TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo
Pereira, febrero veintiuno de dos mil once
Expediente: 66001-22-13-004-2011-00020-00
Acta N° 69 de febrero 21 de 2011

Procede la Sala a decidir la acción de tutela promovida por **Clemencia Arias Isaza** en contra del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar seccional Dosquebradas** y el **Juzgado de Familia** de esa misma localidad**.**

ANTECEDENTES

Clemencia Arias Isaza promovió esta acción de tutela para lograr la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la familia, violentados, dice, por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, seccional Dosquebradas, y el Juzgado de Familia de ese municipio y pidió que se les ordenara revocar las decisiones tomadas para que le permitieran ejercer su derecho de defensa y seguir en contacto con sus hijos.

Con ese fin, indicó que sus hijos Diego Alejandro y Yessica Alejandra Acevedo Arias, de 14 y 13 años, respectivamente, fueron retirados por el ICBF de Pasto en el año 2009, por presunta situación de irregularidad, ya que sostenían relaciones sexuales entre ellos, además de que Yessica abusó de su hija menor Wendy Fernanda Arias Arias; que fueron

trasladados al ICBF de Dosquebradas, pero no le autorizaban tener contacto con ellos, hasta el día 6 de enero cuando fue declarado el abandono y su estado de adoptabilidad; que nunca se le permitió realizar actuaciones tendientes a buscar la protección y ayuda para los mismos, en vista de que por causa de su trabajo debe desplazarse, pero siempre buscó personas de confianza para que los cuidaran; que cuando sucedieron los hechos, trató de hablar con ellos pero nunca fue posible y mediante sentencia proferida por el Juzgado de Familia se le informó que ya no podía tener contacto.

Dijo también que su hija, estando en la institución, se escapó en varias oportunidades y ella misma la encontró con un hombre mayor por lo que la regresó, pero que nunca se tomaron medidas y no se denunció la situación; que siente vulnerados todos su derechos como madre, porque en ningún momento abandonó a sus hijos y siempre estuvo al tanto de la situación, así como buscó por todos los medios que no se los retiraran y ello se lo solicitó en muchas ocasiones al juez, en aras de brindarles el apoyo psicológico que requieren.

A la solicitud se anexaron sendas copias de los registros civiles de nacimiento de los niños. La solicitud de amparo fue dirigida al Juez Penal del Circuito de Dosquebradas, el que por competencia la remitió con destino a esta Sala de Decisión; se le dio el impulso de rigor con auto del pasado 7 de febrero, concediéndole a quienes conforman la parte pasiva el término de dos días para que ejercieran su derecho de defensa, a la par que se solicitó la expedición y envío de copias de las piezas procesales de carácter relevante en la actuación de la que se duele la actora.

Se pronunció el Juez de Familia para expresar que efectivamente adelantó las diligencias correspondientes y que mediante sentencia del primero de diciembre de 2010 resolvió de fondo, declarando la adoptabilidad de los niños e impartiendo las órdenes que de tal decisión se desprendieron; que dispuso la remisión del expediente al I.C.B.F. para los

trámites de su competencia y que a pesar de lo tortuoso del expediente, hizo un minucioso estudio de la difícil situación que estuvo a su consideración y fue celoso en la protección de las garantías procesales, bajo una sentencia debidamente argumentada y soportada en las evidencias , en la normativa aplicable y en los antecedentes jurisprudenciales al respecto.

El ICBF Regional Risaralda, por medio de apoderada judicial intervino oportunamente, exponiendo, en síntesis, que de acuerdo con la información proporcionada por la Defensora de Familia del Centro Zonal Dosquebradas, los niños en cuestión fueron ubicados en el Centro Zonal Pasto, por la Policía de Infancia y Adolescencia, por las razones plasmadas en el libelo; que esa defensoría declaró la situación de vulnerabilidad de derechos de los niños y ordenó su traslado, así como las historias de atención, a la sede Dosquebradas para que se diera continuidad al proceso y por considerar que en el Hospital Mental de Pereira reposaba la historia clínica de Diego Alejandro, a la vez por solicitud de su progenitora, quien se iba a radicar en dicha municipalidad para un tiempo prolongado; que fueron ubicados provisionalmente en un centro de emergencia con la expectativa de ser reintegrados a su medio familiar, pero que un previo estudio permitió conocer que no se reunían las condiciones socio-familiares par ello.

Señaló que el ICBF de Dosquebradas perdió competencia para conocer de las diligencias, porque transcurrieron más de 4 meses desde que se abrió la investigación y por ello el expediente fue remitido al Juzgado de Familia, acorde con lo prevenido en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, despacho que dictó la sentencia que dispuso lo concerniente; que el instituto ha continuado con la medida de protección y se pudo conocer que la señora Arias Isaza, en repetidas oportunidades ha persuadido a sus hijos para que se evadan del medio institucional, y en una ocasión los trasladó a la ciudad de Quibdó, donde al parecer se presentó un nuevo episodio como el narrado en la solicitud, y previa localización de los mismos por el CTI y la Policía Nacional, fueron regresados y puestos a

disposición del juzgado; que en todos los medios que han permanecido, se ha presentado serios problemas de comportamiento, evasiones, anormalidad e irrespeto a las figuras de autoridad.

Finalizó su intervención, para precisar que en dichas condiciones y teniendo en cuenta lo expuesto, el ICBF no es el competente para asumir decisiones dentro del proceso que se adelanta, y que en todo caso, llama la atención, el hecho de que la accionante haya acudido a esta acción, cuando la misma procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, lo que no sucede en el presente caso, porque la ley ha consagrado los recursos a interponer.

Posteriormente, la demandante arrimó un escrito para dar cuenta de que su hija Yessica Alejandra le dijo que la ubicaron en una institución de bienestar familiar en la que meses atrás funcionarios de la misma entidad indicaron que la niña se había fugado, lo que fue confirmado por la misma, y a la vez hizo saber que se escapaba con personas mayores de edad para tener relaciones sexuales y se hallaba en camino de la drogadicción, lo que le causa preocupación; solicitó que se investigara a dicha institución por esa circunstancia y reclamó que se le concediera el derecho de ver a sus hijos.

Ahora se procede a resolver, previas estas:

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se erigió en el año 1991 como aquel instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que, por un hecho o una omisión de una autoridad, o de un particular en ciertos casos, los ven amenazados o vulnerados. Así

quedó establecido en el artículo 86 de la Carta y posteriormente en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992.

Tanto más realce alcanza este mecanismo de defensa, cuando sean personas de especial protección las que padecen la trasgresión, caso de los niños, niñas y jóvenes, los adultos mayores, los desplazados, las madres cabeza de familia, para citar algunos.

Precisamente, en esta oportunidad la señora Clemencia Arias Isaza acudió al juez constitucional en procura de la defensa de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y a la familia. Ahora que, un buen entendimiento de su escrito inicial permite percibir que su petición no se encamina solo a que se restablezcan esos derechos en cabeza suya, sino también de sus hijos Diego Alejandro Acevedo Arias y Yessica Alejandra Acevedo, ambos menores de edad, pues las decisiones que ataca por esta vía, los comprometen a todos ellos.

Corresponde definir a la Sala, entonces, si procede la acción de tutela contra decisiones judiciales; cuál es la regulación legal para declarar la adoptabilidad; si en las actuaciones surtidas ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y luego ante el Juzgado de Familia de Dosquebradas, se quebrantaron los aludidos derechos por no habérsele permitido a la demandante intervenir y aportar pruebas que demostraran su idoneidad para continuar con la protección de sus hijos; y, finalmente, si la respuesta a la trasgresión fuera positiva, si la orden que se imparta debe recaer en ambas autoridades o solo sobre una de ellas, habida cuenta de la pérdida de competencia del defensor de familia para conocer del asunto.

1. Reiteradamente se ha dicho que a pesar de la inexequibilidad de las normas que en el Decreto 2591 de 1991 preveían la acción de tutela contra providencias judiciales[1] el mismo se abre paso en

[1] Sentencia C-543-92

aquellos eventos en los que se incurra en una vía de hecho, o como se denominan ahora, criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones de los jueces, que la jurisprudencia se ha encargado de dividir en dos grupos: unos generales y otros específicos. Sobre ellos:

> La Corte alude a los *criterios* ***generales*** de procedibilidad para referirse "a *aquéllos requisitos que en general se exigen para la procedencia de la acción de tutela, pero que referidas al caso específico de la tutela contra providencias judiciales adquieren un matiz especial"* pues *"en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución."*[2]
>
> Entretanto, los criterios ***específicos*** o *defectos* atienden a los errores o yerros que contiene la decisión judicial cuestionada, resultando violatoria de los derechos fundamentales del peticionario[3].
>
> Así las cosas, los *criterios* ***generales*** para la procedencia de la acción de tutela, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional más reciente, son los siguientes:
>
> "*(i) Se requiere, en primer lugar, que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional y que, como en cualquier acción de tutela, esté acreditada la vulneración de un derecho fundamental, requisito sine qua non de esta acción de tutela que, en estos casos, exige una carga especial al actor; (ii) que la persona afectada haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance y haya alegado, en sede judicial ordinaria, y siempre que ello fuera posible, la cuestión iusfundamental que alega en sede de tutela; (iii) 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; (vi) en el caso de irregularidades procesales, se requiere que éstas tengan un efecto decisivo en la decisión de fondo que se impugna; y (v) que no se trate de sentencias de tutela."*[4]
>
> Mientras tanto, los *defectos* o *criterios* ***específicos*** de procedibilidad, los cuales deben revestir un carácter protuberante y presentarse de forma evidente en la decisión bajo examen[5], se han resumido en:
>
> *"(i) defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; (ii) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido o vulneró de manera definitiva el debido proceso constitucional del actor; (iii) <u>defecto fáctico</u>, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión o cuando deja de decretar o de valorar pruebas absolutamente necesarias – imprescindibles y pertinentes - para adoptar la decisión de fondo; (iv)*

[2] Sentencia C-590 de 2005
[3] Sentencia T-1240 de 2008
[4] Sentencia T-1341 de 2008
[5] Sentencia T-693 de 2009

> *<u>defecto material o sustantivo</u>, que surge cuando el juez decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales; cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; cuando hay absoluta falta de motivación; o cuando la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Constitución, establece, con carácter de precedente, el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario, sin motivación suficiente, contraria dicha decisión; (v) error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño o error grave, por parte de terceros y ese engaño o error, lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales."*[6]" [7].

El caso de ahora cumple, sin duda, aquellos criterios generales: el rompimiento del vínculo familiar frente a la declarada adoptabilidad de los niños, reviste un alcance supremo y de ser cierto que tras esa decisión se desconoció el debido proceso, estaría comprometido un derecho fundamental; la demandante, se sabe, participó en cuanto le fue posible en el trámite que es de única instancia, lo que le impide interponer recursos, más aún cuando el defensor de familia perdió competencia por el transcurso del tiempo, y allí solicitó protección para sus hijos y, además, le manifestó a los funcionarios su intención de cuidar de sus hijos; la sentencia del juzgado es del primero de diciembre pasado, es decir, que pasaron escasos dos meses hasta el momento de promoción de esta acción, es decir, que se cumple con el requisito de la inmediatez; la irregularidad procesal que se le achaca a los funcionarios tiene efecto sobre la sentencia cuya revisión se pretende; y, finalmente, no se trata de otra acción de tutela.

3. Ahora bien, lo que aduce la demandante es que en el trámite administrativo, y luego en el judicial no se le permitió intervenir y aportar pruebas para demostrar con pruebas que es una persona idónea para continuar con la protección de los niños.

De manera que lo que trasluce allí es un defecto procedimental, en la medida en que, de ser cierto el planteamiento de la

---

[6] Ibíd.
[7] Sentencia T-033-2010

accionante, se concluiría que el juez actuó al margen del procedimiento establecido para estos eventos.

De conformidad con lo reglado por el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006, corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos por la legislación interna e internacional a los niños, niñas y adolescentes, no obstante que la declaratoria de adoptabilidad es de competencia exclusiva del defensor de familia (art. 98 ibídem).

Con tal fin, la autoridad competente debe dictar un auto de apertura de la investigación (art. 100) que contenga:

> "1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos.
>
> 2. Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente.
>
> 3. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente."

Luego, el artículo 100 de la misma normativa señala que:

> "El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición. Este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron en la misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."

También contempla esta norma la pérdida de la competencia por parte de la autoridad administrativa cuando no resuelve

en el término de cuatro meses, caso en el cual debe remitir la actuación al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. A propósito de este parágrafo 2° del artículo 100, sea bueno resaltar que su exequibilidad fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2008, lo que dejó zanjada la discusión que en el curso de la actuación ante el Juez de Familia se dio sobre el particular.

Enseguida, el artículo 102 de la Ley señala que la mentada citación debe practicarse en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para la notificación personal, si se conocen la identidad y la dirección de las personas que deban ser citadas; en su defecto, mediante publicación en una página de Internet del ICBF y transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluya una fotografía del niño, de ser posible [8]

3. Conocido ya este marco normativo, puede descenderse al caso de ahora para concluir, sin ambages, que sí se conculcó el derecho al debido proceso de la demandante, y por ahí mismo el de los menores; es más, también el de otras personas, como se analizará, por dos evidentes razones. La primera guarda relación con el hecho de que nunca surtió el traslado de que trata el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, arriba citado, para que la madre, y no solo ella, sino también el padre de los niños, pudieran pronunciarse sobre la investigación y pedir o aportar pruebas que les permitieran, como ahora lo señala la accionante, demostrar que, en su caso, es una madre idónea y, probablemente, que las circunstancias especiales en las que se han visto involucrados sus hijos va más allá de su solo descuido, motivado en parte por la necesidad de dejarlos solos para poder trabajar y conseguir el sustento diario, pues no se olvide que son personas con cierta discapacidad mental.

Y la segunda, y más importante aún, radica en que en las diligencias administrativas se conoció que los niños fueron reconocidos

[8] La misma sentencia C-228 de 2008, señaló que la partícula "o" de loa norma debe entenderse como una "y".

por su padre, es decir, que en virtud de las reglas anotadas, él ha debido ser citado como su representante legal, y por supuesto interesado, a la actuación administrativa, lo que nunca se hizo, ni personalmente, ni por el medio expedito que señala la norma.

Y se dirá que esto no puede trascender para este caso, porque no es el progenitor quien reclama la protección de sus derechos; eso es verdad. Pero también lo es que como regla de orden interno y externo, los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a pertenecer a una familia y a no ser separados de ella (art. 44 C.N, principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño). Y una forma de privarlos de ese derecho es excluyendo a sus padres del ejercicio de la patria potestad, y cercenándoles a todos ellos, hijos y padres, la posibilidad de ejercer todos los derechos que la consanguinidad otorga, cuando se pone a los niños en estado de adoptabilidad.

También se replicará que el padre abandonó hace años a sus hijos; pero, a decir verdad, esa afirmación proviene de la misma demandante, y no existe una prueba que demuestre que efectivamente él se alejó del lado de sus hijos voluntariamente, que no quiso volver a preocuparse por ellos, ni quiere hacerlo en la actualidad; porque no se puede pasar por alto las dificultades que se han dado alrededor de la familia con los desplazamientos de la madre a diferentes partes del país, algunos de ellos en compañía de sus hijos, lo que bien podría representar una dificultad para el padre de estar al tanto de ellos. Son conjeturas, claro, pero todas ellas deben quedar despejadas en la actuación administrativa, o judicial, en su caso, antes de que se adopte la decisión más trascendental de todas las que tienden a la protección de los niños, niñas y adolescentes, que es la de separarlos definitivamente de su familia biológica.

Lo que significa, en últimas, que con actuaciones cercenadas como la que inició el Defensor de Familia, en la que, se insiste, no

se citó personalmente a los progenitores de los niños, o por lo menos de ello no hay evidencia, ni se corrió traslado de la actuación para que ellos pudieran pedir pruebas, se afecta en grado sumo el derecho de todos los integrantes de la familia, no solo de los representantes legales, sino de los niños que, a la postre, son quienes van a sentir el rigor de verse definitivamente separados de aquellos, situación que se acentúa más cuando se trata de personas que a su corta edad padecen cierto trastorno mental que les impide un adecuado desarrollo y comprender a cabalidad por qué se les separa de sus seres queridos.

Esa omisión del Defensor de Familia, se esperaba que fuera superada por el Juez de Familia, cuando recibió por competencia la actuación debido al vencimiento de términos; no se trata en este evento propiamente de la homologación de la decisión final de aquel, que no fue nunca adoptada, sino del ejercicio que se desprende del artículo 100 citado. Pero no fue así, porque si se lee el auto que entonces profirió, allí decidió "avocar" el conocimiento de las diligencias, compulsar copias a la Procuraduría, citar a la madre para *"notificarle personalmente esta providencia y recepcionarle declaración una vez se haga presente en el despacho"* y comunicar los resuelto al ICBF.

Se observa, pues, que tampoco el juez atinó a citar a los representantes legales de los niños (padre y madre), ni les corrió traslado para que ejercieran su derecho de defensa, es decir, para que pudieran aportar pruebas, como mandan las normas aludidas.

Así que tanto el Defensor de Familia como el Juez de esa especialidad de Dosquebradas violentaron el derecho fundamental al debido proceso.

4. Es del caso, entonces, despejar el último interrogante planteado, consistente en qué autoridad puede estar hoy día

en entredicho por haber trasgredido el derecho al debido proceso del que se queja la accionada. Sin duda, no es otro que el Juez de Familia de Dosquebradas, precisamente, porque en aplicación del mentado parágrafo del artículo 100, el Defensor de Familia que conocía de la actuación perdió competencia por el transcurso del tiempo y hubo de remitirla al funcionario judicial. Este, al recibirla, debe velar porque se cumpla el procedimiento a cabalidad, es decir, ejercer un control sobre lo que se surtió ante el Defensor, y guardar estrictamente el procedimiento en lo que a él le corresponde.

De manera que como ya el Defensor aludido carece de competencia, no podría sostenerse que en la actualidad pueda estar vulnerando el derecho cuya protección se reclama. Lo hizo, sí, pero aquella circunstancia, en la actualidad, no permite impartirle ninguna orden; por el contrario, ella debe recaer en el funcionario judicial que tiene a su cargo la actuación para que la rehaga, desde el auto mismo en que asumió el conocimiento, garantizando desde allí la participación del padre de los niños, sea que se le pueda citar personalmente, o bien por el medio supletorio que la ley prevé, y también brindándoles a los representantes legales de los niños la posibilidad de aducir pruebas en el traslado que se les debe dar para ejercer su derecho de defensa. Sólo de esa manera se podrá garantizar que la decisión de adoptabilidad se adoptó con apego a las reglas propias del proceso.

5. Como corolario de lo anterior, se concederá el amparo deprecado y se le ordenará al Juez de Familia de Dosquebradas que, en el término que se le señale, retome la actuación acogiendo lo dicho en precedencia.

Finalmente, en vista de que los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción deben ser reservados, según lo establece el artículo 75 de la Ley 1098 de 2006, para conservar esa misma orientación en este caso se dispondrá que

por la Secretaría sólo se permita acceder al expediente a los intervinientes y en caso de que por la publicidad que corresponde a la acción de tutela alguna persona requiriera copia de la presente providencia o de otra pieza procesal, se expida omitiendo los nombres y apellidos de los niños y sus representantes.

DECISIÓN

En armonía con lo dicho, la Sala Civil Familia del tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CONCEDER la protección invocada por Clemencia Arias Isaza, se entiende que en nombre propio y en el de sus hijos Diego Alejandro y Jessica Alejandra Acevedo Arias, respecto del derecho al debido proceso, frente a la Defensoría de familia del centro Zonal Dosquebradas y el Juzgado de Familia de la misma localidad.

2. ORDENARLE, en consecuencia**,** al Juzgado de Familia de Dosquebradas, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de este proveído, reasuma el conocimiento de la actuación y la deje sin efecto desde el auto con el que asumió el conocimiento para que desde allí, se ordene la citación de los representantes legales de los niños en la forma prevista en la ley de infancia y adolescencia y se les garantice el derecho de defensa con el traslado respectivo para que puedan ejercer su derecho de defensa.

3. Por carecer en la actualidad de competencia, ninguna orden se le imparte a la Defensoría de Familia; sin embargo, se le prevendrá para que en el futuro se abstenga de actuar como en esta oportunidad, pretermitiendo en casos como el de ahora la citación de los representantes legales de los niños, niñas y adolescentes y su oportunidad para pedir y aportar pruebas.

El Juzgado deberá informar a la Sala del cumplimiento de esta decisión.

Por su parte, la Secretaría de la Sala preservará la reserva de la actuación, según lo dicho en la parte motiva.

Notifíquese

Los magistrados

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

FERNAN CAMILO VALENCIA LÓPEZ **CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**