dispuso la incorporación de copia del registro civil de la menor mencionada así como escuchar en declaración a sus

representantes legales, una vez se evacuó la diligencia de Luselina Gaisale Niasa, madre de la menor Rosa Emylse o Leydi Paola Nengarabe Gaisale, con posterioridad se omitió resolver sobre las pruebas del rito tendientes a determinar si existía el estado de abandono de la mencionada menor.

En efecto, una vez escuchada la declaración de la progenitora, aparecen allegadas al expediente una serie de probanzas sin auto que las haya ordenado, y menos agregado, como son las fotografías de la madre de la menor al parecer ejerciendo la mendicidad sentada en una vía pública, una “declaración libre de todo apremio” del padre José Lebelio Nengarabe Chacoa, el informe de la visita realizado el 1º de julio de 2008 a la residencia del entorno familiar en la que se dejó constancia que se trata de una familia analfabeta, con 7 hijos más, 6 de ellos menores de edad, de los cuales 4 no han sido registrados, que viven en 2 habitaciones donde solo hay dos camas en mal estado y un colchón, sin alimentos, utensilios de aseo, mobiliario, etc.

De allí que se concluya que existió la violación al derecho fundamental al debido proceso de Luselina Gaisale Niasa y José Lebelio Nengarabe Chacoa, pues como esta Sala lo estableció en providencia del 1º de octubre de 1992, entre otras, las pruebas allegadas a un expediente como el que es objeto de censura constitucional, no pueden ser fundamento de la decisión por no haber sido recaudadas siguiendo las exigencias de los artículos 175 del Código de Procedimiento Civil y 55 del Código del Menor, máxime que tales medios de convicción debían ser

ordenados mediante auto del funcionario instructor, con el fin de que contra ellas fuera posible ejercer el derecho de contradicción.

Recuérdese que, como también lo puntualizó esta Corporación en la decisión referida a espacio, si bien los derechos fundamentales de los niños tienen aplicación prevalente, también los padres responsabilizados de una situación de abandono tienen derecho a ser vencidos en un proceso con respeto de todas las garantías procesales, lo cual no sucedió en el caso bajo estudio habida cuenta que las pruebas recaudadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de manera informal pero que sirvieron de fundamento a la Resolución N° 581 del 22 de diciembre de 2008, por la cual se declaró en estado de abandono a Rosa Emylse o Leydi Paola Nengarabe Gaisale, no constituyen medios probatorios recaudados válida y oportunamente y, por ende, el procedimiento adelantado se torna violatorio de los derechos de defensa y debido proceso de los accionantes.

4. En adición a lo anterior, anota la Corte que en la sentencia de 20 de febrero de 2009 mediante la cual el Juzgado Tercero (3°) de Familia de Pereira homologó la Resolución anteriormente citada, no se analizó si las circunstancias allí expuestas podrían ser superadas o razonablemente disminuidas mediante un adecuado apoyo por parte del Estado, como es su obligación, a través de las instituciones legalmente competentes para el efecto.

En anterior oportunidad esta Sala dijo que: *“Al respecto no se puede olvidar que, según claros mandatos*

constitucionales y legales, es deber del Estado brindar el apoyo necesario al menor cuyos padres carecen de recursos económicos para atender sus necesidades básicas, pues entre otras cosas, así quedó consagrado en el citado canon constitucional, y en lo dispuesto por el artículo 130 del Código del Menor, al estipular que “si la familia o los responsables de su cuidado personal carecieren de medios suficientes, esta atención le será dispensada por el Estado con el concurso de la familia y de la comunidad, de acuerdo con la situación en que se encuentre el menor”; y que para cumplir esos mandatos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, previa comprobación de las condiciones del niño, deberá “vincularlo a los programas que en beneficio del menor desarrolle la entidad u otros organismos públicos o privados” (art. 131 ibídem), todo esto sumado a las facultades que el artículo 58 ejusdem le concede al defensor de familia, con miras a garantizarle una adecuada atención al abrigo del cariño de los suyos.

“En resumen, no es aceptable privar a la menor (nombre bajo reserva) de la posibilidad de desarrollarse en el seno de su familia, pues si bien sus progenitores no demostraron que puedan atender por si solos sus necesidades básicas, no debe olvidarse que, en estos casos, el Estado tiene obligación de tomar las medidas de protección que sean necesarias para la atención integral de la niña, pero, por supuesto, sin que por el mero hecho de las penurias económicas de sus padres, les pueda ser arrebatada.” (Sentencia de 28 de julio de 2005, Exp. No. 2005-00049-01).

Así mismo, el Despacho Judicial citado tampoco se detuvo a analizar las peticiones realizadas por los padres de la menor para que ella les fuera entregada, y con base en las mismas determinar si las circunstancias descritas hubiesen podido superarse antes de que se hicieran efectivas las medidas de protección tomadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Sala observa que el Juzgado accionado en ejercicio de los poderes a él conferidos ha debido, entonces, adoptar un comportamiento más activo, y por ende, acorde con los intereses en conflicto, tanto más si se observa la oposición persistente de los progenitores a perder el contacto con su menor hija, susceptible de análisis y ponderación, independientemente de su resultado.

Las consideraciones anteriores son suficientes para acceder a la protección invocada por los peticionarios y, en consecuencia, se ordenará al I. C. B. F., Regional Risaralda, que proceda, en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de este fallo, a reintegrar a la menor mencionada al seno de su familia y que durante el lapso que sea necesario (que se estima como mínimo de seis meses) provea los elementos materiales necesarios para la debida crianza de la niña tales como alimentos, complementos nutricionales y artículos de primera necesidad, vinculándola a los programas que en beneficio de los menores esté desarrollando, además de prestar la asesoría que requieran los padres con el fin de lograr una adecuada atención de la menor, y que vencido ese plazo revalúe las

condiciones de los progenitores y adopte las medidas que considere pertinentes en interés general de la menor, teniendo en consideración lo que aquí se ha señalado, quedando obligado, adicionalmente, a efectuar por medio de un equipo interdisciplinario el seguimiento de ésta y de su familia, practicando visitas mensuales, de las cuales deberá informar al Tribunal que conoció en primera instancia de la presente acción.

5. De conformidad con lo discurrido la Corte revocará el fallo impugnado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia proferida por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro de la acción de tutela referenciada y, en su lugar, **CONCEDE** el amparo constitucional solicitado por Luselina Gaisale Niasa y José Lebelio Nengarabe Chacoa a través de la Procuraduría General de la Nación.

En consecuencia, se suspenden los efectos de la actuación administrativa adelantada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en relación con la menor Rosa Emylse o Leidy Paola Nengarabe Gaisale y los de la sentencia del 20 de febrero de 2009 proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, al cual se ordena que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas

contadas a partir de la notificación de esta providencia, profiera nuevo fallo que refleje las consideraciones de la Corte.

Se ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Risaralda, que proceda, en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta decisión, a reintegrar a la menor Rosa Emylse o Leidy Paola Nengarabe Gaisale al seno de su familia, y que durante el lapso que sea necesario (que se estima como mínimo de seis meses) provea los elementos materiales necesarios para su debida crianza tales como alimentos, complementos nutricionales y artículos de primera necesidad, vinculándola a los programas que en beneficio de los menores esté desarrollando, además de prestar la asesoría que requieran los padres con el fin de lograr una adecuada atención de la menor, y que vencido ese plazo revalúe las condiciones de los progenitores y adopte las medidas que considere pertinentes en interés general de la menor, teniendo en consideración lo aquí considerado, quedando obligado, adicionalmente, a efectuar por medio de un equipo interdisciplinario el seguimiento de ésta y de su familia, practicando visitas mensuales, de las cuales deberá informar al Tribunal que conoció en primera instancia de la presente acción.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes, al *a-quo* y a los demás intervinientes y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional para que asuma lo de su cargo.

WILLIAM NAMÉN VARGAS

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA