

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR ADOPTADO FRENTE A LA IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN*

JULIA SANDRA BERNAL CRESPO (PHD)**
Profesora de Derecho
Universidad del Norte (Barranquilla-Colombia)

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar la aplicación, por parte de la Corte Constitucional colombiana en un caso de adopción, del principio del interés superior del niño contenido en instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en la legislación interna. Para la Corte hay lugar a revocar una adopción, cuando el procedimiento de adopción tanto administrativo como judicial resulta abiertamente contrario a su objeto, que es precisamente el de restablecer los derechos fundamentales del niño.

I. CUESTIONES PREVIAS

1. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES DE EDAD

Los menores de edad además de ser titulares de los derechos fundamentales, son *sujetos de especial protección* constitucional; protección que tiene sustento en los postulados de la Constitución colombiana y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que reconocen el principio del *interés superior* de los menores de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

En el ordenamiento interno colombiano, la calidad de sujetos de *especial protección* deviene del artículo 44 de la Constitución Política al consagrar que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su derecho armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos. A nivel internacional la necesidad de proporcionar al menor de edad una protección especial, está enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación Infancia, Adolescencia y Juventud de la Universidad del Norte. Trabajo recibido el 12 de junio de 2012 y aprobado el 26 de diciembre de 2012.

** Profesora de Derecho en la Universidad del Norte, Barranquilla-Colombia. sbernal@uninorte.edu.co

los Derechos del Niño. En la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), en el principio II se señala que el niño gozará de una especial protección y que a través de leyes y otros medios se dispondrá lo necesario para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, en condiciones de libertad y dignidad. También se encuentra reconocida, entre otros instrumentos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10).

El principio *del interés superior* de niño, lo encontramos consagrado además de en la Declaración Universal de los Derechos del Niño, principio II, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (artículo 19) y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículos 3º y 21). A nivel interno el Código de la Infancia y adolescencia (Ley N° 1.098 de 2006), define en su artículo 8 (...) *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.*

Este principio se encuentra íntimamente ligado con el derecho que *tienen a ser escuchados*. La Convención de los Derechos del Niño lo establece en su artículo 12, cuando consagra la obligación de los Estado Partes de garantizar al niño que está en condiciones de expresar un juicio propio, el derecho de expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que los afecten, y en particular en todo procedimiento judicial o administrativo.

En el desarrollo de este artículo, el Comité de los Derechos del Niño, a través de la observación general número 12 (2009) especifica que esta garantía los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos; y que debe ser tomada en cuenta para la interpretación del resto de garantías.

En concordancia con lo anterior, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley N° 1098 de 2006) en su artículo 26, reconoce el derecho que tienen los menores a que se les apliquen las garantías al debido proceso en los siguientes términos: *En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional (Exp. T-722933, de 19 de junio de 2003; Exp. T-2.247.179, de 26 de agosto de 2009; Exp. D-8523, de 30 de

noviembre de 2011; Exp. T- 3.242.483, de 11 de abril 2012, entre otros) ha sido reiterativa al establecer que el principio del interés superior de los menores de edad se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a participar en las decisiones que los afecten. Para la Corte, éste es un derecho fundamental que conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos, para que los menores puedan ejercer su derecho de forma libre, y conlleva también la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, de valorarlas según su grado de madurez y de tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan.

1. SOBRE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

Tanto en la legislación anterior –Decreto 2737 de 1989, llamado Código del Menor– como en la actual –Ley N° 1098 de 2006, denominado Código de la Infancia y la Adolescencia– la adopción se define como *la principal y por excelencia medida de protección a través de cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.*

Para la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Exp. T-2125456, de 23 de abril de 2009; Exp. T-7222933, de 19 de junio de 2003; Exp. T- 2.161.446, de 1 de diciembre de 2009; Exp. D-2280, de 7 de julio de 1999, entre otros) esta definición no implica que por tratarse de *la principal y por excelencia medida de protección*, deba ser la que prime cuando un menor de edad sea declarado en abandono o en situación de riesgo. Por el contrario, la doctrina constitucional le apuesta a la institución familiar pues ella es el ámbito natural de desarrollo del menor y en consecuencia, a la permanencia en la familia biológica; salvo que, se demuestre razonadamente, que el menor de edad debe salir de ella y romper con su familia de origen para así lograr el restablecimiento de sus derechos. Por tanto, para la Corte, los funcionarios encargados deben tener especial cuidado de no afectar el derecho a la unidad familiar, cuando no existan razones significativas y reguladas por las leyes vigentes.

La razón de la adopción no debe ser otra que satisfacer el derecho fundamental de todo niño a tener una familia, a establecer vínculos de afecto y de interdependencia con su familia adoptiva, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral. La forma de garantizar este derecho es que sea *plena e irrevocable.*

II. ANTECEDENTES GENERALES

El 21 de agosto de 2009 la señora *Paulina*¹, actuando como agente oficioso de *Sofía*, quien es menor de dieciocho años, instauró una acción de tutela (amparo) en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y el Juzgado Noveno de Familia de *Ciudad Verde*, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de la menor a tener un hogar, a no ser separada de su familia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión.

La demandante funda su petición en los siguientes hechos:

1. *Sofía* nace el 04 de febrero de 1995. Su padre no la reconoce y su madre la entrega a la abuela materna de la niña a los 52 días de nacida.

2. Al fallecer la abuela materna, la niña queda al cuidado de su abuelo materno, de sus bisabuelos y tías y tíos maternos.

3. El 14 de enero de 2004, cuando *Sofía* tenía 8 años y 11 meses de edad, una tía de la niña, que se encuentra de visita, la saca con engaños del hogar y se la lleva a otra ciudad en donde la entrega al ICBF. Al entregarla aduce que *Sofía* no tiene a nadie que se haga cargo de ella, ya que los familiares con los que convive se hallan en situación de extrema pobreza, y además, que la niña era objeto de malos tratos y estaba expuesta a abuso sexual.

4. Como consecuencia de lo anterior, el ICBF en julio de 2004, mediante acto administrativo declara a *Sofía* en situación de abandono y posteriormente, con base en la sentencia proferida en julio de 2005 por el Juzgado Noveno de Familia en que se decreta la adopción, el ICBF entrega en adopción a la menor a la madre adoptante.

5. La familia de crianza de *Sofía* no conoció el acto administrativo que la declaró en situación de abandono, ni tampoco tuvo conocimiento oportuno de la sentencia que aprobó la adopción.

6. Según expresa la demandante, el Defensor de Familia no realizó una investigación con la familia extensa de la menor, y solamente tuvo en cuenta el consentimiento de la madre que la había abandonado a los 52 días de nacida. También manifiesta que cuando el abuelo se enteró, viajó a solicitar al ICBF la

¹ Se cambian los nombres de la menor, sus familiares, las ciudades, como medida de protección de la menor de edad. La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores implicados en procesos de tutela, así como los de sus familiares, en tanto medida de protección, ha sido adoptada por el Corte Constitucional en forma reiterada.

entrega de su nieta, pero los funcionarios le negaron la solicitud y le impidieron todo contacto con la menor.

7. Manifiesta, además, que el proceso de adaptación familiar de la niña no fue exitoso, pues desde los primeros días ésta empezó a exigir que la llevaran donde sus abuelos y su familia de crianza. Como consecuencia de los comportamientos desafiantes, la madre adoptante solicitó al ICBF que la niña fuera puesta en contacto con su familia biológica y que se revisara el estudio socio-familiar que dio origen a la declaratoria de abandono, debido a que las inconsistencias e incoherencias de la información y la reiterada solicitud de *Sofía* de que la regresaran donde su familia, indicaban que se había presentado una irregularidad en el proceso administrativo que llevó a la declaratoria de abandono.

8. Sostiene que el ICBF hizo caso omiso de la solicitud realizada por la madre adoptante, y por el contrario inició el trámite administrativo para entregarla nuevamente en adopción.

9. Con base en lo anterior, la demandante, quien es tía-abuela de *Sofía*, mediante la acción de tutela (amparo), solicita que se dejen sin efecto los trámites administrativos adelantados por el ICBF, así como la Sentencia de adopción proferida por el Juez de familia, por configurar una vía de hecho por defecto fáctico, error por consecuencia y desconocimiento del precedente constitucional.

10. En la contestación de la demanda, el ICBF, por intermedio de su director regional manifestó que no hubo vulneración alguna de los derechos fundamentales de *Sofía*, pues el instituto había actuado conforme con las declaraciones rendidas por la tía de la niña *Doris*, y por su madre *Andrea*. Por el contrario, considera que a la menor se ha brindado todo el cuidado y ayuda psicológica, después de la fallida adaptación con su madre adoptante. Por último, manifiesta que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para resolver el conflicto que se presenta, pues con ella se está buscando sustituir los instrumentos legales que se encuentran dispuestos en el código de la infancia y adolescencia y en el derecho de familia.

El Tribunal Superior de *Ciudad Verde*, Sala Segunda de Decisión de Familia, quien recibió y admitió la solicitud de tutela, mediante Auto de 17 de diciembre de 2009, se declaró *sin competencia* para tramitar la acción, al considerar que, como consecuencia de la revisión de la sentencia de adopción (...) por parte de la Sala Cuarta de decisión, era necesario integrar el contradictorio con la mencionada sala. En consecuencia, y con la finalidad de evitar futuras nulidades, dispuso la remisión del expediente a la Corte Suprema de Justicia.

III. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Mediante sentencia de trece (13) de octubre de dos mil nueve (2009), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia denegó la solicitud de amparo de los derechos invocados por la accionante, al considerar improcedente la acción de tutela debido al incumplimiento de los requisitos de subsidiaridad e inmediatez de la acción. Al respecto, el juez *a quo* constitucional señaló:

Que la calidad de agente oficioso con que actúa la señora *Paulina* no puede ser acogida en el presente caso, debido a que una vez se produce la adopción, se extinguen los nexos con su familia de sangre y la nueva familia viene a ser la de la adoptante, mientras no sobrevengan nuevas circunstancias que coloquen a la niña o al niño en un estado diferente. Por esta razón, al extinguirse los lazos filiales con la familia biológica, no existe mecanismo legal, para que cualquier persona, sea pariente consanguínea o no, pueda actuar como agente oficioso de la menor y menos con el propósito de restituirla al seno de su antigua familia. Reitera que por disposición normativa, tal proceder no está permitido, no hay derecho alguno que pueda vindicar la antigua familia para reclamar al adoptado. Lo anterior, como se ha manifestado, sin perjuicio de sobrevenir una situación que viabilice el estado propicio para que sea nuevamente adoptado, asunto que para la sala, en el caso sub judice no acontece.

2. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Mediante sentencia de primero (1) de diciembre de dos mil nueve (2009), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la sentencia de primera instancia. Se fundamentó igualmente en la consideración del juez *a quo* constitucional, de que la adopción extingue los lazos filiales del adoptado con su familia de sangre, razón por la cual no pueden, aunque se trate de personas consanguíneas, agenciar sus derechos.

Igualmente, indicó que no es posible conceder el amparo desconociendo las disposiciones legales que regulan la adopción, de forma que, no es a través de la acción de tutela que se puede obtener una solución a su situación, cuando en los aludidos asuntos y defensa de los mismos derechos fundamentales de aquellos menores, es celosa la ley.

3. DECISIÓN DE LA SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN DE TUTELAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante Sentencia T-844 de ocho (08) de noviembre de dos mil once² (2011), la Sala Séptima de revisión de tutelas de la Corte Constitucional:

REVOcó la Sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la que dictó la Sala Civil de esa misma corporación. En su lugar, *CONCEDIÓ* el amparo de los derechos fundamentales de la adolescente, en especial a tener una familia y no ser separada de ella; al debido proceso y ser oída en el procedimiento administrativo seguido por el ICBF.

DEJÓ SIN EFECTOS la Resolución expedida por el ICBF, por medio de la cual se declaró en situación de abandono a la menor y se ordenó como medida definitiva de protección la iniciación de los trámites de adopción y, la Sentencia proferida por el Juzgado de Familia en la cual se decretó la adopción de *Sofía*.

PERMITIÓ que la adolescente continúe conviviendo con su hermana por línea materna y los abuelos de ésta, quienes manifestaron su disposición de asumir su cuidado y a quienes la Corte los reconoce “como el de su entorno protector”.

IV. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Sala Séptima de la Corte Constitucional consideró que para resolver la tutela era necesario establecer si el ICBF y el Juzgado Noveno de Familia, “incurrieron en una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos y providencias judiciales respectivamente, al haber declarado en estado de abandono a *Sofía* y haberla entregado en adopción sin una investigación sobre su real situación, teniendo en cuenta que existían pruebas suficientes para determinar que *Sofía* no había sido abandonada y que existía familia extensa que podía hacerse cargo de su cuidado.

Lo anterior implica que la Sala deberá estudiar como asunto previo (i) la figura de la agencia oficiosa en la legitimación en causa por activa en el proceso de tutela, por cuanto los jueces de instancia no aceptaron la agencia oficiosa en este caso. Posteriormente, (ii) reiterará la doctrina constitucional relacionada con la procedencia excepcional de la acción de tutela, tanto contra providencias judiciales como contra actos administrativos, haciendo precisión en el denominado

² Corte Constitucional, Exp. 2.538.409, de 8 de noviembre de 2011.

defecto fáctico y la doctrina del error inducido; para después reiterar la posición constitucional frente, (iii) al derecho fundamental a preservar la unidad familiar y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y permanecer en ella”.

1. ASUNTO PREVIO: LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA EN LOS PROCESOS DE TUTELA. LA FIGURA DE LA AGENCIA OFICIOSA

1.1. EL artículo 86 de la Constitución colombiana consagra que toda persona puede interponer una acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, para invocar la protección de los derechos fundamentales. El Decreto N° 2591 de 1991, en su artículo 10, establece que la acción de amparo puede ser interpuesta i) por la misma persona afectada; ii) por intermedio de un representante; iii) a través del agente oficioso, cuando el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones de promover su defensa; iv) por el defensor del pueblo o v) por los personeros municipales.

1.2. La figura de la agencia oficiosa en materia de derechos fundamentales, está basada en tres principios constitucionales: i) *el principio de eficacia de los derechos fundamentales*, el cual implica la ampliación de los mecanismos institucionales para realizar efectivamente las garantías a favor de las personas; ii) *el principio de derecho sustancial sobre las formas*, que se encuentra en consonancia con el principio de justicia material, y que se refiere a que el procedimiento debe ser el vehículo que conduzca a la protección y a la realización del contenido de las garantías superiores, y iii) *el principio de solidaridad*, que hace referencia a que todos los miembros de la sociedad están llamados a velar no sólo por la protección de sus derechos fundamentales, individualmente considerados, sino que también deben estar comprometidos en la defensa de las garantías de aquellos que no pueden hacerlo por sus propios medios.

1.3. Cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de los menores de edad, que son sujetos de especial protección constitucional, tanto el Estado, como la sociedad y la familia, están obligados a garantizar su prevalencia, de acuerdo con los términos del artículo 44 de la Constitución. Se produce una corresponsabilidad de todos en la protección de este grupo, lo que significa que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente el cumplimiento y garantía de sus derechos; toda persona está legitimada para actuar en nombre de los menores que se encuentren en estado de riesgo o vulneración de sus derechos.

1.4. Por las razones expuestas, la sala disiente del argumento de la Corte Suprema de Justicia para negar el amparo que solicitó la señora *Paulina* a favor de la joven *Sofía*, cuando afirmó que ninguna persona está facultada legalmente para agenciar derechos del menor y menos para restituirlo al seno de la familia biológica. Para la sala esa postura es abiertamente contraria al texto constitucional, artículo 44, pues la Constitución permite que cualquier persona pueda hacer uso de todos los mecanismos judiciales y administrativos existentes en el ordenamiento para evitar la vulneración de los derechos y garantías de los menores, en donde la acción de amparo ocupa un lugar de privilegio.

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

2.1. En Colombia la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que haya vulnerado, vulnere o amenace derechos constitucionales fundamentales. (Decreto N° 2591 de 1991 artículo 5°).

2.2. Excepcionalmente procede cuando se interpone contra providencias judiciales, cuando éstas desconozcan los preceptos constitucionales y legales a los que deben ajustarse, y cuando se pretenda la protección de los derechos fundamentales y el respeto del principio de seguridad jurídica.

2.3. La Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005³, fijó una serie de presupuestos generales que de presentarse en su totalidad, facultarían al juez de tutela para revisar las decisiones judiciales puestas a su consideración.

Estos presupuestos son:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.*
- b. Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.*
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.*
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.*

³ Corte Constitucional, Exp. D-5428, de 8 de junio de 2005.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela”.

2.4. Además determinó en la misma sentencia, que el accionante debe demostrar la ocurrencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad o vicios en que pudo incurrir el juez al proferir la decisión discutida.

Para la Corte, las causales de procedibilidad obedecen a un concepto jurisprudencial, mediante el cual se hace referencia a aquellas actuaciones judiciales en las que el juez que resuelve un conflicto jurídico despliega una conducta que contraría el ordenamiento vigente, afectando derechos fundamentales. Ante la violación de derechos fundamentales por parte de los operadores jurídicos, y al no contarse con herramientas eficaces para solucionar tal situación, la acción de tutela aparece como el mecanismo idóneo para que se adopten las medidas necesarias que lleven a restablecer los derechos fundamentales afectados por una decisión judicial.

La jurisprudencia constitucional ha establecido las siguientes causales específicas de procedibilidad:

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

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

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

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

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

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

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

i. Violación directa de la Constitución.

3. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

El derecho al debido proceso, es un derecho fundamental que tiene aplicación tanto en las actuaciones judiciales como en las actuaciones administrativas, y que se encuentra consagrado en el inciso primero del artículo 29 de la Constitución.

Aunque los fines de un proceso judicial y administrativo son diversos, los dos tienen en común que están compuestos por etapas regladas y consecutivas que buscan de una forma razonada producir un resultado, teniendo como fundamento el respeto por el derecho fundamental al debido proceso de los sujetos en el concernidos, por tratarse de una garantía constitucional del Estado de Derecho. Lo anterior, hace importante que existan mecanismos como la acción de tutela para que si se presentan determinadas situaciones en que se vulnere un derecho fundamental, sea procedente su interposición. Es por ello que bajo el entendido que en los dos procedimientos, el judicial y el administrativo, hay derechos fundamentales en juego que pueden verse afectados frente a las actuaciones judiciales, la jurisprudencia constitucional ha elaborado toda una línea para explicar en qué casos procede.

Debido a que el caso que está sometido a revisión, la acción de tutela se dirigió contra una sentencia judicial y contra un acto administrativo; la Corte entra a estudiar las dos causales de procedibilidad de la acción de tutela, que considera son relevantes para resolver es caso; ellas son: *el defecto fáctico* y *el error inducido*.

3.1. En cuanto al *defecto fáctico*, esta causal se presenta cuando resulta evidente que se omitió decretar pruebas que eran necesarias o la valoración de las pruebas existentes fue caprichosa o arbitraria.

El defecto fáctico tiene dos dimensiones, (i) una dimensión negativa que tiene lugar cuando el juez o autoridad administrativa niega o valora la prueba de forma arbitraria, irracional y caprichosamente, u omite su valoración y, sin fundamento alguno, da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente (Corte Constitucional, Exp. T-17246, de 10 de diciembre de 1993). (ii) Una dimensión positiva, que generalmente se desarrolla cuando el juez o la autoridad administrativa aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada, que no ha debido admitir ni valorar y al hacerlo desconoce la Constitución (Corte Constitucional, Exp. T-42515, de 29 de noviembre de 1994).

3.2. En relación con el *error inducido*, la jurisprudencia constitucional ha establecido que éste se configura, cuando una decisión judicial pese a haber respetado el debido proceso, y valorado los elementos probatorios de forma plausible

conforme al principio de la sana crítica, y con fundamento en una interpretación razonable de la ley sustancial, ocasiona la vulneración de los derechos fundamentales, al haber sido determinada o influenciada por aspectos externos al proceso, consistentes en fallas originadas en órganos estatales (Corte Constitucional, Exp. 2.266.891, de 27 de agosto de 2009). En otras palabras, la autoridad judicial es inducida a error por conductas, hechos o fallas que son atribuibles a otros órganos del Estado.

4. EL DERECHO A LA PRESERVACIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sido reiterativa al afirmar que la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, que además debe ser conforme al derecho (Corte Constitucional, Exp. T-38359, de 13 de octubre de 1994. En el mismo sentido: Corte Constitucional, Exp. T-71149, de 12 de septiembre de 1995; Exp. T-2.247.179, de 26 de agosto de 2009).

Para la Corte la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva del derecho, genera para las autoridades públicas competentes dos deberes: uno de abstención, que se traduce en la prohibición de adoptar medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los menores de edad. El otro deber es el de implementar acciones positivas, programas de apoyo, dirigidas a mantener y preservar la unidad familiar, como los son, por ejemplo, familias en acción, madres comunitarias, comedores comunitarios, Hogar Gestor.

En relación con los menores de edad, el derecho que tienen a tener una familia y a no ser separados de ella, además de ser un derecho fundamental es un derecho prevalente por ser sujetos de especial protección constitucional, artículo 44 de la C.P. Además, tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías adicionales, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos.

En concordancia con lo anterior, el Código de la Infancia y la Adolescencia, consagra en su artículo 56 como una de las posibles medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, el ubicarlos en la familia de *origen o extensa* cuando éstos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos. Si de la verificación se desprende que la familia carece de los recursos económicos necesarios para garantizar el nivel de vida adecuado, le corresponde al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, brindarle a la familia los recursos adecuados hasta tanto ellos puedan garantizarlos.

V. EL CASO CONCRETO

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Para la Sala Séptima de la Corte, se vulneró el derecho al debido proceso cuando no se indagó sobre el entorno de crianza de la niña al momento en que la señora *Doris* la sustrajo de su ambiente familiar. No hubo tampoco una instancia real para controvertir las pruebas que se allegaron al expediente, ni para ejercer su legítimo derecho de defensa, núcleo esencial del derecho al debido proceso administrativo.

Resulta claro que en este procedimiento el ICBF se limitó a cumplir con las formalidades al obtener la autorización o consentimiento de la madre biológica de la niña, pero sin reparar que su obligación constitucional era proteger el derecho fundamental de la niña a tener una familia y no ser separado de ella.

Otro defecto fáctico fue omitir la práctica de pruebas relevantes para resolver el caso. La defensora de familia NO escuchó en declaración a la niña, dentro del trámite del proceso administrativo, lo que generó una vulneración del su derecho fundamental a ser escuchada, derecho consagrado expresamente en la Convención sobre Derechos del Niño y en la legislación interna. Se pone de relieve, que para la época en que el ICBF adelantó el trámite administrativo para decretar la medida de adoptabilidad, la niña estaba próxima a cumplir los 9 años de edad y su opinión hubiera permitido establecer su relación y la percepción que tenía frente a las personas con las que convivía, opinión que hubiese ayudado a establecer si en su caso se imponía como única forma de protección y realización de sus derechos fundamentales el separarla de su familia de origen, medida que debe ser excepcional, porque existe la presunción a favor de la familia biológica.

En relación con el proceso judicial, para la Sala es claro que el juzgado de familia incurrió en la causal específica de procedibilidad denominada error inducido, como consecuencia de la actuación administrativa que desplegó el ICBF. La configuración del error inducido se debe a que la sentencia se fundamentó en un acto administrativo que adolece de un defecto fáctico, por lo que si bien la actuación del juez no fue arbitraria, sí vulneró los derechos fundamentales de la menor, ya que le dio continuidad y ratificó una situación irregular, bajo la consideración de que la niña no contaba con una familia que pudiera hacerse cargo de ella.

2. LA ADOPCIÓN Y SU IRREVOCABILIDAD

La adopción, al ser una medida del restablecimiento de los derechos de los menores de edad, es irrevocable. La razón de ello, es que a través de un proceso

se demuestra que la familia de origen no está en condiciones de propender por el cuidado, respeto, amor y protección y, como tal se la declara no apta para seguir con el cuidado del menor de edad; como consecuencia se rompe todo vínculo con la familia de origen y pasa a formar parte de una nueva familia, de esta forma se realiza el derecho fundamental de todo menor de tener una familia. Por ello es inadmisibles que una vez que se han agotado todos los requisitos para que ésta sea procedente, se pueda revertir.

Sin embargo lo anterior, la irrevocabilidad de la adopción no significa que en los casos en donde se han desconocido los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente y los de su familia, ésta no sea procedente como algo excepcionalísimo, así como cuando los hechos que puedan dar origen a ella no pueden alegarse al interponer el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia judicial que declara la adopción. Lo anterior significa que la irrevocabilidad no se puede oponer cuando las actuaciones surtidas al interior del proceso administrativo de protección, han desconocido los derechos fundamentales del menor de edad. De ahí la importancia de que en el procedimiento, tanto los funcionarios del ICBF como los jueces, evalúen con rigurosidad las pruebas que obran en el expediente; además, que tengan en cuenta la opinión del menor y la participación de la familia de origen o extensa.

En otras palabras, en casos excepcionalísimos los jueces de familia y subsidiariamente los de tutela, pueden para dar prevalencia al interés superior del niño, revocar una adopción. Para ello es necesario demostrar defectos de tal naturaleza que permitan afirmar sin lugar a dudas, que el procedimiento administrativo como el judicial resultaron abiertamente contrarios a su objeto: el restablecimiento de los derechos del menor.

VI. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

Aunque estoy de acuerdo con casi toda la línea argumentativa y con la decisión de la Corte, considero que no se puede hablar de la revocabilidad de la adopción *para casos excepcionalísimos, como cuando se vulneran los derechos fundamentales del menor adoptado*. El planteamiento debe partir de la consideración que es una condición esencial para que se entregue en adopción un menor y para que se pueda calificar de irrevocable, el que no se le haya vulnerado sus derechos fundamentales. En otras palabras, la prevalencia del interés superior del menor, y el deber de garantizar por parte del Estado la efectividad de sus derechos fundamentales, son un requisito esencial para que se pueda calificar de irrevocable una adopción.

El deber de escuchar al menor de edad cuando éste está en capacidad de hacerlo, de poder participar en las decisiones que lo afecten, de escuchar a los miembros de la familia de origen y extensa, no son requisitos de forma, son la garantía de la efectividad de sus derechos a tener una familia que puede cuidarlo y protegerlo y a no ser separado de ella.

Tal y como se analiza en la observación general 12 del Comité de los Derechos del Niño, la relación entre el interés superior del niño (artículo 3º) y el ser escuchados (artículo 12), es una relación de complementariedad entre dos principios generales; no es posible aplicar correctamente el interés superior del niño sino se respetan los componentes del artículo 12. El principio de interés superior del niño refuerza la funcionalidad de este artículo, al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Sánchez con Inspección de Policía* (1993). Corte Constitucional 10 diciembre 1993 (acción de tutela T-576) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-576-93.htm
- Herrera con Secretaría de Educación* (1994). Corte Constitucional 13 octubre 1994 (acción de tutela T- 447) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-447-94.htm
- Urquijo con Sala de Decisión Penal* (1994). Corte Constitucional 29 noviembre 1994 (acción de tutela T-538) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-538-94.htm.
- Franco con García* (1995). Corte Constitucional 12 septiembre 1995 (acción de tutela T-408) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-408-95.htm
- Urrutia* (1999). Corte Constitucional 7 julio 1999 (acción de inconstitucionalidad C- 477) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-477-99.htm
- Beatriz con ICBF* (2003). Corte Constitucional 19 de junio de 2003 (acción de tutela T-510) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-510-03.htm
- Sandoval* (2005). Corte Constitucional 8 de junio de 2005 (acción de inconstitucionalidad C- 590) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-590-05.htm
- Rico con Alcaldía Mayor de Bogotá* (2009). Corte Constitucional 23 de abril de 2009 (acción de tutela T-293) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-293-09.htm

- Villabona con Alcaldía Municipal de Floridablanca* (2009). Corte Constitucional 26 de agosto de 2009 (acción de tutela T-572) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-572-09.htm
- Arrieta con Juzgado Primero Penal del Circuito* (2009). Corte Constitucional 27 de agosto de 2009 (acción de tutela T-590) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-590-09.htm
- Liliana con ICBF* (2009). Corte Constitucional 1 de diciembre de 2009 (acción de tutela T-887) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-887-09.htm
- Echeverry y otros* (2011). Corte Constitucional 26 de julio de 2011 (acción de inconstitucionalidad C-577) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm
- Paulina con ICBF y Juzgado de Familia* (2011). Corte Constitucional 8 de noviembre de 2011 (acción de tutela T-844) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-844-11.htm
- Camargo* (2011). Corte Constitucional 30 de noviembre de 2011 (acción de inconstitucionalidad C-900) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-900-11.htm
- XXX con ICBF* (2012). Corte Constitucional 11 de abril 2012 (acción de tutela T-276) en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Constitución Política de Colombia 1991. Gaceta Constitucional N° 116 de 20 de julio de 1991.
- Decreto N° 2737 de 1989. Código del Menor. Diario Oficial N° 39.080, 27 de noviembre de 1989.
- Decreto Ley N° 2591 de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial N° 40.165 de 19 de noviembre de 1991.
- Ley N° 1098 de 2006. Código de la Infancia y Adolescencia. Diario Oficial, N° 46.446, 8 de noviembre de 2006.
- Declaraciones y Convenios Internacionales en: http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp