



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

ANOTACIÓN PRELIMINAR

De conformidad con el «*ARTÍCULO PRIMERO*» del Acuerdo No. 034 de esta Sala, expedido el pasado 16 de diciembre, atendiendo a que en esta providencia se resuelve una situación jurídica relacionada con un menor de edad, como medida de protección a su intimidad, se emiten dos versiones de esta sentencia, «*con idéntico tenor, una reemplazando los nombres y los datos e informaciones (familiares), que permitan conocer su identidad y ubicación, para efectos de publicación en los repositorios, medios de comunicaciones y motores de búsqueda virtuales, y otra con la información real y completa de las partes, que se utilizará únicamente para notificación a los sujetos procesales e intervinientes y que se mantendrá con reserva a terceros interesados*».

NOTA. Este ejemplar de la decisión corresponde al que contiene los «***nombres ficticios***» de las partes.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada Ponente

STC8294-2023

Radicación nº 11001-22-10-000-2023-0421-01

(Discutido en sala de veintiséis de julio y dieciséis de agosto de dos mil veintitrés y aprobado en sala de dieciséis de agosto de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte la impugnación de la sentencia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 10 de mayo de 2023, en la acción de tutela promovida por José contra el Juzgado

Séptimo de Familia de esta ciudad y la Defensora de Familia del Centro Especializado Revivir del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, trámite al que fueron vinculados el Defensor de Familia y el agente del Ministerio Público adscritos al Juzgado accionado y citados los demás intervinientes en el proceso de restablecimiento de derechos con radicado 2022-00876.

ANTECEDENTES

1. El solicitante invocó la protección de los derechos fundamentales de los niños a la vida, integridad física, a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la libre expresión de su opinión y el debido proceso, presuntamente vulnerados por las autoridades accionadas en el trámite previamente referido.

Como fundamento de su queja sostuvo que, la Defensora de Familia del Centro Especializado Revivir del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante resolución N° 151 del 16 de junio de 2022 definió la situación de los niños Juanito y Juanita, y declaró en estado de vulneración sus derechos, por lo que confirmó la medida administrativa de protección de ubicación en la Fundación la Casa de la Madre y el Niño, en tanto los padres ofrecieran las condiciones necesarias para el restablecimiento de las garantías de los menores de edad.

Afirmó que, a partir del 14 de marzo de 2022 visitaba a sus hijos en la fundación mencionada y *«nunca les falté a*

ninguna visita siempre estuve allí ofreciéndoles felicidad, amor y comprensión», y el 11 de julio siguiente firmó una constancia, mediante la cual se comprometió a ejercer su paternidad de manera responsable y asegurar que los encuentros con sus hijos se realizaran en pro de sus cuidados y bienestar de estos.

Manifestó que, a partir del 10 de octubre de 2022, la comunicación con los niños se realizaba a través de videollamadas cada 8 días, tal como se evidencia en el registro de la ficha de control de visitas.

Relató que, el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá, en providencia de 2 de diciembre de 2022, decidió homologar el fallo administrativo, sin que se le hubiera vinculado al proceso como garante de los derechos de sus hijos, vulnerando así su debido proceso, además de no tener en cuenta la opinión de sus hijos *«pues ellos exigen estar con su padre y no ser entregados a personas desconocidas».*

Finalmente expuso *«(...) si bien es cierto, cometí errores, hoy ante la realidad de verme privado de por vida de mis menores hijos, me han hecho reflexionar de manera seria y madura con mis obligaciones de padre a plenitud, SOLICITO ME DEN LA OPORTUNIDAD DE ESTAR NUEVAMENTE CON ELLOS (...). (sic)*

2. Con fundamento en lo anterior, solicitó ordenar *i)* al Juzgado accionado y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, le otorguen la custodia de los niños Juanita y Juanito, *ii)* *«al Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá, impugnar la decisión tomada en la HOMOLOGACIÓN mediante RAD. 2022-00876» y,*

iii) «al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a impugnar la decisión tomada mediante Resolución N° 151 de 16 de junio de 2022, (...) donde definió la situación jurídica de los menores de edad (...).»

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. El Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá, manifestó que le correspondió conocer el trámite de homologación de la resolución N° 266 de 29 de septiembre de 2022, en virtud de la cual, el ICBF declaró en situación de adoptabilidad a los niños Pulido.

Indicó que el 2 de diciembre siguiente profirió sentencia en la que resolvió homologar las medidas de restablecimiento de derechos en favor de los menores de edad, decisión que se ajustó al material probatorio acopiado y a la situación de los infantes, actuación en la que se respetaron las garantías procesales de las partes y en especial el derecho superior que les asiste a los niños.

2. La Defensora de Familia del Centro Especializado Revivir, luego de un extenso recuento de las actuaciones adelantadas en el proceso de restablecimiento de derechos de Juanita y Juanito, sostuvo que el trámite que se adelantó en favor de los referidos niños, se realizó preservando sobre toda otra consideración su interés superior y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, 20, 26, 38 y subsiguientes, 50 a 53, 79 a 82, 96 a 108 de la Ley 1098 de 2006, e igualmente a lo establecido en los artículos 29 y 44 de la Constitución Política y los Tratados Internacionales.

3. La Procuradora 152 Judicial II de Familia, indicó que la medida más idónea para proteger los derechos de Juanita y Juanito, es que continúen en ubicación institucional, se les siga brindando la atención en las áreas que necesitan con el seguimiento del Equipo Técnico del Centro Zonal del ICBF, en consideración a que en estos momentos no es posible ordenar su reintegro al medio familiar a cargo de sus progenitores o familia extensa, razón por la cual solicita la procedencia de la protección constitucional.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Superior de Bogotá, negó el amparo invocado tras considerar que la decisión del Juzgado Séptimo de Familia de esta ciudad de 2 de diciembre de 2022, por medio de la cual resolvió homologar las medidas de restablecimiento de derechos en favor de los menores Juanita y Juanito, no resulta antojadiza o alejada de la realidad procesal, porque se profirió con base a las pruebas que reposan en el expediente *«pues basta con leer el contenido de la misma, para percatarse de que realizó la valoración que le correspondía, para arribar a la determinación que adoptó, de la que puede discreparse, pero no por ello constituye vía de hecho que amerite su desquiciamiento a través de este mecanismo excepcional de protección de los derechos»*.

Señaló que, el accionante fue vinculado al trámite garantizando así su derecho al debido proceso, al punto de que participó en la audiencia de 29 de septiembre de 2022, mostró su descontento frente a la decisión, la Defensora de Familia resolvió el recurso de reposición que interpuso y

respecto de sus inconformidades también el Juzgado accionado se pronunció en el fallo de 2 de diciembre de 2022, y agregó,

«(...) Igualmente, no resulta ajustado, en lo absoluto, que su desconcierto se base simplemente en cuestionamientos y críticas al padre, madre o familia de los menores de edad, desconociéndose que la razón de ser de este asunto, son los menores de edad, y que lo procedente es garantizar la satisfacción de sus derechos y dar aplicación al principio del interés superior del menor, que es ‘...el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes (art. 7 de la Ley 1098 de 2006)».

LA IMPUGNACION

La formuló el accionante, inconforme con lo decidido, y afirmó que no se estudió de fondo el asunto en concreto, vulnerando a sus hijos el derecho a tener una familia y no ser separados de ella, al igual del desconocimiento de la opinión de los niños quienes han manifestado el deseo de estar en compañía de su padre.

Expuso que cuenta con la historia clínica que certifica que se encuentra en tratamiento psicológico, lo que indica que es una persona apta para estar a cargo de sus hijos.

CONSIDERACIONES

1. De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Acorde con los criterios jurisprudenciales de esta Corporación, se ha dicho y reiterado, en línea de principio,

que la acción de tutela no procede contra las providencias judiciales, toda vez que al juez constitucional, en aras a mantener incólumes los principios que contemplan los artículos 228 y 230 de la Carta Política, no le es factible inmiscuirse en el escenario de los trámites ordinarios en curso o terminados, para variar las decisiones allí proferidas como tampoco para disponer que lo haga de cierta manera.

Por regla de excepción a lo expresado, se tienen aquellos eventos en los que el funcionario ha incurrido en un proceder arbitrario y claramente opuesto a la ley, o ante la ausencia de otro medio efectivo de protección, los que luego de un ponderado estudio harían imperiosa la concurrencia de la protección pedida para restablecer el orden jurídico.

2. De las medidas de restablecimiento de derechos.

La medida de restablecimiento de derechos, prevista en el artículo 50 del Código de la Infancia y la Adolescencia - Ley 1098 de 2006, se encuentra dirigida a *«la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados»* a niños y adolescentes, advirtiéndose que *«es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar o conducir ante la Policía, las Defensorías de Familia, las Comisarías de Familia o en su defecto, los Inspectores de Policía o las Personerías Municipales o Distritales a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad»* (canon 51 *ibidem*).

Siendo variadas las circunstancias para determinar una situación irregular que amerite la intervención estatal, los artículos 53, 56, 57 y 59 *ibidem* refieren las siguientes medidas de restablecimiento, *i)* amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico, *ii)* retiro inmediato del menor de edad de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y, ubicación en un programa de atención especializada, *iii)* ubicación inmediata en medio familiar, la cual puede ser con su familia extensa cuando existen parientes cercanos que puedan cuidarlo, en hogar de paso cuando no aparezcan esas personas, o en hogar sustituto, es decir en una familia que se comprometa a brindarle el cuidado y atención necesaria en sustitución a sus parientes de origen, *iv)* ubicación en centros de emergencia para los casos en los que no procede ubicación en los hogares de paso, *v)* adopción y, *vi)* las demás que estén señaladas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice su protección integral.

Las autoridades que están llamadas a conocer y dar aplicación a las medidas señaladas, según lo contemplado en los artículos 79 a 95 de la citada normativa, son *i)* el Defensor de Familia del ICBF, de manera preferente, por su calidad de coordinador en todo lo relacionado con el sistema de Bienestar Familiar y concretamente de las medidas de protección o de restablecimiento, *ii)* el Comisario de Familia, *(iii)* la Policía Nacional y, *iv)* el Ministerio Público.

En lo que concierne a la iniciación del trámite administrativo para el propósito señalado, el precepto 99 del

estatuto en mención, faculta a cualquiera de las autoridades nombradas para que lo adelante oficiosamente cuando tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos del niño, niña o adolescente.

Al abrir la investigación, la norma en estudio autoriza al Defensor o al Comisario de Familia que tenga a su cargo la instrucción del caso, para ordenar «2. *Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente*», las cuales podrán mantenerse al decidir de fondo el asunto, según la necesidad y utilidad de estas con observancia en la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, como lo contemplan los tratados internacionales y se recoge expresamente en el artículo 44 de la Constitución de 1991, y en el ordenamiento legal que se viene estudiando.

Igualmente es necesario señalar, que según la referida codificación, el superior funcional de las autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales en materia de restablecimiento de derechos de menores de edad, es el Juez de Familia del lugar donde se encuentra el menor o adolescente, lo anterior porque si el que falla es el ente administrativo, la resolución requiere de homologación ante el funcionario judicial conforme lo establece el inciso 4° del artículo 100, concordante con lo descrito en los preceptos 103, 108, 119 y 123 del estatuto especial en cita.

3. De la declaratoria de adoptabilidad.

Es una de las medidas a la que puede acudir la autoridad administrativa o la judicial, cuando la primera

pierde competencia, para proteger y restablecer los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En virtud de ella, son separados de su familia de origen, con el fin de vincularlos a una nueva familia, que, a diferencia del primer núcleo, garantice todos sus derechos y su desarrollo integral.

A diferencia de otras medidas, que pueden tener el carácter de transitorias, la declaratoria de adoptabilidad es irrevocable, al punto que genera la terminación de la patria potestad e impide que, con posterioridad, los padres biológicos intenten cualquier acción encaminada a restablecer el vínculo filial, como así lo establece el artículo 108 del Código de Infancia y Adolescencia, modificado por el artículo 8° de la Ley 1878 de 2018 que consagra,

«Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente Código, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

En los demás casos, la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá solicitarse la inscripción en el libro de Varios y en el registro civil del menor de edad de manera inmediata a la ejecutoria. La Registraduría del Estado Civil deberá garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez (10) días a partir de la solicitud de la autoridad.

Una vez realizada la anotación de la declaratoria de adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del niño, la niña o adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir la historia de atención al Comité de Adopciones de la regional correspondiente, en un término no mayor a diez (10) días».

En consonancia con lo anterior, esta Sala ha señalado,

(...) Dados los efectos que produce la resolución de adoptabilidad, como lo es la separación de los menores de su familia de origen, como lo ha dicho la Sala, solo puede abrirse paso de manera excepcional, cuando esté comprobado que dicho núcleo no es apto para garantizar sus derechos. Igualmente, ha de emitirse tomando en consideración su interés superior, la prevalencia del derecho «a tener una familia y a no ser separados de ella», la garantía a ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta para resolver los asuntos que los afectan, así como el debido proceso de la familia de origen (STC3649-2020, STC1332-2021, STC11520-2022, STC2761-2023 entre otras).

Por ese camino, deben evaluarse los factores que provocan que la familia de origen no cumpla con el deber de cuidado y protección de los menores de edad, de forma que pueda determinarse si en efecto justifican el rompimiento del vínculo familiar, o por el contrario, en aras de su preservación, son susceptibles de ser superados a través de la adopción de otras medidas, con miras a asegurar que el hogar dispensado por ese núcleo permita «su desarrollo armónico e integral». (CSJ. STC716-2023-STC2761-2023).

4. Del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 44 de la Constitución Política establece que son derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes «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**», y que «(...) gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia», de ahí que se reconozca la importancia de proteger sus bienes *iusfundamentales* y sea imperativa la necesidad de garantizar la prevalencia de sus prerrogativas.

El aludido precepto reconoce que «los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás», y, además, la misma disposición señala que «la familia, la sociedad y el Estado tienen la

obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores».

En armonía con los anteriores principios, varios instrumentos internacionales de protección de derechos humanos prevén la protección especial y reforzada de las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, *v. gr.*, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de los Derechos de los Niños, que señalan la necesaria confluencia del Estado, la sociedad y la familia en procura de esas finalidades, así como el deber de las autoridades de 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»* (art. 3, núm. 3, *ídem*).

La Corte Constitucional en relación con lo anterior, enfatizó,

«(...) los niños tienen derecho a un desarrollo armónico e integral, el cual es responsabilidad, en primer lugar, de la familia. A fin de que ese desarrollo armónico sea efectivo, la familia del niño, y en su defecto el Estado y la sociedad, tienen la obligación de cuidarlo, asistirlo y protegerlo desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social y en el ejercicio pleno y goce efectivo de sus derechos», por lo que *«si bien es cierto el desarrollo armónico e integral es un concepto complejo que comprende múltiples aspectos, la legislación y la jurisprudencia han reconocido el papel fundamental que cumple el cuidado y el amor de los padres del niño en ese desarrollo»* (CC, T-628/11).

Sumado a lo anterior, el Código de la infancia y Adolescencia en sus artículos 8 y 9 señalan,

«se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes».

«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», (...) «en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente»

5. Del caso concreto

5.1 En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se advierte que lo pretendido por el señor José es que se revoque la Resolución N° 266 de 29 de septiembre de 2022 en virtud de la cual, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar declaró en estado de adoptabilidad a los niños Juanita y Juanito, así como la sentencia del Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá de 2 de diciembre de 2022, sin embargo, la Corte abordará el estudio de esta última decisión, puesto que en ella se homologó la medida de restablecimiento de derechos impuesta en favor de los niños.

En este sentido, confrontados los argumentos que fundamentan la acción de tutela con los expuestos por el Juzgado accionado en la determinación censurada, se encuentra que la decisión en nada luce arbitraria o caprichosa y, por ende, no tiene aptitud para vulnerar los derechos fundamentales del aquí accionante.

5.2 Para afirmar lo anterior, basta observar que el Juzgado Séptimo de Familia de esta ciudad, fundamentó la decisión de homologar el estado de adoptabilidad de los hermanos Pulido, tras considerar que **i)** *el origen del restablecimiento de derechos, fue el maltrato que recibieron por parte de su progenitor, el señor JOSÉ, constituido en constantes amenazas a su integridad física e involucramiento en sus problemas con la progenitora,* **ii)** *en entrevista practicada a la menor de edad JUANITA, esta señaló que “...mi papito se quería morir él siempre nos dice que se quiere ir al cielo y mi papá hizo un video cuando hizo el arroz y le puso el veneno para ratas, eso se lo envió a mi mamá y a mi tía Ana...”,* **iii)** *en entrevista practicada a la señora MARÍA, progenitora de los menores de edad, esta reportó “...un intento suicida de su parte ocurrido hace 1 año, al ingerir varias pastas de los medicamentos retrovirales esto ocurrido en convivencia con los niños, fue atendida por ambulancia estabilizada sin atención pertinente por psicología o psiquiatría...”,* **iv)** *la Trabajadora Social, al interior del proceso de restablecimiento de derechos, conceptuó que la progenitora solamente asistió en tres (3) ocasiones a visitar a los menores de edad, situación de la que se infería un posible abandono y* **v)** *de la revisión integral del expediente, resulta indiscutible que los progenitores MARÍA y JOSÉ no son idóneos para desempeñar el rol de padres de los menores de edad JUANITA Y JUANITO, pues no solo los han involucrado en sus problemas de naturaleza sentimental (derivados de la ruptura), sino que los han puesto en evidente situación de peligro, sumado al hecho de que han intentado acabar con sus propias vidas; así mismo, ningún familiar de los menores de edad demostró de forma fehaciente interés en aquellos, situaciones que ponen en evidencia que las garantías de las menores de edad han sido conculcadas y por lo tanto las medidas adoptadas gozan del pleno respaldo fáctico, jurídico y probatorio».*

Hizo referencia el Juzgado al concepto del Defensor de Familia adscrito a ese despacho, mediante el cual sugirió que los menores Juanita y Juanito debían continuar con la

medida de adoptabilidad pues *«desde la denuncia a la fecha las circunstancias que rodean a los NNs aludidos, ya institucionalizados y en ese entorno y apoyo, pese a su experiencia se están recuperando, como debe ser, lo que permite a este funcionario afirmar que el ICBF, El Estado y para este caso, son los llamados a asumir problemáticas sociales como la conocida (...)*».

Refirió que, los motivos de reproche elevados por los padres de los niños, son simples manifestaciones o percepciones personales, que carecen de sustento probatorio, razón por la cual lo procedente era garantizar la satisfacción de los derechos de los menores de edad y dar aplicación al principio de su interés superior que es *«(...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes...» (art. 7 de la Ley 1098 de 2006)*»

6. Por lo anterior, advierte la Corte que la providencia proferida por el Juzgado accionado se acompasa con las pruebas recaudadas en el trámite del proceso de restablecimiento de derechos, y propende por garantizar los derechos fundamentales de los menores de edad involucrados en el presente asunto.

Es así, como quiera que, la Defensora de Familia del Centro Zonal de San Cristóbal, dio apertura el 14 de enero de 2022, al proceso de restablecimiento de los menores Juanita y Juanito, quienes para la fecha contaban con ocho y cinco años de edad respectivamente, por denuncia efectuada por la madre María, quien indicó que temía por la

integridad física de sus hijos por situaciones que refirió se presentaron con el padre José.

En el trámite, los profesionales en trabajo social realizaron visitas y valoración el 3 de marzo de 2022 en la que se señaló,

«(...) Los progenitores se encuentran diagnosticados con VIH, el padre se encuentra a través de su Eps Sanitas en el programa Cuidando tu vida y la progenitora al trasladarse a vivir a Pereira indica que se encuentra en el programa de Medicina integral, los dos están adheridos al tratamiento y la niña Juanita de igual forma, se encuentra diagnosticada por transmisión por lactancia materna, con tratamiento, Juanito no está diagnosticado, ya que se dan cuenta del diagnóstico en el embarazo del niño y le hicieron el tratamiento correspondiente, haciéndole cesaria y por lo tanto no se contagió. Aun así, expresan tener una salud estable y adecuada. La progenitora niega consumo de sustancias psicoactivas ilícitas, probó cigarrillo, pero no dio continuidad y bebidas alcohólicas, ocasional. El progenitor indica que hace hacia los 24 años consume perico por un año y medio, dejándolo al organizar su hogar, en el momento consume cigarrillo de 8 a 10 al día, indica no consumir actualmente alcohol, anteriormente si lo hacía con frecuencia. El progenitor refiere que durante su hospitalización tuvo atención de psicología y psiquiatría con tratamiento farmacológico indicando que esta adherido al tratamiento, con Diagnósticos: episodio depresivo grave (sic), sin signos psicóticos, trastorno de la personalidad, emocionalmente inestable, luego del egreso le activaron una ruta de atención, siendo remitido a psiquiatría y psicología, el progenitor indica que está siendo atendido en el hospital Santa Clara. La progenitora María, refiere que no ha tenido proceso de psicología, solo el acompañamiento que ha tenido ante su diagnóstico, en alguna ocasión tuvo ideación suicida tomándose los retrovirales, sin consecuencias atención de psicología desde el programa, esto paso hace dos años, con sentimientos de rabia y también por la situación conflictiva que tenía con el progenitor, ya que se presentaba episodios de violencia psicológica y verbal constante y en una ocasión física. De igual forma, identifica episodios de violencia sexual de parte de su pareja (...).»

Los padres suscribieron compromisos, a los que se les realizó seguimiento por parte del ICBF, entre ellos, el tratamiento con psicología y psiquiatría del señor José a través de su EPS.

Adelantado el trámite, mediante resolución N° 151 del 16 de junio de 2022, la autoridad administrativa, declaró a los niños en estado de vulneración, confirmó la medida administrativa de protección de amonestación a los padres y la de ubicación de los niños en centro de atención especializada modalidad interno en la Fundación la Casa de la Madre y el Niño, decisión que, no fue recurrida por los padres de los infantes, quienes estuvieron en la diligencia.

El 3 de agosto de 2022, la Defensoría de Familia del ICBF centro Zonal Revivir, realizó entrevista a la niña Juanita, de 8 años, sin que se observe, en tal diligencia, que haya manifestado el deseo de vivir con el padre, puesto que refirió,

(...) PREGUNTADO: Informa como te sientes en la Fundación casa de la madre y el niño

CONTESTADO: mal porque a veces me dan ensaladas y porque me quitan la comida

PREGUNTADO: Que actividades realizan en la Fundación casa de la Madre y el Niño

CONTESTADO: Hago ejercicio, salgo al parque, estoy en danzas y en coro.

PREGUNTADO: Quien te cuidaba antes de estar en la fundación

CONTESTADO: Mi papá y luego me llevaron a un hospital con Juanito mi hermano y me cuidaban unas doctoras y me daban el medicamento y me daba de comer y luego en unos días había llegado mi mama y luego me fui para Bienestar Familiar

PREGUNTADO: Te acuerdas porque fuiste al medico

*CONTESTADO: Porque es que mi papá me quería envenenarnos, el compró veneno al arroz y luego y luego tomó la foto y se la envió a mi tía y mi tía llamo a la policía y nos llevaron al hospital, pero mi papá ya **nos** perdonó.*

PREGUNTADO: Que te perdonó tu papá

CONTESTADO: Es que otro día sin culpa no había papel higiénico y yo fue a coger el papel cogí Juanito mi hermano lo alce para alcanzar el papel y luego tumbo todo hasta los huevos y esta vez el regaño fue comer arroz con huevo todo el día» (sic).

Como pruebas decretadas por la autoridad administrativa, se encuentra la declaración del padre de los niños José, adelantada el 1° de septiembre de 2022 en la que se consignó,

«PREGUNTADO. sabe usted porque está rindiendo esta declaración. CONTESTÓ: Si, Todo empezó cuando la señora María la mamá de los niños se fue para Pereira, y me dejo con JUANITA porque ella cuando se va me deja la niña, ella sabía que al irse nos dejaba afectados con las deudas que yo tenía en el banco, yo le propuse que yo le hacia los papeles del negocio y ella se quedara con los niños, para que los niños no le faltará nada y yo me iba de la casa y me hacía cargo de los bancos y ella no acepto y lo ideal es que mis hijos estén bien y no tuvieran que pasar por necesidades ni ella ni los niños porque es la mamá de mis hijos y porque yo la había encontrado trabajando en prostitución, ya después me di cuenta que se metió fue con el primo de ella, cuando yo me di cuenta yo me fui para Pereira atraer el niño, de ahí me lo traje y me lo lleve para mi pueblo agua de Dios y me entere que estaba trabajando en un bar swinger héroes Pereira, y yo la llame y le dije que dejará esa vida que ella no merecía eso y que siguiera estudiando, y ella no quiso y yo me fui para los niños para el pueblo y habían fiestas y nos fuimos de paseo con mis dos hijos, y entonces yo trate de manipular me tome varias fotos con los niños en un puente y yo le dije que me iba a lanzar con los dos niños en el puente y apague el celular y me fui para el hotel que había alquilado en Tocaima Cundinamarca y al otro día la pasaron todo el día en piscina con los niños y al siguiente día prendí el celular, actualice la foto de perfil y María me escribía varios mensajes y yo me hice pasar por una vieja y tenía le perfil de una vieja, pidiéndole recompensa, hasta que se dio cuenta que era yo (...) yo decidí votar mi carrera para darle a ella, ella se fue a vivir a Pereira y yo quede con la deudas, yo ya no aguantaba más porque el sueldo de Transmilenio cuando ella estaba era para los bancos y el negocio de eso vivíamos, entonces yo no sabía cómo hacer para manipularla, yo lo único que hice fue hacerle un video donde yo le echaba el veneno a un arroz y yo le dije que me iba a matar con los niños y eso yo hable con mi hermana Ana y fue entonces cuando llego la policía a la casa, entonces la policía se llevó los niños al hospital y yo me fui con ellos y nos hicieron unos exámenes a mí también y fue cuando nos separaron a los niños y a mí , yo me altere porque como dijeron que era unos exámenes pensé que me podía devolver para la casa y ya ingresaron a ICBF» (sic).

Así mismo, para la audiencia de fallo, fue allegado un concepto pericial elaborado por la trabajadora social del ICBF

de 16 de septiembre de 2022, en el que se señala como actuaciones relevantes,

*«(...) Es de anotar que durante los meses que se realizaron seguimiento el progenitor José allega en cada encuentro soportes de las atenciones realizadas desde psicología, psiquiatría y trabajo social a través de su Eps Sanitas, donde de acuerdo con la historia clínica de atención, tiene seguimientos por psiquiatría cada dos meses, con tratamiento farmacológico sertralina 50 mg una en la mañana y en el seguimiento de marzo le formularon levomepromazina 40 mg 3 gotas cada noche. Control el 2 de mayo de 2022. En el último seguimiento del 19 de abril de 2022 lo atiende el psiquiatra Dr. Pedro. Diagnóstico principal: episodio depresivo moderado. Estado de la enfermedad: controlado, confirmado repetido Diagnóstico 1: enfermedad por VIH. Estado de la enfermedad: controlado, confirmado repetido. Con tratamiento farmacológico. Diagnóstico 2. Problemas asociados con la acentuación de rasgos de la personalidad. Estado de la enfermedad: controlado, confirmado repetido. Donde también tiene tratamiento médico y farmacológico ante su diagnóstico de VIH, desde el área de psicología profundizaran en estos procesos, **aun así, no allega la realización de un proceso de intervención terapéutico a nivel personal, parental y familiar como lo solicito la psicóloga en la valoración inicial (...)**»*

Frente a la madre de los niños María señaló,

«Aun así y a pesar de las intervenciones y haber sido remitida a proceso terapéutico y a prueba Cuida, en ningún momento dio respuesta, ni vuelve a comunicarse o presentarse ante defensoría de familia, solo asistió en tres oportunidades, siempre tuvo una excusa ante su movilidad de Pereira a Bogotá, como que había arreglo en la línea o trancón o dificultad de conectividad o dificultades económicas, o alguna situación de salud que, llevaba a que no se hiciera presente ante las citaciones que por lo general tienen un mes de anterioridad a la siguiente para que pueda definir acciones a seguir para cumplir con ellas, principalmente para tener el compromiso de compartir con sus hijos JUANITA y JUANITO quienes se muestran afectados al no recibir las visitas o video llamadas de su mamá, lo que se puede identificar como una forma de Abandono, como la “desaparición y desentendimiento completo por parte de los padres con respecto al niño».

En el citado informe, se relacionan situaciones presentadas en la fundación en la que se encuentran

ubicados los niños, acaecidas en la visita que les realizó el padre el 16 de agosto de 2022,

«El 17/08/2022 se recibe correo informativo de la fundación CMN, en el que se reporta la siguiente situación presentada el día 16 de agosto en el horario de la tarde durante los encuentros familiares: “El Sr José se acercó a la fundación a las 2:30 de la tarde para el encuentro familiar con sus hijos JUANITO Y JUANITA, luego de fumar un cigarrillo. El señor cuenta con un diagnóstico de VIH y con un sistema inmune comprometido, por lo que valdría la pena explorar si el progenitor de JUANITO Y JUANITA comprende su condición de salud y los hábitos y comportamientos que necesita generar para cuidar de su organismo y su salud. Por otro lado, dentro del encuentro familiar, se identificó que Juanito fue evasivo frente a contacto físico, visual y a compartir actividades con su papá. Ante esto, el señor José decidió sostener a JUANITO en el sofá aprisionándolo con sus piernas en contra de su voluntad y haciendo cosquillas aun cuando Juanito gritaba y pedía que no lo molestaran. Esto permitió identificar dificultades en el progenitor para leer las necesidades emocionales de Juanito y para ajustar su respuesta como cuidador para brindar una atención oportuna, pertinente y adecuada. La psicóloga se acercó a la familia, el papá suavizó el agarre que tenía sobre Juanito y el niño se alejó rápidamente, entrando en llanto y manifestando que no quiere que lo molesten y no quiere estar con su papá. Respecto a esto, JUANITA manifestó que su papá no conoce a Juanito, pues no sabe que a él no le gusta que lo molesten luego de que él dice no pues Juanito no es un niño muy paciente. La psicóloga brindó retroalimentación al Sr José sobre el reconocimiento de emociones en su hijo y sobre la importancia de que el espacio del encuentro familiar se dé en el marco del respeto y pueda brindar a los niños un refuerzo de sus habilidades de autorregulación, autocuidado e interacciones saludables. Ante la retroalimentación el Sr José se observó molesto y, a partir de ese momento, dejó de prestarle atención a Juanito y lo ignoró durante el tiempo restante del encuentro familiar. En la interacción entre el progenitor y Juanita, se observó invasión del espacio personal de la niña sin respetar límites, sentándola en sus piernas de manera inadecuada y dándole besos en la boca con el tapabocas puesto. Si bien Juanita no manifestó incomodidad, se evidencia que el Sr José no reconoce esto como conductas de riesgo, normalizándolas para su interacción con otras figuras masculinas o como configuración de unos patrones de relación desajustados entre padre e hija”».

Y se resaltó que los menores *«identifican a su papá y mamá como familia vincular, sin embargo, se identifica en ambos hermanos dificultades en la comprensión de su motivo de ingreso relacionados con sus derechos en la infancia. **Dadas las características de su motivo***

de ingreso y proceso de crianza Juanito y Juanita han naturalizado el abandono de su progenitora y los discursos relacionados con la muerte de su progenitor».

Así mismo se observa que, se ubicó y entrevistó en el trámite administrativo a la familia extensa paterna y materna, quienes una vez valorados por psicología no demuestran vinculación emocional para conocer por la situación de los niños, y tampoco por querer hacerse parte como posibles cuidadores.

En el citado documento, luego de hacer un recuento detallado de las actuaciones adelantadas en el PARD, el seguimiento de los compromisos de los progenitores y de los menores en la Fundación, se concluyó,

«Con base en la información precedente y teniendo en cuenta que a la fecha no es posible asignar la custodia de los niños Juanito y Juanita a los progenitores MARÍA Y JOSÉ, ni a otro miembro de la familia extensa materna y paterna al no identificar una red de apoyo primaria fortalecida y comprometida, por las razones mencionadas anteriormente y al no contar con más red de apoyo, se determina que, ni los progenitores, ni la familia vinculada al proceso, no cuentan con la idoneidad para asumir de forma asertiva, el rol parental y el goce efectivo de los derechos de los niños, lo que permite establecer a la fecha que, la medida que mejor consulta en aras de brindar la garantía total de derechos frente a la custodia, cuidado, educación y protección de Juanito y Juanita, es la de la Adoptabilidad, para que sea en cabeza del Estado colombiano que se restablezcan los derechos de manera definitiva con base en el interés superior de los niños y niñas y tenga la posibilidad de crecer dentro de un núcleo familiar, teniendo en cuenta que es fundamental el derecho a tener una familia como “el grupo de convivencia, basado en el parentesco, la filiación y la alianza; sus miembros están ligados por sangre o por afinidad, lo cual crea una serie de relaciones, obligaciones y emociones. Es el espacio para la socialización del individuo, el desarrollo del afecto y la satisfacción de necesidades sexuales, sociales, emocionales y económicas, y el primer agente transmisor de normas, valores, símbolos, ideología e identidad, donde se focalizan las acciones de las demás instituciones” Ángela María Quintero (2004).

Es así como el escenario de una familia, se convierte en la posibilidad para que Juanito y Juanita se integre al seno de un hogar que les asegure un desarrollo integral en el marco de un ambiente protector, cálido, afectivo y seguro que le aporte a la formación que requiere de acuerdo a sus necesidades especiales, para que sea capaz de relacionarse competentemente en otros entornos sociales, fruto de procesos de socialización y educación impulsados por una familia y complementados por otros contextos, y así proveer no solo las necesidades de tipo material sino las afectivas, emocionales y sociales, que contribuyan con la garantía de sus derechos y el desarrollo integral».

Medios probatorios entre otros, que fueron tenidos en cuenta para la declaratoria de adoptabilidad de los niños Pulido, a quienes con la aludida determinación se les garantiza sus derechos fundamentales, prevaleciendo así su interés superior, pues si bien, el artículo 22 de la ley de la infancia y la adolescencia refiriere el derecho a tener una familia y no ser separada de ella, lo cierto es que la norma también señala que **«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»** (Resaltado de la Sala).

Situación esta última, que se acompasa con las particularidades del asunto objeto de estudio, toda vez que se demostró que los padres de los niños no son las personas idóneas para tener la custodia y cuidado de sus hijos, pese a los seguimientos que se realizaron frente a sus compromisos por más de 9 meses, sin resultados satisfactorios.

Y es que, más allá que el actor reconoce los hechos en los que puso en peligro a sus hijos, pretendiendo con tal

actuar, mantener la unión con la madre de estos y se sometió a valoraciones por psicología y psiquiatría, conforme los soportes que reposan en el expediente y que fueron allegados junto al escrito de impugnación, lo claro es que el accionante no adelantó un proceso de intervención terapéutico a nivel personal, parental y familiar como lo solicitó la psicóloga en la valoración inicial, además de las pautas de comportamiento que fueron demostradas en las visitas efectuadas a los hermanos Pulido, evidenciándose en algunas el inadecuado manejo de sus actitudes y comportamientos con los niños.

Ahora, si bien, las normas y los reiterados pronunciamientos de esta Corte han puntualizado que, en las actuaciones judiciales y administrativas, se debe respetar la garantía de los menores de edad a ser escuchados y que sus opiniones sean tenidas en cuenta para resolver los asuntos que los afectan, ha de señalarse que, de las entrevistas sostenidas con la menor Juanita en ningún momento manifestó el deseo de estar con su padre, pues lo señalado por la niña en sus manifestaciones de 14 de enero y 3 de agosto de 2022, fueron siempre las ideas suicidas de su progenitor.

Por su parte, se observa que el niño Juanito en la visita que realizó el padre el 16 de agosto de 2022 *«se alejó rápidamente, entrando en llanto y manifestando que no quiere que lo molesten y **no quiere estar con su papá**»*.

Todo lo expuesto, fue valorado por las autoridades accionadas para adoptar la decisión que ahora censura el actor, y es que, si en gracia de discusión se encontraran manifestaciones en las cuales los menores exteriorizaran su amor hacia sus padres y su deseo de estar con ellos, estas deben ser sopesadas con las restantes pruebas que obran en el proceso, que conduciría al fallador a adoptar la decisión que considere adecuada para los NNA.

7. Ante tal escenario, resulta razonable la medida de protección proferida por la autoridad judicial, en tanto que, la declaratoria de adoptabilidad, garantizará en forma óptima los derechos de los niños y el interés superior que les asiste, en razón a que han sido víctimas de maltrato físico y psicológico por parte de su padres, quienes no evidencian un real y verdadero compromiso de asumir la custodia de sus hijos, pues lo que se advierte es la conflictividad entre ellos, donde ninguno quiere que el otro asuma el cuidado de los infantes.

Por lo anterior, las decisiones proferidas tanto por el juez natural como por el constitucional se ciñen a los procedimientos establecidos en el Código de la Infancia y de la Adolescencia, y se adoptaron teniendo como objetivo fundamental el interés superior de los menores de edad.

8. Finalmente, ante la expectativa del accionante para que en esta sede de efectúe una valoración de las pruebas aportadas en el PARD o se determine si las mismas fueron apreciadas correctamente, debe señalarse que, el juez de

tutela no es el llamado a intervenir a manera de fallador de instancia para ordenar una determinada apreciación o valoración de los elementos probatorios.

Asimismo, como lo ha reiterado esta Sala, la valoración probatoria es donde más se demuestra la autonomía e independencia del Juez, pues es él, quien puede apreciar y valorar el material probatorio de la forma más idónea, fundamentándose en el principio de la sana crítica. (CSJ. STC7065-2019, STC8884-2020, STC 2462-2021 y STC2622-2022, entre muchas otras).

9. Conforme lo expuesto se confirmará la sentencia impugnada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de fecha, naturaleza y procedencia conocidas.

Comuníquese por el medio más expedito a los interesados y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala



HILDA GONZALEZ NEIRA

Salvamento de voto



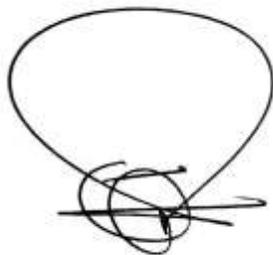
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Salvamento de voto



LUIS ALONSO RICO PUERTA

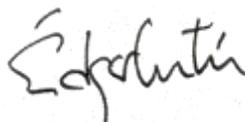
Magistrado

A handwritten signature consisting of a large, open loop at the top, with several smaller loops and a horizontal line crossing through the bottom of the main loop.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

A handwritten signature in cursive, starting with a large, sweeping 'F' and ending with a long, vertical stroke.

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

A handwritten signature in cursive, starting with a large 'E' and ending with a long, sweeping tail.

EDGAR ALBERTO CORTES MONCAYO
(Conjuez)



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO

MAGISTRADA HILDA GONZÁLEZ NEIRA
MAGISTRADO AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVE

Radicación n.º 11001-22-10-000-2023-00421-01

Con el mayor respeto hacia los Magistrados que acogieron la sentencia de la cual tomamos distancia, nos permito expresar los motivos de discrepancia con dicha solución.

1.- La Sala mayoritaria confirmó el fallo desestimatorio proferido el 10 de mayo de 2023 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la tutela que José en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores instauró contra el Juzgado Séptimo de Familia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – I.C.B.F.

Ello, con ocasión del proceso de homologación de la Resolución n.º 265 emitida por la Defensora de Familia del Centro Especializado Revivir, adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que declaró en situación

de adoptabilidad a sus hijos - niña de 9 años y niño de 6 años - y dispuso la terminación de la patria potestad de los progenitores (Rad. 2022-00876-00).

Sustentó tal providencia aduciendo que, confrontados los argumentos que fundamentan la acción de tutela con los expuestos por el Juzgado accionado en la determinación censurada, se encuentra una decisión no arbitraria o caprichosa y, por ende, no tiene aptitud para vulnerar los derechos fundamentales del aquí accionante.

Ello, porque:

«(...) 5.2 (...) el Juzgado Séptimo de Familia de esta ciudad, fundamentó la decisión de homologar el estado de adoptabilidad de los hermanos Pulido, tras considerar que «i) el origen del restablecimiento de derechos, fue el maltrato que recibieron por parte de su progenitor, el señor JOSÉ, constituido en constantes amenazas a su integridad física e involucramiento en sus problemas con la progenitora, ii) en entrevista practicada a la menor de edad JUANITA, esta señaló que “...mi papito se quería morir él siempre nos dice que se quiere ir al cielo y mi papá hizo un video cuando hizo el arroz y le puso el veneno para ratas, eso se lo envió a mi mamá y a mi tía Ana...”, iii) en entrevista practicada a la señora MARÍA, progenitora de los menores de edad, esta reportó “...un intento suicida de su parte ocurrido hace 1 año, al ingerir varias pastas de los medicamentos retrovirales esto ocurrido en convivencia con los niños, fue atendida por ambulancia estabilizada sin atención pertinente por psicología o psiquiatría...”, iv) la Trabajadora Social, al interior del proceso de restablecimiento de derechos, conceptuó que la progenitora solamente asistió en tres (3) ocasiones a visitar a los menores de edad, situación de la que se infería un posible abandono y v) de la revisión integral del expediente, resulta indiscutible que los progenitores MARÍA y JOSÉ no son idóneos para desempeñar el

rol de padres de los menores de edad JUANITA Y JUANITO, pues no solo los han involucrado en sus problemas de naturaleza sentimental (derivados de la ruptura), sino que los han puesto en evidente situación de peligro, sumado al hecho de que han intentado acabar con sus propias vidas; así mismo, ningún familiar de los menores de edad demostró de forma fehaciente interés en aquellos, situaciones que ponen en evidencia que las garantías de las menores de edad han sido conculcadas y por lo tanto las medidas adoptadas gozan del pleno respaldo fáctico, jurídico y probatorio».

Hizo referencia el Juzgado al concepto del Defensor de Familia adscrito a ese despacho, mediante el cual sugirió que los menores Juanita y Juanito debían continuar con la medida de adoptabilidad pues «desde la denuncia a la fecha las circunstancias que rodean a los NNs aludidos, ya institucionalizados y en ese entorno y apoyo, pese a su experiencia se están recuperando, como debe ser, lo que permite a este funcionario afirmar que el ICBF, El Estado y para este caso, son los llamados a asumir problemáticas sociales como la conocida (...)».

Refirió que, los motivos de reproche elevados por los padres de los niños, son simples manifestaciones o percepciones personales, que carecen de sustento probatorio, razón por la cual lo procedente era garantizar la satisfacción de los derechos de los menores de edad y dar aplicación al principio de su interés superior que es «(...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes...» (art. 7 de la Ley 1098 de 2006)»

2.- No compartimos tal determinación por las siguientes razones:

2.1.- De las circunstancias que habilitan la declaratoria de adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes; de la necesidad de evaluar los factores que dificultan que la familia de origen garantice sus derechos; y del deber de adoptar las medidas encaminadas a superarlos, a fin de preservar el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Dados los efectos que produce la «*resolución de adoptabilidad*», como es la separación de los menores de su familia de origen, la Sala ha dicho que solo puede abrirse paso de manera excepcional, cuando esté comprobado que el respectivo núcleo no es apto para garantizar sus derechos. Igualmente, ha de emitirse tomando en cuenta el interés superior, la prevalencia del derecho «*a tener una familia y a no ser separados de ella*», la prerrogativa a ser escuchados y que sus opiniones sean tenidas en cuenta para resolver los asuntos que los afectan, así como el debido proceso (STC3649-2020, STC1332-2021, STC11520-2022 y STC2761-2023, entre otras).

Por ese camino, deben evaluarse los factores que provocan que los parientes biológicos no cumplan con el deber de cuidado y protección hacia los menores, de forma que pueda determinarse **si en efecto justifican el rompimiento del vínculo familiar o, por el contrario, en aras de su preservación, son susceptibles de ser superados a través de la adopción de otras medidas**, con miras a asegurar que ese hogar permita «*su desarrollo armónico e integral*» (STC716-2023).

No en vano, el numeral 2° del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que «[l]os Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, **tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas**». Y a tono con ello, los numerales 1° y 3° del artículo 27 de la misma Convención consagra que también debe «garantizarse el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social», y, por ello, se deben adoptar «**medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho** y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda».

En armonía con lo anterior, el canon 44 de la Carta Política enseña que «la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores».

Esta Colegiatura, por su parte, ha resaltado que «(...) **las condiciones de los menores de edad, en especial, a las que han sido expuestas por parte de quienes, en primera medida, tienen el deber de protegerlos, deben valorarse a efectos de determinar si hay total abandono, bajo los presupuestos que lo caracterizan o, por el contrario, una falta de diligencia o capacidad, que pueda superarse con otras medidas y, llegado el caso, con el apoyo de las instituciones**». De allí que «**cuando ha sido expreso el deseo y voluntad de los padres de hacerse cargo de sus hijos, la ausencia de diligencia en el procedimiento administrativo, la falta de condiciones económicas (...) no justifican per se la pérdida de la patria potestad**», correspondiendo a la autoridad encargada de definir la situación del menor, «ejercer todas sus facultades, como director del

proceso, para valorar el asunto y ponderar, reflexivamente, los intereses en juego» (STC11520-2022).

De donde surge que los factores o circunstancias que puedan dificultar que la familia natural garantice su desarrollo armónico e integral no son razones suficientes para declarar a un niño en situación de adoptabilidad, deben ser sopesados con miras a superarlos, a través de la expedición de las medidas que resulten apropiadas para lograr que el medio familiar respectivo sea garante de sus atributos básicos.

2.2.- Sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el interés superior que les asiste.

Sobre las implicaciones del interés superior de los menores, la jurisprudencia constitucional ha destacado que:

*(...) En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes **en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos.** De ahí que la autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, **debe ser excesivamente celoso** no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44)» (CC, T-117/13).*

Por esa razón, esta pauta también se ha incorporado en el Código de la Infancia y Adolescencia como un imperativo que obliga a todas las personas a procurar la satisfacción integral de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, bajo su concepción de «*garantías universales, prevalentes e interdependientes*» (artículo 8, *ejusdem*).

Aunado a que, también se ha reconocido que «*cuando se presente un caso que involucre los derechos de un menor de edad, el operador jurídico **deberá acudir al concepto del interés superior para adoptar la decisión que más garantice sus derechos fundamentales.** En dicha labor, y cuando se enfrente a intereses contrapuestos, le asiste el deber de **armonizar** el interés del niño con los intereses de los padres y demás personas relevantes para el caso, **con la carga de darle prioridad al primero en razón de su prevalencia** (CP art. 44) y sin que la decisión necesariamente resulte excluyente frente a los intereses de los demás, siempre que ello sea fáctica y jurídicamente posible» (CC, T-730/15).*

Y, en eventos en los que se verifica la situación de aquellos, de cara a la eventual comisión de injustos penales o causas judiciales distintas, es importante resaltar que, a partir de una integración de los postulados derivados del artículo 44 de la Constitución Política y los instrumentos internacionales de protección de derechos – en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, integrante del bloque de constitucionalidad (canon 93 *ídem*) y por remisión del precepto 6.º del Código de Infancia y Adolescencia, incorporada a través de la Ley 12 de 1991–, **debe observarse que el tratamiento que reciban de la familia, la sociedad y de las instituciones del Estado garantice el respeto de su dignidad, autonomía y voluntad.**

Acerca del tema, el precedente constitucional ha sido prolífico, constante y reiterativo en enseñar que:

*(...) el **interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión.** Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de 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 este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor (CC, T-587/98).*

Así mismo, se ha dilucidado que el referido principio **«comporta que los niños sean destinatarios de un trato preferente, en razón a su carácter jurídico de sujetos de especial protección, y, por lo tanto, sus derechos deben ser valorados de acuerdo con las circunstancias específicas del caso.** Es decir, que el interés superior del niño tiene un contenido de naturaleza real y relacional, aspecto que demanda una verificación y una especial atención de los elementos concretos y específicos que identifican a los niños, a sus familias, y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente» (CC, T-1021/10).

Razón por la cual se ha recalcado que los organismos judiciales y administrativos tienen la obligación de concretar esos postulados, en especial:

i. *Deben contrastarse sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil.*

ii. **Los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor de edad en determinado proceso.**

iii. **Las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerar las valoraciones de los profesionales y aplicar los conocimientos técnicos y científicos del caso. Esto, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el niño, niña o adolescente.** El requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional.

iv. **Los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos.** Lo expuesto, en atención al impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad.

v. *Las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.*

Estos criterios giran en torno al principio pro infans. Este postulado consiste en la aplicación de las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. De esta manera, se torna en una “herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá

preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad”.

*En ese sentido, el principio pro infans tiene una innegable carga axiológica que orienta el ordenamiento jurídico. Particularmente, porque **obliga a las autoridades a garantizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales de los niños.** Es un mandato ineludible que reconoce la condición de vulnerabilidad de este grupo poblacional y salvaguarda la prevalencia de su interés superior en el proceso de interpretación y aplicación de normas, en particular, cuando se adopta una decisión que afecta los derechos de los niños. En suma, la Constitución y las reglas jurisprudenciales desarrolladas sobre la materia, imponen la obligación de aplicar el principio pro infans en los asuntos en los que se analicen hechos que atenten contra la integridad de los niños, niñas y adolescentes» (CC, T-351/21).*

Además, es de anotar que el principio *pro infans* debe ser observado en todas las actuaciones que involucren a los niños, niñas y adolescentes, y en especial en casos de disputa o tensión entre sus derechos y los de terceros, de modo que

(...) los operadores judiciales deben darle[s] prevalencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otras garantías de los intervinientes. Lo anterior, dada su prevalencia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran. En ese sentido, es una regla que obliga a esos operadores adoptar las medidas necesarias para proteger integralmente al niño y evitar amenazas a su integridad. De este modo, resulta ajustado a los postulados del artículo 44 de la Constitución establecer medidas para garantizar la dignidad de los niños, protegerlos en todas las etapas de los procesos judiciales y evitar escenarios de revictimización (ibídem).

Por ello, también resulta de gran utilidad memorar que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),

como intérprete por vía de autoridad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) –integrada mediante la Ley 16 de 1972 al orden interno–, ha enunciado importantes pautas – que deben ser observadas por las autoridades de los Estados parte, como Colombia– a la hora de evaluar las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales que involucren el ejercicio de sus derechos, relevando, en lo pertinente, que:

*(...) La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana **consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos.** Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, **el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.***

De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”.

*Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “**no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones**”; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los*

aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; v) **“la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”**, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo **que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”**.

Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, **deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos**. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que **el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que**

el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones. (Corte IDH, Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 feb. 2012, reiterada en STC4742-2023).

2.3.- Atendiendo lo antes reseñado, se advierte que la Defensoría de Familia y juzgado demandados al declarar en situación de adoptabilidad a los pequeños comprometidos, omitieron valorar su opinión, pese a que es evidente que en los asuntos judiciales en los que se involucre la discusión sobre sus derechos, no solo se debe garantizar las condiciones para ser escuchados, sino que además, se debe propiciar la ponderación de sus manifestaciones y la evaluación de la formación de su propio juicio sobre la situación escrutada; es decir, que sus opiniones sean tomadas en consideración para resolver de forma seria y sustentada; aspecto que, se itera, se pretirió en el *sub examine*, aun cuando lo que se está concretando atañe a un tópico esencial como es la separación de su familia biológica.

2.4.- Además, concluyeron la pertinencia de tan extrema determinación, basados en que los progenitores no tienen la capacidad para asumir de forma asertiva el rol parental y garantizar el goce efectivo de los derechos y necesidades a los infantes, máxime porque no se contó con familia extensa que pudiera asumir su manutención, estimando que **la única solución** para proteger su

integridad, era brindarles la posibilidad de ser incorporados al seno de un hogar que avale su desarrollo en un ambiente «*protector*», cálido y seguro, a través de la adopción.

Empero, respecto del padre de los niños, quien ha mostrado un evidente interés en obtener su custodia y cuidado personal, así como un decidido arrepentimiento de las conductas que llevaron a la separación de esa familia, no se propició un tratamiento útil que le permitiera superar el comportamiento desplegado, como tampoco fueron sopesadas las explicaciones que dio sobre sus actos, todo, en aras de procurar, en la mayor medida posible, el restablecimiento del vínculo paterno-filial, antes de optar por la declaratoria de adoptabilidad hoy reprochada.

En efecto, del *dossier* allegado se aprecia que respecto al accionante, los funcionarios cuestionados coligieron que no era la persona idónea para ejercer adecuadamente la responsabilidad paternal por tratarse de un hombre agresivo y con inadecuado control de sus emociones, ya que cometió «*manipulación como forma de maltrato hacia sus hijos*», cuando amedrantó con «*tirarse de un puente con los niños o lanzarse con ellos al río Bogotá para que su mamá nunca los pudiera ver*» o cuando envió un video a su ex pareja «*donde le estaba echando veneno para ratas a la comida que luego iba a ingerir con los niños*», todo para llamar la atención de esta y obligarla a retomar la relación; sin embargo, tal inferencia no encuentra respaldo en un concepto de carácter científico, que determinara si, en realidad, la patología que padece José es transitoria o permanente y si puede sobreponerse o, definitivamente, constituye un peligro para la vida o integridad de su prole o

si, como él lo afirma, se trató de actos deliberados que está en capacidad de no volver a repetir.

Ello, atendiendo a que el quejoso acepta que en su afán de conservar la unión con la madre de sus dos hijos creyó poder «manipularla, asustarla y atraer su atención» con llamadas telefónicas y fotos enviadas por mensajes vía *whatsApp* en donde al parecer se «vieran en peligro de fallecimiento los tres», situación que le pareció festiva, sin dimensionar las implicaciones que esto generaría, expresando ahora que su intención nunca fue la de hacer daño a los niños, lo cual, según las decisiones confutadas, no ocurrió.

Lo anterior conllevó a que se le ordenara iniciar proceso de sicología y siquiatria a través de la EPS Sanitas, allegándose los informes del 6 y 25 de mayo de 2022, donde se consigna:

«Se trata de un paciente masculino de 35 años, con diagnóstico de VIH desde 2016, en seguimiento por trastorno depresivo mayor y riesgo de personalidad del grupo B, con buena adherencia al tratamiento, en proceso de disminución de levomepromazina por mejora sintomática, en el momento con adecuado patrón de sueño y alimentación, con disminución de síntomas depresivos y ansiosos, adecuada funcionalidad global, sin evidencia de signos de alarma al examen mental, se decide continuar igual manejo, se suspende levomepromazina, se dan recomendaciones, signos de alarma y psicoeducación (Folio 496 expediente).

Tratamiento que continúa acatando conforme se entrevé en los anexos allegados por el inconforme a su escrito de impugnación, donde se observan documentos expedidos

por el Sistema de Registro Clínico Avicena y la EPS Sanitas respecto al control por psiquiatría y estado de salud del año 2023 (archivo 15. Escrito de impugnación), de cuyo contenido no se extrae que exista un dictamen o informe expedido por un experto para afirmar que el querellante padece de algún trastorno que definitivamente ponga en vilo la seguridad de sus hijos y que el mismo sea insalvable.

Tampoco se halló un esfuerzo adicional en la actuación criticada para provisionar al gestor de herramientas para ayudarlo a manejar de forma positiva su temperamento y emotividad, así como pautas de crianza y convivencia para ejercer de manera eficaz su rol como padre, pese a que, en contraste con el proceder de la madre, éste se mantuvo activo en el trámite y viene demostrando interés en mantener el contacto con sus descendientes, usando, incluso, elementos que dinamizaron las interacciones permitidas, tales como balones, bolos, muñecos, entre otros, según lo comunicó la Fundación “La Casa de la Madre y el Niño”, lugar al que fueron ingresados bajo medida protectora los pequeños.

Por el contrario, a José se le etiquetó desde el inicio como una persona violenta, inmadura e incapaz de desempeñar de forma positiva su papel, sin dársele la oportunidad de someterse al tratamiento terapéutico necesario para hacer frente a esas falencias y así, de resultar ello factible, garantizar a los niños la presencia y cercanía de uno de sus ascendientes en su crianza y formación.

Igualmente se advierte que el memorialista ante la resolución de adoptabilidad de sus hijos, no se dio por

vencido, en tanto hizo uso de este sendero como último recurso de defensa y suplicó por una «*segunda oportunidad*» tanto para él como para los menores de restablecer sus lazos y mantenerse unidos, reconociendo los errores del pasado y cumpliendo los controles a los que se encuentra sujeto dado su diagnóstico de «*trastorno depresivo mayor y riesgo de personalidad del grupo B*», lo que, en principio, muestra su compromiso en restablecer la relación y no renunciar a ella.

Memórese, la figura de la adopción, «*como mecanismo de restablecimiento de derechos*», tiene una naturaleza extraordinaria y excepcional que supone un uso razonado de esta facultad, como quiera que se trata de una medida sumamente drástica que implica la separación de un niño, niña o adolescente de su familia biológica; cuestión que no solo contraviene, en ocasiones, el deber estatal de **promover y conservar la unidad familiar**, sino que tiene **la posibilidad de causar efectos sumamente nocivos sobre los derechos del menor en el caso de que sea indebidamente implementada** (CC, T-019-2020).

En ese orden, el Estado tiene la carga de verificar que realmente no exista **ninguna alternativa** que permita la garantía de los derechos del menor al interior del núcleo familiar y, por ello, **debe agotar todas las medidas que puedan resultar idóneas para permitir la adecuación del ambiente familiar, a unos estándares mínimos para el desarrollo de los menores.**

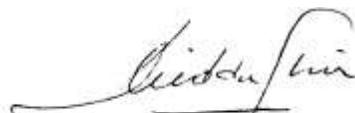
En el *sub examine*, no se advierte la exhaustividad de las actuaciones desplegadas por los funcionarios enjuiciados

para arribar a la «*declaratoria de adoptabilidad*», circunstancia que amerita la intervención de esta especial justicia para salvaguardar el interés superior de los hermanos, para que se proteja, en el mayor grado posible, la unidad familiar entre ellos y su padre.

3.- En conclusión, creemos que, con ocasión de la actuación adelantada para culminar con la medida extrema de situación de adoptabilidad, en las circunstancias descritas, están amenazados los derechos fundamentales tanto de los menores hijos como del padre.

En consecuencia, la providencia de primera instancia debió revocarse, con el fin de dejar sin efectos la resolución que declaró en situación de adoptabilidad a los menores y la providencia que la homologó (2 dic. 2022) en procura de un trámite garantista de los derechos de los hijos y de su progenitor.

Con el debido respeto, dejamos así consignada nuestra discrepancia.



HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada



AROLDO WILSON QUIROZ MONSLAVO

Magistrado