TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS EN TRÁMITE DE ADOPTABILIDAD/ Vulneración por conteo erróneo de términos que impidió a la madre biológica oponerse a la resolución de adoptabilidad

“(…) la madre de los niños presentó el 25 de junio de 2015 escrito de oposición, considerado por la Defensora de Familia y por el Juez de Familia, ambos de Dosquebradas, extemporáneo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Resolución 034, fue expedida el 21 de mayo de 2015 y en ella se le concedió a la madre de los niños la posibilidad de pedir reposición del acto administrativo en la misma audiencia de fallo o dentro de los tres días siguientes. Una vez corrido dicho término devenía la ejecutoria del fallo; no obstante lo anterior, se declaró al día siguiente.

Significa lo anterior que solo después de haber transcurrido los tres días sin haberse recurrido la resolución, empezaba a contar el término de 20 días para la oposición, plazo que se extendería hasta el 26 de junio de 2015. Como la oposición fue presentada el 25 de ese mes, no era del caso haberla dado por ambos funcionarios por extemporánea, por lo que era menester haber surtido el trámite.

(…) el Juez Único de Familia de Dosquebradas incurrió en la misma falencia y devolvió el expediente a la Defensoría de Familia el 9 de septiembre de 2015, a pesar de haber avocado el conocimiento del asunto el 29 de julio de 2015. Considera la Sala que el funcionario judicial una vez asumió el conocimiento de la homologación no era viable desprenderse del mismo, porque (…) fue interpuesta en tiempo oportuno (...)”

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Acta No. 136

Referencia: 66001-22-13-000-2016-00291-00

**I. Asunto**

Decide el Tribunal la acción de tutela presentada por el **Procurador Judicial 21 de Familia de Pereira**, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Risaralda y el Juzgado de Familia de Dosquebradas, Risaralda, trámite al que fueron vinculados los señores **Claudia Verónica Castaño Gaviria, Blanca Aliria Gaviria Ordoñez, Antonio José Castaño Pineda, Onésimo Gaviria Ordoñez** y **Luz Marina Jaramillo Marín**.

**II. Antecedentes**

1. El agente del Ministerio Público sostiene que las entidades tuteladas vulneran los derechos fundamentales de los menores VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS y ERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA, al debido proceso, a la integridad personal, a tener una familia y a no ser separado de ella, a la salud mental, psicológica, a la presunción en favor de la familia biológica y a la preservación de la unidad familiar.

2. En sustento de su queja, relata extensamente los hechos, de los que se compendia:

2.1. El 15 de enero de 2015, la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Risaralda, Centro Zonal Dosquebradas, inició Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos “PARD”, a favor de los niños VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS y ERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA, con base en una llamada anónima de una ciudadana, quien puso en conocimiento de esa institución hechos que vulneran sus derechos fundamentales.

2.2. El 23 de enero de 2015, la Defensoría de Familia de Dosquebradas profirió auto de apertura del PARD en favor de los niños CASTAÑO GAVIRIA, y el mismo día, fueron ubicados en hogares sustitutos, siendo separada VALERYN JESSENIA de sus otros dos hermanos.

2.3. El 21 de mayo de 2015, se realiza audiencia de práctica de pruebas y fallo, declarando en situación de adoptabilidad a los precitados niños.

2.4. Recalca el señor Procurador que en la Resolución No. 0034, en el "ARTÍCULO SEXTO", la Defensora de Familia les dice textualmente a los asistentes, abuelos maternos y la madre de los menores: "… que contra esta decisión procede únicamente el recurso de reposición del cual **deben hacer uso por escrito** en este acto o dentro de los tres (3) días siguientes al mismo. A quien no pueda ser notificado personalmente, se le notifica por edicto. Así mismo se les informa que dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa, para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustente la oposición conforme al parágrafo primero del artículo 107 de la Ley 1098 de 2006..." (Resaltado y negrilla fuera de texto).

2.5. El día siguiente, 22 de mayo de 2015, la Defensora de Familia profirió auto de ejecutoria de la anterior resolución, porque la madre de los niños y los abuelos maternos no interpusieron recurso de reposición.

2.6. El 25 de junio del mismo año, mediante apoderada, la progenitora de los menores, presenta escrito de OPOSICIÓN ante la Defensora de Familia.

2.7. El 13 de julio siguiente, la Defensora de Familia resuelve la solicitud de oposición y manifiesta que el término para OPONERSE venció el día 23 de junio de 2015, ello, teniendo en cuenta que el término de ejecutoria corrió a partir del día 25 de mayo, día hábil siguiente al auto de ejecutoria del 22 de mayo de 2015, sin embargo, manifiesta que dará trámite al mismo y lo remite al Juzgado de Familia el 27 de Julio de 2015.

2.8. El 29 de julio de 2015, el Juzgado de Familia de Dosquebradas, mediante autos números 1201, 1202 y 1203, avocó conocimiento del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, en favor de los menores VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS y ERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA y, por medio de las providencias 1433, 1434 y 1435 del 9 de septiembre de 2015, decidió devolver el expediente al ICBF sin darle trámite, acogiendo los planteamientos de la Defensora de Familia, con respecto al vencimiento de términos para oponerse al fallo de declaratoria en situación de adoptabilidad, sin que obre prueba en las copias remitidas a la Procuraduría, de que dicha decisión fuera notificada a la opositora.

2.9. El 22 de septiembre de 2015, la madre de los infantes interpone acción de tutela, *s*olicitando que le permitan visitar a los niños, amparo declarado improcedente por el Juez Penal del Circuito de Dosquebradas y confirmado por el Tribunal Superior - Sala Penal.

2.10. El 24 de noviembre de 2015, se presentaron a la Procuraduría de Familia la madre y la abuela de los infantes, allegando escrito sobre las presuntas irregularidades a lo largo del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, por lo cual este Despacho solicitó copias del expediente, siendo recibido en la Procuraduría Provincial el 30 de diciembre de 2015 y en ese Despacho al reintegro de las vacaciones, el día 12 de enero de 2016, donde cabe resaltar que la última actuación que reposa, es la nueva ubicación de ERICK SMITH en hogar sustituto.

3. Del título que denomina el tutelante en su escrito “OBJETO DE VULNERACIÓN” planteado ampliamente, se extracta lo siguiente:

3.1. El Juez de Familia de Dosquebradas, incurrió en error al no dar trámite al escrito de oposición, por considerar que los términos para presentarlo ya habían vencido, acogiendo los argumentos de la Defensora de Familia de Dosquebradas, cuando los mismos vencían el 25 de junio de 2015 y no el 23 de junio de 2015 como ambas instancias lo aseguraron.

3.2. El ICBF vulneró al derecho fundamental al debido proceso, lo que desencadenó la violación de otros derechos, porque no dio aplicación al artículo 106 inciso 3 de la Ley 1306 de 2009 (sic), que obliga a quienes intervienen en allanamiento para rescatar a un menor que se halle en situación de peligro**,** a levantar acta.

3.3. En el único informe de "*constatación de los hechos*" respecto al día en que retiraron a los menores, se indica las 3:30 pm como hora de la visita y en la valoración social se señala las “12: m.”

3.4. El allanamiento debió hacerse exclusivamente para rescatar a los niños y no para buscar evidencias, pues el hecho de que la Policía de Infancia y Adolescencia hubiera encontrado "una trilladora, cueros y una pipa" evidenciaría que la vivienda si fue registrada sin mediar orden judicial, como lo denunció la madre de los niños.

3.5. Al iniciar el PARD, se separó a VALERYN JESSENIA de sus dos hermanos, constituyéndose de entrada en una flagrante y abusiva violación a sus derechos fundamentales, después fue cambiada al hogar sustituto donde estaba su hermano DILAN ANDRÉS, yentoncesERICK SMITH fue separado de sus dos hermanitos.

3.6. La entrevista que se le hizo a la menor VALERYN JESSENIA, no se tomó con la presencia del Ministerio Público.

3.7. El peso y talla de los niños al momento de ser retirados, no reflejaba a unos niños desnutridos y abandonados, o que permanecieran en calle pidiendo comida. En las fotografías tomadas en su casa, como en el parqueadero en bicicleta antes de ser retirados, y en la primera visita que se le permitió a la familia biológica, cuando habían pasado solo 15 días, no se evidencian estas secuelas. En los primeros informes se destacan fortalezas de los niños, que no pueden corresponder a unos niños maltratados, las cuales indudablemente fueron adquiridas en su entorno familiar, aspecto que no se tuvo en cuenta por la Defensora de Familia.

3.8. Se basan los informes y la declaratoria en situación de adoptabilidad en dos presuntos testimonios de vecinos, sin existir una declaración firmada por ellos, como para que pueda darse pleno valor probatorio a esta prueba y sobre las direcciones registradas, manifiesta que se tiene conocimiento que no existen en el Barrio El Ensueño de Dosquebradas y la dirección carrera 27 A No. 57 - 33, corresponde a la señora MERCEDES a quien se refiere la abuela de los niños en la declaración que rindió y posteriormente declaró bajo juramento ante Notario que los abuelos de los niños son personas honestas, trabajadoras, que aman a sus nietos y son excelentes abuelos.

3.9. A juicio del Ministerio Público, la madre de los menores sí interpuso recurso de reposición en la audiencia de práctica de pruebas y fallo llevada a cabo el día 21 de mayo de 2015, donde se declaró a los niños en situación de adoptabilidad, por lo que considera “…*No puede exigirse a personas humildes, con bajo nivel intelectual y que carecen de conocimientos jurídicos, en síntesis, en estado de debilidad manifiesta para el caso, que interpongan un recurso como lo haría un intelectual o un abogado*…”, pues la progenitora expresó:

"La verdad yo quiero que los niños estén conmigo si me toca irme para un centro de rehabilitación, yo lo hago, yo quiero que mis hijos estén conmigo, quienes se han basado solamente en los dichos, no me han hecho seguimiento con pruebas y todo"

3.8. Considera que **e**n principio se justificó el retiro de los infantes por los graves hechos de "*la denuncia anónima de una ciudadana*", mas no la forma en que se realizó, posterior a ello, o una vez cumplidos los cuatro meses de la medida de ubicación en hogar sustituto, cuando se determinó que no existían argumentos sólidos para que los niños continuaran separados de su entorno familiar y que se les estaba causando más afectación que protección, pues, pudo otorgarse la custodia y cuidado personal a los abuelos para evitar lastimar **a** los menores, como lo ha venido haciendo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hasta la fecha.

3.9. En apoyo a su inconformidad respecto a la ejecutoria de la Resolución N° 034 de 21 de mayo de 2015, por medio de la cual se declaró en adoptabilidad a los menores CASTAÑO GAVIRIA, hizo un extenso escrito sustentando sus argumentos (fls. 23-28 Cd. de tutela).

4. Con estribo en los hechos que planteó en el escrito de tutela y los señalados como objeto de vulneración, solicita el señor Procurador que se deje sin efecto, tanto la Resolución No. 034 del 21 de mayo de 2015 por medio de la cual la Defensora de Familia de Dosquebradas declaró en situación de adoptabilidad a los infantes VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS **y** ERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA, como los autos interlocutorios 1433, 1434 y 1435 proferidos por el Juez de Familia de Dosquebradas. Además, que en virtud a la afectación psicológica que han padecido los niños se ordene su reintegro inmediato al hogar de los abuelos maternos, señores BLANCA ALIRIA GAVIRIA ORDOÑEZ yANTONIO JOSÉ CASTAÑO PINEDA.

5. Por auto del 10 de marzo del presente año, se dio trámite a la acción de tutela, concediéndoles el término de 2 días tanto a los accionados como a los vinculados para el ejercicio de su derecho de defensa.

5.1. El Juzgado de Familia de Dosquebradas, Risaralda, consideró que no era pertinente surtir la homologación por no haberse presentado la oposición en la oportunidad legal, de conformidad con las constancias procesales del expediente y solicitó negar la acción de tutela.

5.2. El apoderado judicial de los señores Claudia Verónica Castaño Gaviria, Blanca Aliria Gaviria Ordoñez, Antonio José Castaño Pineda, madre y abuelos de los menores CASTAÑO GAVIRIA, con apoyo en cita jurisprudencial que señala como precedente, dice que la verdadera y única pretensión de sus representados es restablecer el derecho que tienen los menores a la unidad familiar que está conformada principalmente por ellos tres, su otro hermano, su madre y sus abuelos.

5.3. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Defensora de Familia del Centro Zonal Dosquebradas del ICBF, en síntesis, señaló que no deben prosperar las pretensiones del accionante, toda vez que dentro del trámite del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de los menores CASTAÑO GAVIRIA no se vulneró derecho alguno a las partes en el proceso y mucho menos a aquellos.

5. 4. El ICBF Regional Risaralda, por intermedio de la Directora Regional, se pronunció sobre los hechos de la tutela y consideró que la actuación de la Defensora de Familia que adelantó el Proceso Administrativo se hizo con observancia de las formas propias del debido proceso del Código de Infancia y Adolescencia, consultando el interés superior de los niños consagrado en la Carta Política. Realiza una fundamentación jurisprudencial y en relación con las pretensiones indica que no es procedente acceder a ellas, porque la Defensoría de Familia de Dosquebradas, brindó todas las garantías procesales del debido proceso a las partes, siendo en extremo garantista de sus derechos y acceder a las pretensiones del demandante, sería poner a los niños en una situación de vulneración de sus derechos, dadas las condiciones de la progenitora y sus familiares que nos les garantizan un desarrollo integral.

**III. Consideraciones de la Sala**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991 y los pertinentes del Decreto 1382 de 2000.

2. Corresponde a esta Sala establecer si la Defensora de Familia del ICBF del CZ Dosquebradas y el Juez de Familia de la misma jurisdicción vulneraron los derechos invocados en el escrito de tutela a los niños VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS yERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA**,** dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, que culminó con la declaratoria de adoptabilidad de los mismos.

3. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política, son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, el nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Este artículo Superior también consagra que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Así mismo, reconoce a favor de la infancia los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad, encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional (contemporáneo), a través de diversos instrumentos que apuntan a ofrecerles un trato especial porque “*por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales*”. Entre los instrumentos internacionales a que se hace referencia, encontramos: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia.

4. Uno de los derechos constitucionales fundamentales y prevalentes del que son titulares los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional, es el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. Este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la obligación de preservarlo, en especial, la consagración constitucional de la familia como la institución básica de la sociedad (art. 5 y 42 C. P.).

5. De otro lado, el artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo, la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite. De manera que todo acto arbitrario, por ejemplo, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso.

6. En consonancia con lo anterior, es necesario señalar que el respeto a las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso constitucional, son aplicables al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrado en los artículos 96 a 108 del CIA), en cuanto se debe observar el principio de legalidad, el juez natural o legal (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa (que se materializa en el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, y a interponer recursos contra la decisión que se tome) y el debido proceso sin dilaciones injustificadas. Adicionalmente, debe cumplir con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que orientan las actuaciones administrativas en acatamiento del artículo 209 ibídem[[1]](#footnote-1).

7. Entonces, el proceso de restablecimiento de derechos es definido como un trámite administrativo que debe ceñirse a los postulados constitucionales y legales que iluminan el derecho fundamental al debido proceso. Su irrespeto por parte de la autoridad administrativa, habilita el que las decisiones irregulares puedan ser cuestionadas excepcionalmente por vía de tutela, siempre y cuando exista un perjuicio irremediable; indicando que el asunto debe abordarse asimilándolo a la tutela contra providencias judiciales.

**IV. El caso concreto**

1. Mediante la Resolución No. 034 del 21 de mayo de 2015, la Defensora de Familia del ICBF de Dosquebradas Risaralda, dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos adelantado en favor de los niños VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS yERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA, los declaró en situación de adoptabilidad. La progenitora de los menores presentó oposición ante la funcionaria del ICBF, quien la consideró extemporánea, sin embargo remitió la actuación al Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, para efectos de la homologación. El titular del despacho judicial decidió devolver la actuación al ICBF, en atención a la extemporaneidad de la oposición.

2. El señor Procurador de Familia considera que dentro del mencionado procedimiento se vulneraron los derechos al debido proceso, a la integridad personal, a tener una familia los niños y no ser separados de ella, a la presunción a favor de la familia biológica y a la preservación de la unidad familiar y por ello solicita que se deje sin efecto la Resolución No. 034 del 21 de mayo de 2015, por medio de la cual la Defensora de Familia de Dosquebradas, declaró en situación de adoptabilidad a los menores y también los autos proferidos por el Juez de Familia de Dosquebradas; además, pide se ordene el reintegro inmediato de los niños al hogar de los abuelos maternos.

3. En el análisis de procedencia de la acción de tutela, esta Sala considera que: (a) El asunto debatido reviste relevancia constitucional, pues la controversia versa sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales de unos menor de edad al debido proceso y a tener una familia y no ser separados de ella, por parte de la Defensora de Familia del ICBF Regional y del Juez de Familia de Dosquebradas, dentro proceso administrativo de restablecimiento de derechos a que ya se ha hecho mención. (b) Con respecto al requisito de subsidiariedad, esta Corporación considera que si bien pudo haberse agotado la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa, la rigidez de este requisito debe atemperarse para permitir la procedencia de la acción, en atención a la calidad de niños de quienes fueron declarados en situación de adoptabilidad. (c) Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela por parte del señor Procurador, quien está legitimado para interponer la acción tutelar en favor de los niños y niñas. (d) Que la parte actora ha identificado razonablemente tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados. Y (e) La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela; se impetra contra el acto administrativo expedido por la Defensora de Familia del ICBF de Dosquebradas y contra unas providencias judiciales dictadas por el Juzgado Único de Familia del mismo municipio.

En conclusión, encontramos que el caso que aquí se estudia, cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos y providencias judiciales, por lo cual pasará la Sala a revisar si sucede lo mismo con los requisitos especiales, esto es: (i) defecto orgánico; (ii) defecto procedimental; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material y sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; (viii) violación directa de la Constitución.

4. De la inspección judicial practicada al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, se puede establecer que:

4.1. A folio 1 del cuaderno principal del ICBF, aparece una solicitud de restablecimiento de derechos en favor de los niños, de fecha 15 de enero de 2015, la que “se direcciona” a la Defensora de Familia del Centro Zonal Dosquebradas.

4.2. El 23 de enero de 2015, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Dosquebradas ICBF Regional Risaralda, inició el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos “PARD”, a favor de los menores VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS y ERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA.[[2]](#footnote-2)

4.3. El 21 de mayo de 2015, se realizó la audiencia de práctica de pruebas y fallo, a la que asistió la madre de los menores, señora CLAUDIA VERÓNICA CASTAÑO GAVIRIA, y mediante la Resolución No. 034 del 21 de mayo de 2015, la Defensora de Familia declaró a los niños en situación de adoptabilidad.[[3]](#footnote-3)

En la resolución se informa que contra esa decisión *“procede únicamente el recurso de reposición del cual pueden hacer uso por escrito en este acto o dentro de los tres (3) días siguientes al mismo.”*

4.4. A folio 175 aparece una nota de la Defensora de Familia de fecha 22 de mayo de 2015, que dice: “*Teniendo en cuenta que las partes no interpusieron recurso contra la decisión adoptada en la audiencia de práctica de pruebas y fallo tal como lo ordena el artículo 107 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, permanezcan las diligencias por el término de veinte (20) días con el fin de que las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, crianza y educación de los niños puedan oponerse a la medida adoptada, para lo cual deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustenten la oposición*.”

4.5. Mediante apoderado judicial, la madre de los niños presentó el 25 de junio de 2015 escrito de oposición[[4]](#footnote-4), el cual fue resuelto por la Defensora de Familia, indicando que *“A pesar de que el escrito fue presentado de manera extemporánea, el proceso será remitido al Juzgado de Familia con el fin de que sea el Juez quien determine sobre la procedencia o no del trámite de homologación.”*[[5]](#footnote-5)

4.6. Mediante autos números 1201, 1202 y 1203 del 29 de julio de 2015 el Juzgado avocó el conocimiento de la homologación (un auto por cada niño) y por interlocutorios números 1433, 1434 y 1435 de 9 de septiembre de la misma anualidad, el funcionario judicial resolvió devolver las diligencias a la Defensoría de Familia (una providencia por cada menor), porque consideró que no era procedente remitirlas para su homologación, porque la resolución objeto de la misma quedó en firme al transcurrir veinte días después de su ejecutoria sin que se formulara la oposición[[6]](#footnote-6).

5. El parágrafo 2º del artículo 107 del C.I.A. prescribe que *“Dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa. Para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustenten la oposición.”*

Y el artículo 108 de la misma normativa dispone: *“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el parágrafo primero del artículo anterior, el Defensor deberá remitir el expediente al juez de familia para su homologación.”*

6. Ya se sabe, mediante apoderado judicial, que la madre de los niños presentó el 25 de junio de 2015 escrito de oposición, considerado por la Defensora de Familia y por el Juez de Familia, ambos de Dosquebradas, extemporáneo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Resolución 034, fue expedida el 21 de mayo de 2015 y en ella se le concedió a la madre de los niños la posibilidad de pedir reposición del acto administrativo en la misma audiencia de fallo o dentro de los tres días siguientes. Una vez corrido dicho término devenía la ejecutoria del fallo; no obstante lo anterior, se declaró al día siguiente.

Significa lo anterior que solo después de haber transcurrido los tres días sin haberse recurrido la resolución, empezaba a contar el término de 20 días para la oposición, plazo que se extendería hasta el 26 de junio de 2015. Como la oposición fue presentada el 25 de ese mes, no era del caso haberla dado por ambos funcionarios por extemporánea, por lo que era menester haber surtido el trámite.

7. De otro lado, el Juez Único de Familia de Dosquebradas incurrió en la misma falencia y devolvió el expediente a la Defensoría de Familia el 9 de septiembre de 2015, a pesar de haber avocado el conocimiento del asunto el 29 de julio de 2015. Considera la Sala que el funcionario judicial una vez asumió el conocimiento de la homologación no era viable desprenderse del mismo, porque como se vio fue interpuesta en tiempo oportuno, como así lo avisoró el señor Agente del Ministerio Público.

8. Vistas así las cosas, considera la Sala hubo de parte de la funcionaria del ICBF un evidente error en el conteo del término de ejecutoria del fallo y, por ende, del de oposición, que afectó directamente el derecho de defensa de la madre de los niños y de contera el de sus hijos. Igual sucedió en el Juzgado Único de Familia, por lo cual habrá de conceder el amparo constitucional frente a este último. Se negará frente al

9. En consecuencia, se dejarán sin efectos los autos números 1433, 1434 y 1435 de 9 de septiembre de la misma anualidad, mediante los cuales el funcionario judicial resolvió devolver las diligencias a la Defensoría de Familia, con el fin de que dé el trámite de ley a la homologación.

**V. Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONCEDER** el amparo constitucional invocado por el PROCURADOR JUDICIAL 21 DE FAMILIA DE PEREIRA, en favor de los niños VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS y ERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA, contra el Juzgado de Familia de Dosquebradas, Risaralda.

**SEGUNDO:** **DEJAR SIN EFECTOS** los autos números 1433, 1434 y 1435 de 9 de septiembre de 2015, mediante los cuales el Jugado Único de Familia de Dosquebradas resolvió devolver las diligencias a la Defensoría de Familia, con el fin de que dé el trámite de ley a la homologación.

**TERCERO:** **NEGAR** el presente amparo de tutela frente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Risaralda y a la Defensora de Familia del CZ Dosquebradas, vinculada.

**CUARTO:** Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5o. del Decreto 306 de 1992).

**QUINTO:** Si no fuere impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

5. De lo anteriormente relacionado, se tiene que la actuación administrativa no se inició de oficio, sino por una solicitud que aparece a folio 1 del cuaderno principal del ICBF, la cual tiene fecha 15 de enero de 2015, dirigida a la Defensora de Familia del Centro Zonal Dosquebradas, quien el 23 de enero del mismo año, dictó auto de apertura del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos “PARD”, a favor de los menores VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS y ERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA. La actuación administrativa culminó con la Resolución No. 034 del 21 de mayo de 2015, con declaratoria de adoptabilidad de los niños.

6. Dispone el parágrafo 2º del artículo 100 del C.I.A. que *“En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Vencido el término para fallar o resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conocimiento el asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo.” (Resaltado no original).*

7. Como se puede apreciar, desde la fecha de iniciación de la actuación administrativa (15-01-15), hasta la resolución que declaró en adoptabilidad a los niños (21-05-15), transcurrieron más de cuatro meses. Las actuaciones de la Defensoría de Familia solo podían ir hasta el 15 de mayo de 2015, de modo tal que las que se realizaron con posterioridad a esta fecha carecen de efectos legales, por haber sido proferidas sin la competencia para ello, al tenor de la norma transcrita del C.I.A.

La Defensora de Familia bien pudo solicitar a la Directora Regional del ICBF la ampliación del término de los cuatro meses por otros dos más, como lo contempla el artículo 100 en su parte final, sin embargo no lo hizo.

8. Así las cosas, siendo que la resolución por la cual se declaró a los citados menores en situación de adoptabilidad, fue proferida cuando la Defensora de Familia carecía de competencia, es evidente la vulneración al debido proceso, por cuanto se incurrió por parte de la citada funcionaria del ICBF en un error de procedimiento en la actuación administrativa desplegada para el restablecimiento de los derechos de los niños, que hace imperiosa la necesidad de intervención del Tribunal para dejarla sin efectos, como también todas las actuaciones posteriores.

9. Ante la pérdida de competencia del ICBF para resolver este caso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se ordenará enviar el proceso al Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, para que avoque proceso judicial de restablecimiento de derechos a favor de los niños VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS y ERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA, el cual deberá llevarse a cabo en máximo 6 meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia, como así lo ha ordenado en situación similar la Corte Constitucional en Sentencia T-768 de 2013.

Con fundamento en dicha providencia tutelar, se ordenará que los niños permanezcan en hogar sustituto hasta tanto el Juzgado de Familia de Dosquebradas tome una decisión de fondo dentro del trámite judicial de restablecimiento de sus derechos y se ordenará se permita a la señora Claudia Verónica Castaño Gaviria visitas constantes a sus hijos. Para ello, el ICBF deberá poner a disposición de los menores y de su madre, personal especializado, como trabajadores sociales y sicólogos, que les brinden las herramientas para que la recuperación de sus lazos familiares no causen un impacto emocional negativo, ello, hasta tanto el Juzgado tome una decisión de fondo dentro del trámite judicial de restablecimiento de los derechos de ellos.

10. Finalmente, vale la pena señalar que el artículo 108 del C.I.A. dispone: *“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el parágrafo primero del artículo anterior, el Defensor deberá remitir el expediente al juez de familia para su homologación.”*

Ya se sabe, mediante apoderado judicial, que la madre de los niños presentó el 25 de junio de 2015 escrito de oposición el cual fue considerado por la Defensora de Familia y por el Juez de Familia, ambos de Dosquebradas, extemporáneo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Resolución 034, fue expedida el 21 de mayo de 2015 y en ella se le concedió a la madre de los niños la posibilidad de pedir reposición del acto administrativo en la misma audiencia de fallo o dentro de los tres días siguientes. Una vez corrido dicho término devenía la ejecutoria del fallo. No obstante lo anterior, su ejecutoria se declaró al día siguiente.

Significa lo anterior que solo después de haber transcurrido los tres días sin haberse recurrido la resolución, empezaba a contar el término de 20 días para la oposición, plazo que se extendería hasta el 26 de junio de 2015. Como la oposición fue presentada el 25 de ese mes, no era del caso haberla dado por ambos funcionarios por extemporánea y, en consecuencia, era menester haber surtido el trámite.

Considera la Sala que vistas así las cosas, hubo de parte de la funcionaria del ICBF otro evidente error de procedimiento, que afectó directamente el derecho de defensa de la madre de los niños y de contera el de sus hijos.

**V. Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONCEDER** el amparo constitucional invocado por el PROCURADOR JUDICIAL 21 DE FAMILIA DE PEREIRA, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Risaralda y el Juzgado de Familia de Dosquebradas, Risaralda, a la que se vinculó a los señores Claudia Verónica Castaño Gaviria, Blanca Aliria Gaviria Ordoñez, Antonio José Castaño Pineda, Onésimo Gaviria Ordoñez y Luz Marina Jaramillo Marín

**SEGUNDO:** **DEJAR SIN EFECTO** la Resolución N° 34 del 21 de mayo de 2015, emitida por la Defensora de Familia del ICBF CZ Dosquebradas del ICBF, por medio de la cual falló el proceso administrativo de restablecimiento de derechos adelantado en favor de los niños VALERYN JESSENIA, DILAN ANDRÉS y ERICK SMITH CASTAÑO GAVIRIA, los declaró en situación de adoptabilidad y dispuso su vinculación al programa de adopciones.

**TERCERO: ORDENAR** la remisión del expediente administrativo al Juzgado de Familia de Dosquebradas, para que en el término máximo de 6 meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia, profiera una decisión de fondo respecto al restablecimiento de los derechos de los citados niños.

**CUARTO: ORDENAR** que los niños permanezcan en hogar sustituto hasta cuando el Juzgado tome una decisión dentro del trámite judicial de restablecimiento de sus derechos.

**QUINTO: ORDENAR** que se le permita a la señora Claudia Verónica Castaño Gaviria, realizar visitas constantes a sus hijos. Para ello, el ICBF deberá poner a disposición de los menores de edad y de su madre, personal especializado, como trabajadores sociales y sicólogos, que les brinden las herramientas para que el restablecimiento de sus lazos familiares no causen un impacto emocional negativo, ello, hasta tanto el Juzgado tome una decisión dentro del trámite judicial de restablecimiento de los derechos de los menores de edad.

**SEXTO: COMPULSAR** copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales inicie las investigaciones a que haya lugar contra la Defensora de Familia del ICBF CZ Dosquebradas que intervino en el proceso administrativo de protección, el cual dio origen a la resolución que declaró en situación de adoptabilidad a los niños a favor de quienes se instauró la presente acción de tutela.

**SÉPTIMO:** Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5o. del Decreto 306 de 1992).

**OCTAVO:** Si no fuere impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-768 de 203 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 17-20 c. ppl. ICBF. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 153-174 ib. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 206 y 250-260 c. No. 2 Expediente Castaño Gaviria Valeryn Jessenia del ICBF. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 266-267 ib. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 290-292 ib. [↑](#footnote-ref-6)