CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado Ponente:

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Bogotá, D. C., veinticinco de noviembre de dos mil ocho

Ref.: Exp. No. 11001-22-10-000-2008-00285-01

La Corte resuelve la impugnación interpuesta contra la sentencia de 3 de septiembre de 2008 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, providencia que decidió la acción de tutela promovida por la Defensoría de Familia del centro zonal Santa fe contra el Juzgado 18 de Familia de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1 La accionante invocó la protección del derecho al debido proceso, al estimar que el juzgado accionado excedió la órbita de su competencia cuando resolvió sobre la homologación de la declaratoria de adoptabilidad de un menor (nombre bajo reserva) emitida por esa defensoría, cuando además de negar la refrendación judicial ordenó sorpresivamente el reintegro del niño, en forma inmediata, al hogar de sus padres, pese a que ellos obraron con desden y apatía frente a la referida decisión de adoptabilidad, pues prescindieron del uso oportuno de " *los recursos que las ley les otorga".*

La queja constitucional tuvo soporte en los fundamentos fácticos y jurídicos que se compendian de la siguiente manera:

Dentro de proceso administrativo de protección, el 13 de agosto de 2007, la defensoría declaró la adoptabilidad del infante, que en la actualidad tiene dos años y medio de edad.

El 24 de octubre de 2007, la juez accionada profirió un auto en el cual dispuso la práctica de pruebas, haciendo uso de las facultades previstas en los artículos 179 y 180 del C. P. C. para lo cual no tiene competencia, pues esas facultades sólo las puede emplear el juez en los demás asuntos de su competencia, mas no en el trámite de homologación, dado que sus atribuciones allí se reducen a verificar si la actuación administrativa que dio origen a esa intervención judicial se adelantó conforme a la ley - control de legalidad - a fin de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que se hubiera podido incurrir por parte de la autoridad administrativa.

Para la petente, aunque el trámite de homologación tiene por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, al juez le está vedado revisar ei fondo de la decisión. Apoyó su postura en lo resuelto mediante sentencia T- 079 de 1993 de la Corte Constitucional.

Para la gestora del amparo, el Juzgado accionado incurrió en vía de hecho al excederse en el ejercicio de sus atribuciones e ignoró el Estado Social de Derecho - artículo 1° C. N. -, los fines del mismo y vulneró el derecho de igualdad ante la ley - artículos. 2° y 13 *ibidem -.*

Con base en las pruebas oficiosamente recaudadas, el accionado resolvió la solicitud que presentó Beatriz Eugenia Mondragón y no los padres del niño; así, apoyado en el artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia, negó la homologación, revocó la resolución de adoptabilidad No. 082 de 13 de agosto de 2007 y, en el numeral tercero de la parte resolutiva, *"sorpresivamente ordenó en forma inmediata el reintegro del menor a sus progenitores",* quienes no habían impugnado fa precitada resolución.

Concluyó que la Jueza accionada actuó por fuera de la ley al revocar la resolución emitida por la Defensoría de Familia, *"con absoluta carencia de competencia y vulnerando el debido proceso, lo que constituye vía de hecho...".*

Finalmente sostuvo que la defensoría adelantó la actuación administrativa correspondiente, con observancia de lo preceptuado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, para lo cual tuvo en cuenta los conceptos e intervenciones de un equipo interdisciplinario, lo que fue descalificado y desconocido por el juzgado accionado cuando adoptó determinaciones atinentes a las

medidas de restablecimiento de derechos, como la de reintegro al núcleo familiar que, según la promotora del amparo, corresponde exclusivamente al defensor de familia y " ... *es un asunto ajeno* a *la homologación... ".*

2. El Juzgado accionado sostuvo que en la actuación censurada no hubo vulneración del derecho al debido proceso ya que esa autoridad se ciñó a lo previsto en el Título II, Capitulo 2° de la Constitución, en especial en el artículo 44 de la Carta que consagra los derechos fundamentales de los menores, entre ellos el de tener una familia y no ser separados de ella.

Explicó que en el curso de las diligencias los representantes legales del menor *"demostraron total interés por recuperar a su menor hijo (...) como dan cuenta todos los escritos presentados por estos y por sus respectivos familiares".*

Argumentó que los artículos 179 y 180 del C.P.C. autorizan el decreto de pruebas de oficio, y el único fin perseguido al ejercer esa facultad era el de tener elementos de juicio para proferir el respectivo fallo. Asimismo, que la Corte Constitucional en sentencia T- 466 de 2006 consideró que " *las medidas administrativas de protección que separen a un niño de su familia deben ser de carácter temporal, ya que las autoridades de bienestar familiar están en el deber de hacer lo posible por contribuir a que se superen las condiciones familiares que justificaron la imposición de la medida de protección inicial y a*

descontinuar, en la medida en que ello sea posible y satisfaga el interés superior del menor involucrado, la medida de protección...".

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal denegó la protección invocada. En lo que atañe a la procedibilidad de la acción de tutela frente a decisiones judiciales, citó la sentencia de 9 de mayo de 1994, expediente No. 1212, providencia en la que la Sala consideró que " *en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito de la acción de tutela, los jueces y tribunales tiene que obrar con suma prudencia y meticulosa ponderación para no terminar coincidiendo en la esfera de acción que le corresponde a la jurisdicción ordinaria que, como se sabe, tiene encomendado por la misma constitución el monopolio del legítimo ejercicio de la jurisdicción común en todo tipo de procesos , esto por cuanto existe una línea divisoria suficientemente clara entre el contorno del tipo de enjuiciamiento que le es propio a ésta última jurisdicción y el que le ha sido reservado en exclusiva al amparo constitucional directo frente a violaciones demostradas de los derechos fundamentales..."*

Ahora bien, del examen de las diligencias aportadas al proceso de homologación, evidenció el Tribunal que el 27 de noviembre de 2006 ingresó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el menor (...), proveniente de la fundación *"rescate",* con signos de desnutrición aguda y, según la trabajadora social, el

internamiento sucedió por petición de la madre para que no le faltara el alimento debido a la difícil situación económica por la que estaban atravesando. El psicólogo del ICBF recomendó la colocación familiar; a ello se procedió, previa notificación personal a los padres. El 15 de junio de 2007 el ICBF dispuso el cambio de hogar sustituto por cuanto el estado de salud del niño no mejoró. La entidad accionante citó a los padres a una audiencia de restablecimiento de derechos del menor; como estos no asistieron profirió la resolución declarándolo en situación de adoptabilidad, decisión contra la cual formularon ellos *"oposición"* y sostuvieron que no residían en la dirección a la que fue enviada la citación.

Remitidas las diligencias al juzgado accionado para el trámite de homologación, el 24 de octubre de 2007 ese despacho decretó pruebas, en aras de proteger los derechos fundamentales del menor, realizó entrevista a un hermano medio del niño, y recibió el testimonio de la progenitora y de María Eleonora Mondragón. Así mismo, practicó visita domiciliaria al hogar de los padres, a través de la trabajadora social del Juzgado, quien consideró que no era prudente separar al menor de sus padres.

El 11 de julio de 2008 la juzgadora decidió no homologar la Resolución No. 082 del 13 de agosto de 2007 y, en su lugar, dispuso el reintegro del menor al lado de sus progenitores María Leonor Mondragón Restrepo y Álvaro Parra Londoño.

El Tribunal descartó que el Juzgado hubiera incurrido en vía de hecho, decisión que adoptó con base en las pruebas recaudadas, obrando en interés superior del menor y con el conocimiento de la defensoría de familia, ámbito que el juez constitucional no puede interferir, pues lo resuelto no es caprichoso, torticero o de alguna manera ilegal, menos aún, si están de por medio los derechos del niño, dada su corta edad, a tener la protección de sus padres, quienes han estado pendientes del proceso, interponiendo recursos e incluso acciones tendientes a que los dejen visitar al niño y cuyos exámenes sicológicos nunca han sido desfavorables.

Consideró el *a quo* que, si bien la ley y la jurisprudencia han dicho que la homologación tiene por objeto examinar la legalidad de la actuación, no hay norma que prohíba al juez el decreto y práctica de pruebas orientadas a establecer la verdad y proteger el interés superior del menor, porque sería ilegal también proferir una decisión sin prueba suficiente o negando las pedidas oportunamente o vulnerando los derechos fundamentales.

Finalmente dijo el Tribunal que "... *no es claro cómo la Defensora de familia utiliza la acción de tutela para cuestionar la decisión que revisa su actuación, lo cual resulta cuando menos exótico, pues no es ésta la finalidad de este medio de defensa ciudadano, porque de aceptarse, se llegaría al absurdo, que el funcionario de primera instancia (en cualquier tipo de actuaciones,*

judiciales o administrativas), acuda a la tutela, cada vez que le sea revocada, en segunda instancia su decisión"

LA IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó la decisión adoptada por el *a quo,* sin allegar sustentación alguna.

CONSIDERACIONES

El Código de la Infancia y la Adolescencia adoptado mediante Ley 1098 de 2006, tiene como objeto principal la protección integral de los niños, niñas y adolescentes; contiene las normas sustantivas y procesales que garantizan *"el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y el las leyes, así como su restablecimiento..." - Art. 2° C.I.A.-,* con fundamento en principios cardinales como el de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado, el de privilegio del interés superior del menor, prevalencia y exigibilidad de sus derechos, responsabilidad parental y deber de vigilancia del Estado, entre otros.

La interpretación del ordenamiento jurídico, se funda en el respeto tales principios y, desde la perspectiva constitucional, debe estar iluminada por el principió *pro enfants,*

según el cual, son prevalentes los derechos e intereses de los menores en caso de conflicto con los de los demás - Art- 44

Ahora bien, dentro de las medidas de restablecimiento de derechos, el legislador previó en el Código de la Infancia y la Adolescencia, la amonestación, la ubicación en medio familiar, en hogares de paso o en centro de emergencia y, en últimas, la adopción de las personas menores de edad, si se cumple a cabalidad con los requerimientos formales y de fondo para cada una de esas alternativas, sin dejar de lado que los instrumentos internacionales y la propia Constitución consagran como derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes el de tener una familia y a no ser separados de ella — Art. 44 C.N., numeral 2°, Art. 2°, Art. 8° y Art. 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño-.

Específicamente el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos de Niño, aprobada por la Ley 12 de 1991 preceptúa: *"Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido de parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.".*

Por su parte, el inciso 1° del artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que, en los casos en que el defensor de familia ha proferido decisión administrativa declarando la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, si se formula oposición dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la Resolución, ese funcionario deberá enviar el expediente al Juez de Familia para su homologación. A su vez, el artículo 123 *ibidem* prevé que la sentencia de homologación se dictará de plano y, "si *el juez advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane".*

Esta Sala se pronunicó en una situación de perfiles semejantes, en sentencia de tutela No. 68001221300020070035l, de 31 de marzo de 2008: *"Sobre 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 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 autómata, 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". (Sent. del 13 de febrero de 2004, Exp. T. *00536).*

(...) Así mismo, en la providencia mediante la cual el Juzgado Quinto de Familia de Bucaramanga homologó la decisión anterior, se advierte que la funcionaria accionada no analizó que las circunstancias expuestas en la Resolución Administrativa que declaró al menor hijo de los accionantes en situación irregular de abandono, 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 ello."

"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 sí 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).

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención del la Corte, se observa que la Defensora de Familia del centro zonal Santa fe, autoridad que formuló la censura constitucional, adelantó el trámite administrativo de restablecimiento de derechos que concluyó con la declaratoria de adoptabilidad de un infante, medida que fue objeto de oposición por parte de sus progenitores, todo lo cual condujo al envió de la actuación al Juzgado de Familia accionado, para efecto de la eventual homologación prevista en el artículo 123 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Es necesario precisar delanteramente que la Defensora de Familia sí está legitimada, en principio, para

Es necesario precisar delanteramente que la Defensora de Familia sí está legitimada, en principio, para formular esta acción constitucional, por hallarse facultada expresamente para obrar en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual puede adelantar acciones administrativas y proponer acciones judiciales, con arreglo a lo prescrito en los numerales 1° y 11 del artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ahora, en el asunto *subjudice,* encuentra la Sala que es sobresaliente la actuación del Juzgado en el trámite de homologación de la decisión administrativa, y que hizo bien al ordenar la práctica de pruebas para llenarse de razones para decidir el caso, dada la trascendencia de la determinación que era objeto de control judicial. Las decisiones tomadas implican, ni mas ni menos, modificar el estado civil de un menor, cuyos padres imploraban una segunda oportunidad para evitar que se les privara de la patria potestad y, que a continuación fuese entregado en adopción a otra familia, con la consecuente desaparición definitiva de los vínculos de sangre.

Es cierto que la situación del niño cuando fueron adoptadas las iniciales medidas de protección, podría calificarse como crítica por su estado de salud, ya que padecía de desnutrición severa y al parecer síndrome del niño maltratado - sin que se evidenciara cúal era el fundamento de este último diagnóstico - por tanto, las determinaciones adoptadas *ab initio*

por la Defensoría de Familia eran plausibles. No obstante, con el transcurso del tiempo y el avance de la actuación administrativa, se empezó a percibir, de un lado, que los progenitores plantearon de distintas maneras su voluntad de hacerse cargo nuevamente del niño, pese a que en el sustrato estaba claro que eran personas de escasos recursos económicos, y aunque habitaban bajo el mismo techo en condiciones precarias, tenían un lugar aceptable para vivir con modestia pero con dignidad; además, llegaron a admitir que algunos familiares podrían acoger al menor en caso necesario - fl- 59 actuación administrativa -; no obstante, se encontraron con poca receptividad de la Defensoría de Familia, que siempre privilegió la situación de salud del niño y el argumento de la *"ausencia"* de condiciones en el hogar paterno para sacar adelante al menor, carencias materiales que no implican ausencia de afecto.

Así las cosas, la intervención judicial, orientada a establecer la conformidad de la actuación administrativa con la constitución y la ley, hizo posible verificar que en realidad no se podía descartar que el niño regresara al hogar paterno y materno. De acuerdo con el concepto de la asistente social del juzgado, ordenado en forma oficiosa, y rendido el 14 de mayo de 2008, previa visita domiciliaria y entrevistas (fl. 345 a 350), revela las condiciones físico- ambientales de la vivienda y la relación de pareja de los padres aconsejan el retorno al hogar del menor, Todo corroborado por el estudio que hiciera la universidad INNCA, en el cual el Psicólogo conceptuó que luego de algunas sesiones

para hacerse cargo del menor, tienen una adecuada relación de pareja; manejan gracias al proceso terapéutico la crianza con amor ... practicaron visita domiciliaria, el 9 de febrero — 2007- señalando "una vivienda humilde, ordenada y aseada, apta para la vivienda de una familia" — fls. 47 a 50 de la actuación ante la Defensoría —

La comunidad, dirigió una misiva a la Defensoría en la cual manifestaron que " *acudimos a usted Doctora CLARA PIEDAD MANTEUS, implorando el regreso de (...) al hogar de (...) y (...) , ya que su ausencia ha causado traumatismos emocionales a sus padres y asombro a los que los conocemos como gente de alta estima y conducta intachable con antecedentes los dos de ser buenos padres."* — hay 12 firmas, junto con No. de identificación y teléfono — Fl. 86, actuación ante Defensoría - , esto y la intervención de los opositores al desarraigo del menor del seno de su familia permite entender razonablemente que no se podía descartar de un tajo la hipótesis del retorno del menor al seno familiar. Lo dicho descarta que las autoridades que conocieron el caso se ocuparan de garantizar el acompañamiento del Estado en los ordenes material y el apoyo técnico-profesional requerido para evitar la separación del menor de su familia, procurando materializar de esa manera la orientación proveniente de los instrumentos internacionales, de la Constitución Nacional y de la ley, a través del propio Código de la Infancia, como quedó dicho *ut supra.*

Por tanto, no encuentra la Corte asidero para formular reproche constitucional, a lo actuado por el Juzgado 18 de Familia de Bogotá, pues su determinación de no homologar y, por ende, revocar la Resolución de Adoptabilidad, no fue fruto de la desmesura o arbitrariedad, por el contrario, tiene soporte suficiente en evidencias probatorias existentes, tanto en el trámite administrativo, como en la actuación adelantada por el juez.

Empero, ha de recomendarse tanto a la autoridad accionante, como al accionado que, desde la órbita de sus competencias, permanezcan en vela frente la situación del menor y, si es del caso, adopten las nuevas medidas que se requieran, con la debida ponderación y de manera suficientemente motivada, procurando que éste tenga las ayudas que sean aconsejables, frente a sus carencias materiales y psico-sociales, todo para atenderlo en desarrollo del principio de corresponsabilidad previsto en el artículo 10° del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En consonancia con lo dicho, se confirmará el fallo impugnado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de fecha y procedencia preanotadas.

Notifíquese en la forma más expedita, y en oportunidad, remítase a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

WILLIAM NAMÉN VARGAS

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA