

REPORTE DE CONSULTA

RELEVANTE

SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA

ID	: 800719
M. PONENTE	: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
NUIP	: T 0500122100002023-00019-01
NÚMERO DE PROCESO	: T 0500122100002023-00019-01
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: STC2761-2023
PROCEDENCIA	: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
CLASE DE ACTUACIÓN	: ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 24/03/2023
DECISIÓN	: REVOCA CONCEDE TUTELA
ACCIONADO	: JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE BOGOTÁ
ACCIONANTE	: DEFENSORA DE FAMILIA ADSCRITA AL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
FUENTE FORMAL	: Código de Infancia y Adolescencia art. 36, 108, 123 / Ley 1878 de 2018 art.8, 123 / Decreto 987 de 2012 art. 41 / Convención sobre los Derechos del Niño art. 3 num. 2 / Convención sobre los Derechos del Niño art. 27 num. 1, 3 / Ley 1448 de 2011 art. 13 / Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad art. 7 / Ley 1996 de 2019 art. 7

ASUNTO:

SUPUESTOS FÁCTICOS: La accionante, quien se desempeña como defensora de familia, adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, solicita dejar sin efecto la decisión proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, mediante la cual, declaró en adoptabilidad al menor de edad Samuel, y que en su lugar, se tomen medidas que

garanticen su bienestar, como ubicarlo en un entorno familiar bajo el cuidado de su madre y vincularlo a programas de fortalecimiento para niños con discapacidad y sus familias. La funcionaria también solicita, que se cierre el proceso de restablecimiento de derechos, ya que las medidas solicitadas no requieren de un proceso activo, afirma que han surgido nuevas circunstancias indicativas de que la ejecución de la medida de adoptabilidad no es adecuada y que se ha desconocido la prevalencia del interés superior del menor. La demandante, señala que el adolescente se ha evadido del Instituto de Protección donde estaba internado mientras se adelantaba el trámite de adopción, y ha regresado al lado de su progenitora, igualmente, señala que los profesionales del área de trabajo social y sicología que lo evaluaron, «conceptuaron la pertinencia de la continuidad del adolescente en medio familiar, sugiriendo además, su vinculación» a la medida denominada «Modalidad para el fortalecimiento de capacidades de NNA con discapacidad y sus familias». Asimismo, precisó que para adolescentes con la edad de Samuel son casi nulas las posibilidades de consecución de una familia, a través de la adopción, con mayor razón, cuando el «Comité de Adopciones afirmó que [él] no tendría el perfil para los programas de la iniciativa». El juzgado mencionado, se opone a la solicitud, bajo el argumento de que la declaración de adoptabilidad está en firme y no puede ser revocada. La Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, niega el amparo solicitado, respaldando la resolución de adoptabilidad y argumentando que las nuevas circunstancias por las que atraviesa el menor, no son razones para variar esa determinación; afirma, además, que corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tomar las medidas necesarias para su cumplimiento. PROBLEMA JURÍDICO: 1. ¿Se vulneran los derechos al debido proceso, de los niños, las niñas y los adolescentes, y de las mujeres a una vida libre de violencia con la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, mediante la cual, declaran al adolescente con discapacidad en situación de adoptabilidad, con base en que se encontraba en situación de abandono, por cuanto su madre se vió obligada a delegar en terceros su cuidado personal? 2. ¿La decisión de una madre de delegar el cuidado personal de su hijo en terceras personas, demuestra su falta de capacidad para ejercer su rol de madre?

TEMA: PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR - Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: irrevocabilidad

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR - Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: deber del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de acatarla

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -
Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: efectos jurídicos

Tesis:

«(...) Ciertamente, la resolución por medio del cual se declara en situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, una vez en firme, es irrevocable. Por ende, es deber del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cumplir dicha determinación, a fin de salvaguardar el derecho de aquellos a pertenecer a una familia, sin que la alteración de las circunstancias que originaron su expedición, o las dificultades que surjan en el camino de su ejecución, habiliten su revisión y posterior reforma

en efecto la declaratoria de adoptabilidad es una de las medidas a la que puede acudir la autoridad administrativa o la judicial, cuando la primera pierde competencia, para proteger y restablecer los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En virtud de ella, aquellos son separados de su familia de origen, con el fin de vincularlos a una nueva familia, que a diferencia del primer núcleo, garantice todos sus derechos y su desarrollo integral.

A diferencia de otras medidas, que pueden tener el carácter de transitorias, la declaratoria de adoptabilidad es irrevocable, al punto que genera la terminación de la patria potestad e impide que, con posterioridad, los padres biológicos intenten cualquier acción encaminada a restablecer el vínculo filial».

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -
Medidas de protección - Homologación de la declaración de adoptabilidad:
competencia del juez de familia

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -
Medidas de protección - Homologación de la declaración de adoptabilidad:
trámite

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -
Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: improcedencia de la reclamación de maternidad o paternidad, o del reconocimiento voluntario del menor, después de ejecutoriada la providencia que declara la medida

Tesis:

«(...) el canon 108 del Código de Infancia y Adolescencia, modificado por el artículo 8° de la Ley 1878 de 2018 consagra:

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

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

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

Asimismo, el precepto 123 del mismo Código dispone que

"[I]a sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano; producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil.

Si el juez advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane."

"En firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho"».

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -
Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: ejecución de la medida

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR - Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: improcedencia de la revocatoria de la medida con base en la modificación de los hechos que le sirvieron de fundamento

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR - Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: competencia de la Subdirección de Adopciones del ICBF, de buscar las alternativas para diseñar los proyectos de vida de los niños, niñas y adolescentes, a quienes por sus características especiales se les dificulte restituirle el derecho a pertenecer a una familia, a través de la adopción

Tesis:

«(...) una vez comprobada la necesidad de que el niño, niña o adolescente deba ser declarado en situación de adoptabilidad, el paso subsiguiente es ejecutar la medida con miras a incorporarlo a otra familia, a través de la adopción. Por lo cual, las alteraciones de los hechos que, en su momento, soportaron la medida, como lo sería la mejoría de las circunstancias del medio familiar de origen, no puede provocar su revocatoria, ni, por tanto, el restablecimiento de la situación jurídica del beneficiario, anterior a la resolución de adoptabilidad.

Tampoco pueden tener esa virtualidad, las eventuales dificultades que surjan a raíz de la ejecución de esa decisión, ya que, de todos modos, le compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien lidera el Programa de Adopción, adelantar las "actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia". De allí que, como lo dijo el a quo constitucional, el artículo 41 del Decreto 987 de 2012, prevea que es competencia de la Subdirección de adopciones, "[a]delantar las acciones tendientes a la búsqueda de alternativas para los niños, niñas y adolescentes con declaratoria de adoptabilidad, a quienes por características especiales se les dificulte restituir su derecho a pertenecer a una familia a través de la adopción y en este sentido, diseñar proyectos de vida para los mismos".

De no ser así, la situación del menor siempre quedaría en vilo, supeditada al vaivén de las circunstancias, y en desmedro de sus garantías superiores».

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: el reintegro material del adolescente a su familia de origen y las circunstancias que han dificultado su proceso de adopción, no habilitan, «per se», la modificación de la resolución de adoptabilidad

Tesis:

«(...) es claro que, como lo advirtió el juzgado de familia accionado al rechazar la solicitud de revocatoria de la resolución de adoptabilidad del adolescente Samuel Alejandro (29 oct. 2021), el reintegro material del adolescente a su familia de origen y las circunstancias que han dificultado su proceso de adopción no habilitan, per se, la modificación de esa directriz. Por ende, desde ese punto de vista, la salvaguarda implorada por la Defensoría de Familia, adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como lo concluyó el Tribunal de Bogotá, no podía abrirse paso».

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL -
Flexibilización del principio de inmediatez para proteger los derechos del
adolescente en situación de discapacidad

Tesis:

«(...) la Corte advierte que, en el caso, por sus especiales circunstancias, en tanto involucra a un adolescente con una situación de discapacidad, es necesario flexibilizar el presupuesto de inmediatez de la acción de tutela y revisar la resolución que lo declaró en situación de adoptabilidad (28 de marzo de 2019).

Con ese fin se establecerán los aspectos que debían evaluarse para decretar dicha medida, y luego se determinará cómo la autoridad convocada definió la situación del menor, sin consideración a ellos, y las evidencias que imponían adoptar medidas distintas a la resolución de adoptabilidad para proteger sus derechos».

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -
Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: extraordinariedad
y excepcionalidad de la medida

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -
Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: obligación del
funcionario de evaluar los factores que motivan a la familia de origen para
no cumplir con el «deber de cuidado y protección de los menores de edad»

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES -
Importancia de la familia en el desarrollo integral y armónico de los
menores

Tesis:

«Dados los efectos que produce la resolución de adoptabilidad, como lo es la separación de los menores de su familia de origen, como lo ha dicho la Sala, solo puede abrirse paso de manera excepcional, cuando esté

comprobado que dicho núcleo no es apto para garantizar sus derechos. Igualmente, ha de emitirse tomando en consideración su interés superior, la prevalencia del derecho "a tener una familia y a no ser separados de ella", la garantía a ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta para resolver los asuntos que los afectan, así como el debido proceso de la familia de origen (STC3649-2020, STC1332-2021, STC11520-2022, entre otras)

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

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES - Medidas de protección en el Derecho Internacional

DERECHO INTERNACIONAL - Convención sobre los Derechos del Niño: obligación de los Estados partes de adoptar todas las «medidas legislativas y administrativas» adecuadas para asegurar al niño la protección y cuidado necesarios para su bienestar, tomando en cuenta «los derechos y deberes de sus padres, tutores u otro responsables de él ante la ley»

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES - Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella: obligaciones de asistencia y protección de la sociedad, la familia y el Estado

DERECHO INTERNACIONAL - Convención sobre los Derechos del Niño: obligación de los Estados partes de adoptar las «medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad [al] derecho desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social»

Tesis:

«(...) el numeral 2º del artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "[l]os Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas". Y a tono con ello, los numerales 1º y 3º del artículo 27 de la misma Convención establece que

también debe garantizarse el "derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social", y, por ello, se deben adoptar "medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda". En armonía con lo anterior, el canon 44 de la Carta Política enseña que "la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores"».

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -

Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: la falta de diligencia en el procedimiento administrativo y de condiciones económicas, así como las valoraciones iniciales realizadas por el ICBF, no justifican, «per se», la pérdida de la patria potestad, cuando medie el deseo expreso de los padres de hacerse cargo de sus hijos (c. j.)

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES -

Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella: insuficiencia de los factores o circunstancias que le dificultan a la familia de origen, garantizar el desarrollo armónico e integral del menor para declarar a un niño adolescente en adoptabilidad

Tesis:

«Esta Corporación, por su parte, ha dicho que "(...) las condiciones de los menores de edad, en especial, a las que han sido expuestas por parte de quienes, en primera medida, tienen el deber de protegerlos, deben valorarse a efectos de determinar si hay total abandono, bajo los presupuestos que lo caracterizan o, por el contrario, una falta de diligencia o capacidad, que pueda superarse con otras medidas y, llegado el caso, con el apoyo de las instituciones". De allí que "cuando ha sido expreso el deseo y voluntad de los padres de hacerse cargo de sus hijos, la ausencia de diligencia en el procedimiento administrativo, la falta de condiciones económicas (...) no justifican per se la pérdida de la patria potestad", correspondiéndole a la autoridad encargada de definir la situación del menor, "ejercer todas sus facultades, como director del proceso, para valorar el asunto y ponderar, reflexivamente, los intereses en juego" (STC11520-2022).

De donde emerge que los factores o circunstancias que puedan dificultar que la familia de origen garantice su desarrollo armónico e integral no son

razones suficientes para declarar a un niño o adolescente en situación de adoptabilidad, deben ser sopesados con miras a superarlos, a través de la expedición de las medidas que resulten apropiadas para lograr que el medio familiar respectivo sea garante de sus derechos».

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES - Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella: deber de los funcionarios judiciales y administrativos de valorar con enfoque interseccional, los factores que dificultan a la familia de origen para asumir el cuidado y protección de los menores de edad

DERECHO A LA IGUALDAD - Igualdad de trato jurídico - Principio de enfoque interseccional: concepto de interseccionalidad

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO - Ley de víctimas y restitución de tierras - Víctimas - Principios generales: Principio de enfoque diferencial: noción (c. j.)

DERECHO A LA IGUALDAD - Igualdad de trato jurídico - Enfoque interseccional: finalidad

Tesis:

«(...) en el camino de determinar si la familia de origen cumple o no con el deber de garantizar los derechos de los menores que la integran, importa esclarecer los miembros responsables de cumplirlo, las circunstancias en que ellos se encuentran, y cómo ellas inciden en la ejecución de ese mandato.

Así, será relevante establecer, si se trata de una familia conformada por una pareja, o de una familia monoparental; si la satisfacción de las necesidades del menor es compartida por sus integrantes o recae de forma exclusiva en uno de ellos; e igualmente, si la capacidad de aquellos para cuidarlos y la toma de decisiones al respecto, está asociada a alguna o varias características diferenciales, como la edad, el género, la orientación sexual, la identidad de género, la pertenencia étnica, entre otras.

En esa dirección, como lo establecen algunas leyes del ordenamiento colombiano, y lo tiene dicho la homóloga constitucional y esta Corporación, dichos asuntos deben resolverse con enfoque interseccional, que es la herramienta de análisis que permite visibilizar la existencia de situaciones de vulneración o discriminación, derivadas de una o varias circunstancias diferenciales, en orden a adoptar las decisiones encaminadas a superarlas.

Sobre el particular, el artículo 13 de la Ley 1448 de 2011, "por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones", establece que "el principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad". En consecuencia, "deberán adoptarse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales", e "igualmente el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencias y reparación contenidas en la presente ley, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes".

La Corte Constitucional, por su parte, ha establecido que "los motivos de discriminación enunciados en el artículo 13 de la Constitución Política, como la raza, el sexo o la orientación política (...) suelen encontrarse en una misma persona o grupo, profundizando las desventajas en las que se encuentran". De modo que "ante la colisión de diversos componentes de desigualdad se ha implementado el concepto de interseccionalidad, el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos"».

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA -
Enfoque interseccional: importancia (c. j.)

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA -
Enfoque de género en la administración de justicia: deber funcional del juez de introducir la perspectiva de género en sus decisiones (c. j.)

Tesis:

«Tratándose de la intersección de factores de discriminación en el caso de las mujeres, ha puntualizado que muchas de ellas están expuestas a situaciones de vulneración no sólo por ser mujeres, sino también, por

"(...) su edad, en el caso de las niñas o adultas mayores; su situación financiera, cuando tienen escasos recursos económicos; su situación de salud física o psicológica, como sucede en el caso de quienes se encuentran en estado de discapacidad; su orientación sexual; su condición de víctimas de violencia o del conflicto armado, de desplazamiento forzado, de refugiadas; de migrantes; de mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas; de quienes se encuentran en condición de indigencia, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas; las mujeres indígenas,

afro descendientes o miembros de población Rom -población gitana-; las mujeres en estado de embarazo, cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar, entre otros (se enfatiza, sentencia T-376 de 2019)"

La Sala, por su parte, ha indicado que los asuntos litigiosos desde la función judicial deben resolverse con perspectiva de género, que es uno de los criterios a evaluar con el enfoque interseccional, en esa dirección corresponde "[e]valuar las asimetrías entre los roles de género identificables en el caso concreto, incluyendo criterios de interseccionalidad" (STC15780 de 2021)».

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: vulneración el derecho con la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, mediante la cual, declara en situación de adoptabilidad al adolescente, argumentando el abandono de su madre y su falta de capacidad para brindarle un entorno protector, sin valorar la opinión del adolescente y los informes que demostraban su afecto y el deseo de estar con ella

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES - Derecho de los menores a ser escuchados en las actuaciones administrativas o judiciales, y que sus opiniones sean tenidas en cuenta: vulneración del derecho con la decisión que declara al adolescente en situación de adoptabilidad sin tomar en cuenta que sus diagnósticos, no le impedían valorar su voluntad y emociones

DERECHO INTERNACIONAL - Convención sobre los derechos del niño - Menor de edad con discapacidad: derechos del niño a «disfrutar de una vida plena y decente, en condiciones que aseguren su dignidad» que permitan «a bastarse a sí mismo y faciliten [su participación activa en la comunidad]»

Tesis:

«Bajo los anteriores lineamientos, se infiere que el Juzgado Primero de Familia de Bogotá incurrió en desafuero al declarar en situación de adoptabilidad al adolescente Samuel, toda vez que emitió esa decisión sin valorar su opinión. Además, concluyó, injustificadamente, que el menor debía ser separado del hogar dispensado por su madre biológica, sin detenerse a analizar que la situación de desprotección por la cual se inició el procedimiento administrativo no revelaba abandono o desinterés de su parte, sino la existencia de variadas circunstancias que afectaban su capacidad para asumir la crianza y desarrollo integral de su hijo.

2.4.1- De la falta de valoración de la opinión del adolescente.

Como se desprende del expediente acusado, Samuel Alejandro, a lo largo del procedimiento administrativo, desde su inicio en 2014, cuando tenía 7 años, hasta antes de que, en 2019, finalmente fuera declarado en situación de adoptabilidad, expresó su deseo de permanecer al lado de su progenitora.

Sobre el punto, en la valoración psicológica que se le practicó tras ser retirado del medio familiar de origen, para ser ingresarlo a la Red de Hogares de Paso del municipio de Bogotá (20 abril. 2014), se consignó que "es un niño que le cuesta adaptarse al medio que lo rodea, refiere constantemente 'Me quiero ir de aquí, quiero estar con mi mamá', así como que "la asimilación al cambio de experiencia que se ha observado en la casa hogar ha sido de angustia y llanto, logra calmarse por momentos, pero cuando le hacen preguntas referentes a su familia, Samuel Alejandro se torna irritable y querer estar con su mamá".

Después, el 22 de noviembre de 2017, cuando Samuel tenía 10 años, luego de haber estado en tres hogares de paso (2014-2016), ser ubicado en un "internado de atención especializada" (22 ag. 2016), haber sido retornado a su hogar (2 feb. 2017), y estar nuevamente a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (16 mar. 2017) se indicó: "[e]n el área afectiva, no se identifica en este caso la existencia de una figura de apego en el ámbito familiar, sin embargo el niño Samuel Alejandro refiere la existencia de presunta afectividad hacia la progenitora. Se identifica afectación emocional en el menor de edad, por su condición actual personal y familiar proyectándose a corto plazo en ubicación en el ámbito familiar".

Con posterioridad, en 2018, tras ser diagnosticado con retraso mental leve, y "trastorno mixto de las habilidades escolares, perturbación de la actividad y de la atención y trastorno opositor desafiante", reposan variados informes en los que se evidencia el anhelo de Samuel Alejandro de estar con su mamá, la alegría que la posibilidad de verla le generaba, y la tristeza que su ausencia le producía.

Empero, el juzgador no valoró nada de eso, ya que para soportar la resolución de adoptabilidad se limitó a argumentar que, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el trámite, Andrea Montero "tiene a su hijo en situación de abandono físico, emocional y económico (...)" ; que cuando ha debido asumir su cuidado, "ha sido negligente, no ha querido asumir su rol materno filial". Además, "no ha mostrado interés al respecto, "ni tiene las herramientas y la capacidad para brindar un entorno protector al adolescente"

Por supuesto, los trastornos con los que fue diagnosticado el adolescente no impedían valorar su voluntad y emociones, pues, además de que en el expediente no había evidencia que esas patologías le impidieran expresarlas, como en efecto lo hizo, memórese que la discapacidad de un niño, niña o adolescente, como el de cualquier ser humano, no anula la autonomía de su voluntad y el derecho a hacerla valer en los asuntos que lo afectan. Por el contrario, la sociedad y las autoridades estatales en las actuaciones a su cargo deben adoptar los ajustes razonables con el fin de que dichas personas puedan hacer efectiva esa garantía»

DERECHO INTERNACIONAL - Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad: obligación de «los Estados partes de garantizar que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten» cuya «opinión recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez»

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - Régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad, mayores de edad: derecho de los menores de edad con discapacidad, a recibir los mismos apoyos para aquellos actos jurídicos que la ley les permite realizar autónomamente conforme al principio de autonomía progresiva o cuando debe tenerse en cuenta su voluntad y preferencias para el ejercicio digno de la patria potestad

Tesis:

«(...) obsérvese que la Convención sobre los Derechos de los Niños, en su artículo 23, establece que en caso de que padezcan alguna discapacidad debe "disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad", pauta que reproduce el artículo 36 del Código de Infancia y Adolescencia.

Por su parte, el precepto 7º de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad dispone que "los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho".

Y la Ley 1996 de 2019, "por medio de la cual se establece el régimen para

el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad", en su artículo 7° prevé que "[l]as personas con discapacidad que no hayan alcanzado la mayoría de edad tendrán derecho a los mismos apoyos consagrados en la presente ley para aquellos actos jurídicos que la ley les permita realizar de manera autónoma y de conformidad con el principio de autonomía progresiva, o en aquellos casos en los que debe tenerse en cuenta la voluntad y preferencias del menor para el ejercicio digno de la patria potestad"».

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: vulneración del derecho con la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, mediante la cual, declara en situación de adoptabilidad al adolescente, al calificar erradamente como situación de abandono el descuido del niño cuando se extravió a la edad de 7 años, estando al cuidado de una tercera persona, en virtud del trabajo de su progenitora

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: vulneración del derecho con la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, mediante la cual, declara en situación de adoptabilidad al adolescente, devaluando el rol de la madre, por delegar en un tercero el cuidado de su hijo

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA - Derecho de las mujeres a la no discriminación por razón de su sexo y género: la delegación del cuidado personal de los hijos a terceros, no hace a una mujer incapaz para ejercer su rol de madre

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA - Derecho de las mujeres a la no discriminación por razón de su sexo y género: la asignación del deber de cuidado personal de los hijos exclusivamente a las mujeres, corresponde a un estereotipo de género, según el cual las tareas domésticas le son inherentes a ellas

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA - Derecho de las mujeres a la no discriminación por razón de su sexo y género: definición (c. j.)

Tesis:

«(...) la resolución de adoptabilidad se edificó en que Samuel Alejandro estaba en situación de abandono, su progenitora no mostró interés en cuidarlo, ni estaba capacitada para brindarle un entorno protector. Sin embargo, lo cierto es que ninguno de esos supuestos habilitaba la expedición de la medida, como pasa a exponerse. En efecto, no es verdad

que Samuel al momento del inicio del procedimiento administrativo, en 2014, estuviese en situación de abandono. Si bien las diligencias iniciaron porque el menor, en ese entonces, de 7 años, fue encontrado deambulando en las calles de la ciudad de Bogotá, descalzo, con ropa y uñas sucias, ello no significaba que estuviera a su suerte, sin la asistencia de su progenitora. Por un lado, ese hecho se produjo, concretamente, porque Samuel, sin supervisión de ella, salió de la casa, y, después, perdió el rumbo. Por otra parte, la madre era la responsable patrimonial de su crianza.

Por supuesto, que el niño saliera de casa sin que ella lo notara, y que estuviera en las circunstancias en la que fue encontrado, revelaba descuido de su parte, pero, en manera alguna, su abandono. Además, como lo relató en varias de las entrevistas que se le realizaron, esa situación no era deliberada. En virtud de su trabajo, se le dificultaba estar al tanto de Samuel y sus otras dos hijas, también menores de edad. Por eso, delegaba su cuidado en una tercera persona, quien, a su juicio, no era idónea para esa tarea, pues creía que los maltrataba, tenía a su cargo otros niños, y le expresó "no ser capaz de asumir los cuidados de Samuel por su desacato a la norma e irrespeto a la autoridad". Sobre lo anterior, el 24 de abril de 2014, se indicó que, de acuerdo con su relato, "(...) actualmente no puede asumir el cuidado de sus hijos durante el día, por encontrarse laborando y de poder aportar económicamente y suplir las necesidades básicas de sus hijos"; "la persona que los cuida actualmente, la señora Rosa, en ocasiones los maltrata, y también asume el cuidado de tres de sus nietos". Y el 16 de julio de 2016 se consignó que "[d]e sus hijos afirma que su mayor dificultad es la necesidad de trabajar y no poder estar al cuidado de ellos (...). Refiere que su horario de trabajo es de 12 horas, de 9 a.m. a 9 p.m., en el hotel Ayacucho Real y descansa cada mes, dos días. Por esta razón considera que su mejor opción es tener a sus hijas es un internado y estar con ellas los 10 días de descanso que le son asignados al mes. Refiere que no tiene otra opción ya que no cuenta con recursos diferentes a los devengados por su trabajo".

Ahora, que la progenitora delegara a un tercero el cuidado del niño, no daba lugar a evaluar negativamente el desempeño de su rol como madre, como lo hizo la agencia enjuiciada al estructurar su decisión en los informes según los cuales, "no tiene las condiciones necesarias para asumir el cuidado de su hijo de manera responsable, ya que continúa delegando el cuidado de sus hijos a terceras personas (...)".

Así es, en primer lugar, porque el hecho de que una mujer delegue o no el cuidado personal de sus hijos a terceros no la hace incapaz para ejercer ese rol. Además de que el deber de cuidado personal de los hijos no es

exclusivo de las mujeres, como tradicionalmente se ha entendido, a partir del estereotipo según el cual, las tareas domésticas son inherentes a ellas, nada obsta para que, en caso de que decidan asumirlo, lo cumplan directamente, o a través de un tercero, bajo su vigilancia.

Memórese, como lo ha dicho la Sala, la garantía de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación por razón de su sexo y género, es el derecho humano que tienen a existir y a realizar su proyecto de vida sin ser sometidas a ninguna conducta que limite sus facultades en virtud de sus características biológicas y del rol que cumplen en la sociedad (STC1735-2021)».

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA - Vulneración del derecho con la decisión del Juzgado Primero de Familia de Bogotá, de declarar en situación de adoptabilidad al adolescente con discapacidad, desconociendo las violencias de que fue víctima su madre

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: vulneración del derecho con la decisión del Juzgado Primero de Familia de Bogotá, de declarar en situación de adoptabilidad al adolescente, sin valorar las circunstancias sociales y económicas de la madre, desde un enfoque interseccional que le permitieran adoptar las medidas apropiadas para dotarla de las herramientas que le permitieran garantizar integralmente los derechos de su hijo

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: vulneración del derecho con la decisión del Juzgado Primero de Familia de Bogotá, de declarar en situación de adoptabilidad al adolescente, al concluir erróneamente que al haber ubicado nuevamente al niño en un hogar de paso, después de que el ICBF como medida de protección, lo situara al lado de su madre, le permitía inferir su estado de abandono

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: vulneración del derecho con la decisión del Juzgado Primero de Familia de Bogotá, de declarar en situación de adoptabilidad al adolescente, al concluir erróneamente la falta de interés de la madre en el cuidado de su hijo

Tesis:

«(...) en el caso, la madre del menor no tuvo la oportunidad decidir los deberes que, en esa calidad, quería asumir frente a él, ni como quería ejercerlos. Por el contrario, dadas

sus circunstancias diferenciales, de las que dio cuenta al exponer su situación económica-social , esto es, mujer, cabeza de familia , víctima de desplazamiento forzado, víctima de violencia intrafamiliar por su expareja , pobreza otros hijos menores de edad (dos niñas), se vio obligada a asumir, exclusiva y simultáneamente, la responsabilidad patrimonial de la crianza y el cuidado personal de Samuel y, por ende, sin muchas alternativas para proporcionarle el entorno que fuera adecuado a sus necesidades.

Desde este enfoque interseccional, y al estar la progenitora a cargo de la asistencia económica y personal de su hijo, resultaba razonable que delegara el cuidado a otra persona. Además, se entiende, ahora, que las falencias advertidas en el desempeño de ese rol eran el resultado de todas esas circunstancias, y no, como lo señaló el sentenciador de familia que, no hubiese "querido asumir su rol materno filial".

Aspectos que debían ser valorados por el juzgador a efectos de adoptar las medidas que resultaban apropiadas para dotar a la progenitora de las herramientas necesarias para garantizar integralmente los derechos de su hijo, como habría sido, la inclusión al núcleo familiar a programas de asistencia y rehabilitación que le hubieran permitido establecer adecuadas pautas de crianza, a partir de sus especiales características.

Por otro lado, no desconoce la Sala que el 2 de febrero de 2017, el Instituto de Bienestar Familiar adoptó "medida de ubicación del adolescente en su hogar, al lado de su progenitora", pero el 16 de marzo siguiente, fue puesto nuevamente en un hogar de paso por la Comisaría de Familia Trece, de la ciudad de Bogotá. Empero, de allí no tampoco puede inferirse el abandono predicado por la autoridad denunciada. Fíjese, como dan cuenta las diligencias, que lo que provocó la nueva intervención administrativa fue la delegación de su cuidado personal, la que, como se vio, no podía censurársele.

Con mayor razón, si los factores que limitaban su proyecto de vida y el de sus hijos no habían sido superados, al no haberse adoptado por el ICBF ninguna medida en ese sentido.

Asimismo, no puede afirmarse que la madre carecía de interés en el cuidado de su hijo, por el contrario, acudió al procedimiento a hacerlo valer, incluso, mostrando alternativas que le permitieran un mejor cuidado del adolescente. De otro lado, frente a la falta de diligencia en la controversia, recuérdese, como lo ha dicho esta Corporación, que no habilita la resolución de adoptabilidad. Adicionalmente, en el caso, está justificada en la imposibilidad que manifestó la actora de "asistir a los

encuentros familiares por su trabajo"

En suma, no se daban las condiciones para separar a Samuel de su progenitora y, por ende, la declaratoria de su situación de adoptabilidad era improcedente»

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES - Protección constitucional para ordenar una nueva medida de restablecimiento de derechos, que atienda los lineamientos expuestos en la sentencia, así como las actuales circunstancias del adolescente y su núcleo familiar

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES - Protección constitucional para disponer que se retrotraigan «los efectos jurídicos de la resolución de adoptabilidad del adolescente, y decretar las medidas provisionales tendientes a asegurar que la familia de origen garantice sus derechos», con la intervención del ICBF

Tesis:

«(...) la Sala invalidará la providencia mediante el cual la autoridad convocada definió con resolución de adoptabilidad la situación de Samuel Alejandro y, en su reemplazo, se le ordenará que expida una nueva medida de restablecimiento de derechos, en la que tome en consideración los lineamientos aquí expuestos, como también las circunstancias actuales del adolescente y su núcleo familiar.

Para el efecto, de considerarlo necesario, podrá decretar las pruebas que estime pertinentes en el término cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta decisión, y, en todo caso, resolver el asunto en un plazo máximo de cuatro (4) meses.

Igualmente, dentro del primer término mencionado, deberá disponer lo pertinente para retrotraer los efectos jurídicos de la resolución de adoptabilidad, y decretar las medidas provisionales tendientes a asegurar que la familia de origen garantice sus derechos, mientras define nuevamente su situación, como la pedida por la entidad impulsora de esta herramienta.

Finalmente, nada obsta para que el Instituto Colombiano de Bienestar familiar intervenga nuevamente en el asunto, si así lo dispone el fallador, ya que, de todos modos, la actuación se retrotraerá».

CONSIDERACIONES:

El veredicto de primera instancia debe revocarse, con el fin de dejar sin efectos la resolución que declaró en situación de adoptabilidad al adolescente Samuel Alejandro Montero García, pero no por las circunstancias acaecidas con posterioridad a su emisión, sino, porque los hechos que la provocaron no daban lugar a su expedición, como pasa a exponerse.

1.- Ciertamente, la resolución por medio del cual se declara en situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, una vez en firme, es irrevocable. Por ende, es deber del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cumplir dicha determinación, a fin de salvaguardar el derecho de aquellos a pertenecer a una familia, sin que la alteración de las circunstancias que originaron su expedición, o las dificultades que surjan en el camino de su ejecución, habiliten su revisión y posterior reforma.

En efecto, la declaratoria de adoptabilidad es una de las medidas a la que puede acudir la autoridad administrativa o la judicial, cuando la primera pierde competencia, para proteger y restablecer los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En virtud de ella, aquellos son separados de su familia de origen, con el fin de vincularlos a una nueva familia, que a diferencia del primer núcleo, garantice todos sus derechos y su desarrollo integral.

A diferencia de otras medidas, que pueden tener el carácter de transitorias, la declaratoria de adoptabilidad es irrevocable, al punto que genera la terminación de la patria potestad e impide que, con posterioridad, los padres biológicos intenten cualquier acción encaminada a restablecer el vínculo filial.

En esa dirección, el canon 108 del Código de Infancia y Adolescencia, modificado por el artículo 8° de la Ley 1878 de 2018 consagra:

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

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

la solicitud de la autoridad.

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

Asimismo, el precepto 123 del mismo Código dispone que

[l]a sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano; producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil.

Si el juez advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane.

Y el párrafo del citado precepto 108 establece.

En firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho.

De allí una vez comprobada la necesidad de que el niño, niña o adolescente deba ser declarado en situación de adoptabilidad, el paso subsiguiente es ejecutar la medida con miras a incorporarlo a otra familia, a través de la adopción. Por lo cual, las alteraciones de los hechos que, en su momento, soportaron la medida, como lo sería la mejoría de las circunstancias del medio familiar de origen, no puede provocar su revocatoria, ni, por tanto, el restablecimiento de la situación jurídica del beneficiario, anterior a la resolución de adoptabilidad.

Tampoco pueden tener esa virtualidad, las eventuales dificultades que surjan a raíz de la ejecución de esa decisión, ya que, de todos modos, le compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien lidera el Programa de Adopción, adelantar las «actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia». De allí que, como lo dijo el a quo constitucional, el artículo 41 del Decreto 987 de 2012, prevea que es competencia de la Subdirección de adopciones, «[a]delantar las acciones tendientes a la búsqueda de

alternativas para los niños, niñas y adolescentes con declaratoria de adoptabilidad, a quienes por características especiales se les dificulte restituir su derecho a pertenecer a una familia a través de la adopción y en este sentido, diseñar proyectos de vida para los mismos».

De no ser así, la situación del menor siempre quedaría en vilo, supeditada al vaivén de las circunstancias, y en desmedro de sus garantías superiores.

Siendo así, es claro que, como lo advirtió el juzgado de familia accionado al rechazar la solicitud de revocatoria de la resolución de adoptabilidad del adolescente Samuel Alejandro (29 oct. 2021), el reintegro material del adolescente a su familia de origen y las circunstancias que han dificultado su proceso de adopción no habilitan, per se, la modificación de esa directriz. Por ende, desde ese punto de vista, la salvaguarda implorada por la Defensoría de Familia, adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como lo concluyó el Tribunal de Bogotá, no podía abrirse paso.

2.- Sin embargo, la Corte advierte que, en el caso, por sus especiales circunstancias, en tanto involucra a un adolescente con una situación de discapacidad, es necesario flexibilizar el presupuesto de inmediatez de la acción de tutela y revisar la resolución que lo declaró en situación de adoptabilidad (28 de marzo de 2019).

Con ese fin se establecerán los aspectos que debían evaluarse para decretar dicha medida, y luego se determinará cómo la autoridad convocada definió la situación del menor, sin consideración a ellos, y las evidencias que imponían adoptar medidas distintas a la resolución de adoptabilidad para proteger sus derechos.

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

Dados los efectos que produce la resolución de adoptabilidad, como lo es la separación de los menores de su familia de origen, como lo ha dicho la Sala, solo puede abrirse paso de manera excepcional, cuando esté comprobado que dicho núcleo no es apto para garantizar sus derechos. Igualmente, ha de emitirse tomando en consideración su interés superior, la prevalencia del derecho «a tener una familia y a no ser separados de ella», la garantía a ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en

cuenta para resolver los asuntos que los afectan, así como el debido proceso de la familia de origen (STC3649-2020, STC1332-2021, STC11520-2022, entre otras).

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

No en vano, el numeral 2º del artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que «[l]os Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas». Y a tono con ello, los numerales 1º y 3º del artículo 27 de la misma Convención establece que también debe garantizarse el «derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social», y, por ello, se deben adoptar «medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda». En armonía con lo anterior, el canon 44 de la Carta Política enseña que «la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores».

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

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

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

2.3.- Del deber de valorar con enfoque interseccional, los factores que dificultan a la familia de origen asumir el cuidado y protección de los menores de edad.

Ahora, en el camino de determinar si la familia de origen cumple o no con el deber de garantizar los derechos de los menores que la integran, importa esclarecer los miembros responsables de cumplirlo, las circunstancias en que ellos se encuentran, y cómo ellas inciden en la ejecución de ese mandato.

Así, será relevante establecer, si se trata de una familia conformada por una pareja, o de una familia monoparental; si la satisfacción de las necesidades del menor es compartida por sus integrantes o recae de forma exclusiva en uno de ellos; e igualmente, si la capacidad de aquellos para cuidarlos y la toma de decisiones al respecto, está asociada a alguna o varias características diferenciales, como la edad, el género, la orientación sexual, la identidad de género, la pertenencia étnica, entre otras.

En esa dirección, como lo establecen algunas leyes del ordenamiento colombiano, y lo tiene dicho la homóloga constitucional y esta Corporación, dichos asuntos deben resolverse con enfoque interseccional, que es la herramienta de análisis que permite visibilizar la existencia de situaciones de vulneración o discriminación, derivadas de una o varias circunstancias diferenciales, en orden a adoptar las decisiones encaminadas a superarlas.

Sobre el particular, el artículo 13 de la Ley 1448 de 2011, «por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones», establece que «el principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad». En consecuencia, «deberán adoptarse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y

grado de vulnerabilidad de cada uno estos grupos poblacionales», e «igualmente el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencias y reparación contenidas en la presente ley, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes».

La Corte Constitucional, por su parte, ha establecido que «los motivos de discriminación enunciados en el artículo 13 de la Constitución Política, como la raza, el sexo o la orientación política (...) suelen encontrarse en una misma persona o grupo, profundizando las desventajas en las que se encuentran». De modo que «ante la colisión de diversos componentes de desigualdad se ha implementado el concepto de interseccionalidad, el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos».

Tratándose de la intersección de factores de discriminación en el caso de las mujeres, ha puntualizado que muchas de ellas están expuestas a situaciones de vulneración no sólo por ser mujeres, sino también, por

(...) su edad, en el caso de las niñas o adultas mayores; su situación financiera, cuando tienen escasos recursos económicos; su situación de salud física o psicológica, como sucede en el caso de quienes se encuentran en estado de discapacidad; su orientación sexual; su condición de víctimas de violencia o del conflicto armado, de desplazamiento forzado, de refugiadas; de migrantes; de mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas; de quienes se encuentran en condición de indigencia, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas; las mujeres indígenas, afro descendientes o miembros de población Rom -población gitana-; las mujeres en estado de embarazo, cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar, entre otros (se enfatiza, sentencia T-376 de 2019).

La Sala, por su parte, ha indicado que los asuntos litigiosos desde la función judicial deben resolverse con perspectiva de género, que es uno de los criterios a evaluar con el enfoque interseccional, en esa dirección corresponde «[e]valuar las asimetrías entre los roles de género identificables en el caso concreto, incluyendo criterios de interseccionalidad» (STC15780 de 2021).

2.4.- Del caso concreto.

Bajo los anteriores lineamientos, se infiere que el Juzgado Primero de Familia de Bogotá incurrió en desafuero al declarar en situación de adoptabilidad al adolescente Samuel, toda vez que emitió esa decisión sin

valorar su opinión. Además, concluyó, injustificadamente, que el menor debía ser separado del hogar dispensado por su madre biológica, sin detenerse a analizar que la situación de desprotección por la cual se inició el procedimiento administrativo no revelaba abandono o desinterés de su parte, sino la existencia de variadas circunstancias que afectaban su capacidad para asumir la crianza y desarrollo integral de su hijo.

2.4.1- De la falta de valoración de la opinión del adolescente.

Como se desprende del expediente acusado, Samuel Alejandro, a lo largo del procedimiento administrativo, desde su inicio en 2014, cuando tenía 7 años, hasta antes de que, en 2019, finalmente fuera declarado en situación de adoptabilidad, expresó su deseo de permanecer al lado de su progenitora.

Sobre el punto, en la valoración psicológica que se le practicó tras ser retirado del medio familiar de origen, para ser ingresarlo a la Red de Hogares de Paso del municipio de Bogotá (20 abril. 2014), se consignó que «es un niño que le cuesta adaptarse al medio que lo rodea, refiere constantemente 'Me quiero ir de aquí, quiero estar con mi mamá», así como que «la asimilación al cambio de experiencia que se ha observado en la casa hogar ha sido de angustia y llanto, logra calmarse por momentos, pero cuando le hacen preguntas referentes a su familia, Samuel Alejandro se torna irritable y querer estar con su mamá» [Carpeta # 1 Trámite Administrativo y Jurisdiccional de Restablecimiento de Derechos, Historia Samuel parte 1].

Después, el 22 de noviembre de 2017, cuando Samuel tenía 10 años, luego de haber estado en tres hogares de paso (2014-2016), ser ubicado en un «internado de atención especializada» (22 ag. 2016), haber sido retornado a su hogar (2 feb. 2017), y estar nuevamente a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (16 mar. 2017) se indicó: «[e]n el área afectiva, no se identifica en este caso la existencia de una figura de apego en el ámbito familiar, sin embargo el niño Samuel Alejandro refiere la existencia de presunta afectividad hacia la progenitora. Se identifica afectación emocional en el menor de edad, por su condición actual personal y familiar proyectándose a corto plazo en ubicación en el ámbito familiar» [Carpeta # 1 Trámite Administrativo y Jurisdiccional de Restablecimiento de Derechos, Historia Samuel parte 6].

Con posterioridad, en 2018, tras ser diagnosticado con retraso mental leve, y «trastorno mixto de las habilidades escolares, perturbación de la actividad y de la atención y trastorno opositor desafiante», reposan variados informes en los que se evidencia el anhelo de Samuel Alejandro

de estar con su mamá, la alegría que la posibilidad de verla le generaba, y la tristeza que su ausencia le producía [Carpeta # 1 Trámite Administrativo y Jurisdiccional de Restablecimiento de Derechos, Historia Samuel parte 8].

Empero, el juzgador no valoró nada de eso, ya que para soportar la resolución de adoptabilidad se limitó a argumentar que, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el trámite, Andrea Montero «tiene a su hijo en situación de abandono físico, emocional y económico (...)»; que cuando ha debido asumir su cuidado, «ha sido negligente, no ha querido asumir su rol materno filial». Además, «no ha mostrado interés al respecto, «ni tiene las herramientas y la capacidad para brindar un entorno protector al adolescente» [Carpeta # 1 Trámite Administrativo y Jurisdiccional de Restablecimiento de Derechos, Historia Samuel parte 12].

Por supuesto, los trastornos con los que fue diagnosticado el adolescente no impedían valorar su voluntad y emociones, pues, además de que en el expediente no había evidencia que esas patologías le impidieran expresarlas, como en efecto lo hizo, memórese que la discapacidad de un niño, niña o adolescente, como el de cualquier ser humano, no anula la autonomía de su voluntad y el derecho a hacerla valer en los asuntos que lo afectan. Por el contrario, la sociedad y las autoridades estatales en las actuaciones a su cargo deben adoptar los ajustes razonables con el fin de que dichas personas puedan hacer efectiva esa garantía.

En ese sentido, obsérvese que la Convención sobre los Derechos de los Niños, en su artículo 23, establece que en caso de que padezcan alguna discapacidad debe «disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad», pauta que reproduce el artículo 36 del Código de Infancia y Adolescencia.

Por su parte, el precepto 7° de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad dispone que «los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho».

Y la Ley 1996 de 2019, «por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad

mayores de edad», en su artículo 7º prevé que «[l]as personas con discapacidad que no hayan alcanzado la mayoría de edad tendrán derecho a los mismos apoyos consagrados en la presente ley para aquellos actos jurídicos que la ley les permita realizar de manera autónoma y de conformidad con el principio de autonomía progresiva, o en aquellos casos en los que debe tenerse en cuenta la voluntad y preferencias del menor para el ejercicio digno de la patria potestad».

2.4.2.- De la falta de comprobación, en el caso, de los supuestos que habilitaban la declaratoria del menor en situación de adoptabilidad, y la ausencia de valoración de las características diferenciales de su progenitora, y de cómo ellas afectaban su capacidad para garantizar integralmente los derechos de su hijo.

Como arriba se indicó, la resolución de adoptabilidad se edificó en que Samuel Alejandro estaba en situación de abandono, su progenitora no mostró interés en cuidarlo, ni estaba capacitada para brindarle un entorno protector. Sin embargo, lo cierto es que ninguno de esos supuestos habilitaba la expedición de la medida, como pasa a exponerse.

En efecto, no es verdad que Samuel al momento del inicio del procedimiento administrativo, en 2014, estuviese en situación de abandono. Si bien las diligencias iniciaron porque el menor, en ese entonces, de 7 años, fue encontrado deambulando en las calles de la ciudad de Bogotá, descalzo, con ropa y uñas sucias, ello no significaba que estuviera a su suerte, sin la asistencia de su progenitora. Por un lado, ese hecho se produjo, concretamente, porque Samuel, sin supervisión de ella, salió de la casa, y, después, perdió el rumbo. Por otra parte, la madre era la responsable patrimonial de su crianza.

Por supuesto, que el niño saliera de casa sin que ella lo notara, y que estuviera en las circunstancias en la que fue encontrado, revelaba descuido de su parte, pero, en manera alguna, su abandono. Además, como lo relató en varias de las entrevistas que se le realizaron, esa situación no era deliberada. En virtud de su trabajo, se le dificultaba estar al tanto de Samuel y sus otras dos hijas, también menores de edad. Por eso, delegaba su cuidado en una tercera persona, quien, a su juicio, no era idónea para esa tarea, pues creía que los maltrataba, tenía a su cargo otros niños, y le expresó «no ser capaz de asumir los cuidados de Samuel por su desacato a la norma e irrespeto a la autoridad».

Sobre lo anterior, el 24 de abril de 2014, se indicó que, de acuerdo con su relato, «(...) actualmente no puede asumir el cuidado de sus hijos durante el día, por encontrarse laborando y de poder aportar

económicamente y suplir las necesidades básicas de sus hijos»; «la persona que los cuida actualmente, la señora Rosa, en ocasiones los maltrata, y también asume el cuidado de tres de sus nietos». Y el 16 de julio de 2016 se consignó que «[d]e sus hijos afirma que su mayor dificultad es la necesidad de trabajar y no poder estar al cuidado de ellos (...). Refiere que su horario de trabajo es de 12 horas, de 9 am a 9 pm, en el hotel Ayacucho Real y descansa cada mes, dos días. Por esta razón considera que su mejor opción es tener a sus hijas en un internado y estar con ellas los 10 días de descanso que le son asignados al mes. Refiere que no tiene otra opción ya que no cuenta con recursos diferentes a los devengados por su trabajo» [Historia parte 1 y parte 4, Carpeta # 1 Trámite Administrativo y Jurisdiccional de Restablecimiento de Derechos, Historia Samuel parte 8].

Ahora, que la progenitora delegara a un tercero el cuidado del niño, no daba lugar a evaluar negativamente el desempeño de su rol como madre, como lo hizo la agencia enjuiciada al estructurar su decisión en los informes según los cuales, «no tiene las condiciones necesarias para asumir el cuidado de su hijo de manera responsable, ya que continúa delegando el cuidado de sus hijos a terceras personas (...)».

Así es, en primer lugar, porque el hecho de que una mujer delegue o no el cuidado personal de sus hijos a terceros no la hace incapaz para ejercer ese rol. Además de que el deber de cuidado personal de los hijos no es exclusivo de las mujeres, como tradicionalmente se ha entendido, a partir del estereotipo según el cual, las tareas domésticas son inherentes a ellas, nada obsta para que, en caso de que decidan asumirlo, lo cumplan directamente, o a través de un tercero, bajo su vigilancia.

Memórese, como lo ha dicho la Sala, la garantía de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación por razón de su sexo y género, es el derecho humano que tienen a existir y a realizar su proyecto de vida sin ser sometidas a ninguna conducta que limite sus facultades en virtud de sus características biológicas y del rol que cumplen en la sociedad (STC1735-2021).

Obsérvese, en segunda medida, que, en el caso, la madre del menor no tuvo la oportunidad decidir los deberes que, en esa calidad, quería asumir frente a él, ni como quería ejercerlos. Por el contrario, dadas sus circunstancias diferenciales, de las que dio cuenta al exponer su situación económica-social, esto es, mujer, cabeza de familia, víctima de desplazamiento forzado, víctima de violencia intrafamiliar por su expareja, pobreza otros hijos menores de edad (dos niñas), se vio obligada a asumir, exclusiva y simultáneamente, la responsabilidad

patrimonial de la crianza y el cuidado personal de Samuel y, por ende, sin muchas alternativas para proporcionarle el entorno que fuera adecuado a sus necesidades.

[1: Página 24, Historia Samuel, parte 1 (2014), Carpeta # 1 Trámite Administrativo y Jurisdiccional de Restablecimiento de Derechos]. [2: Sobre el particular, Andrea Montero expuso que solo ella respondía exclusivamente por el menor, pues, a quien reputó inicialmente como su padre no le daba ayuda alguna, y con posterioridad, en el curso, se excluyó su paternidad con una prueba de ADN.] [3: Sobre su condición de víctima de violencia intrafamiliar y de desplazamiento forzado, se puede ver que en el informe de ingreso del menor al hogar de paso en abril de 2024, se dejó constancia que, de acuerdo con el relato de la progenitora, Milton, su expareja y a quien reputaba como padre del menor, "era violento"; así como que "una de las propuestas que hace [la progenitora a fin de cuidar mejor a su hijo] es poder regresarse a vivir a Apartadó, ya que en este municipio cuenta con casa propia y tendrá el apoyo de su familia, en especial de una hermana (...). Igualmente se anotó que la madre precisó que "por su condición de desplazada va a recibir junto con el señor Milton una vivienda, lo cual al parecer ha generado discordia con el señor, ya que este quiere vivir en ella, y la señora no sea volver a vivir con Milton por su comportamiento violento".] [4: Con estudios de educación básica primaria.] [5: La progenitora relató, para el 2014, que vivía con otras dos hijas menores de edad, de 8 y 3 años, así como con el padre una de una de ellas.]

Desde este enfoque interseccional, y al estar la progenitora a cargo de la asistencia económica y personal de su hijo, resultaba razonable que delegara el cuidado a otra persona. Además, se entiende, ahora, que las falencias advertidas en el desempeño de ese rol eran el resultado de todas esas circunstancias, y no, como lo señaló el sentenciador de familia que, no hubiese «querido asumir su rol materno filial».

Aspectos que debían ser valorados por el juzgador a efectos de adoptar las medidas que resultaban apropiadas para dotar a la progenitora de las herramientas necesarias para garantizar integralmente los derechos de su hijo, como habría sido, la inclusión al núcleo familiar a programas de asistencia y rehabilitación que le hubieran permitido establecer adecuadas pautas de crianza, a partir de sus especiales características.

Por otro lado, no desconoce la Sala que el 2 de febrero de 2017, el Instituto de Bienestar Familiar adoptó «medida de ubicación del adolescente en su hogar, al lado de su progenitora», pero el 16 de marzo siguiente, fue puesto nuevamente en un hogar de paso por la Comisaría de Familia Trece, de la ciudad de Bogotá. Empero, de allí no tampoco

puede inferirse el abandono predicado por la autoridad denunciada. Fíjese, como dan cuenta las diligencias, que lo que provocó la nueva intervención administrativa fue la delegación de su cuidado personal, la que, como se vio, no podía censurársele. Con mayor razón, si los factores que limitaban su proyecto de vida y el de sus hijos no habían sido superados, al no haberse adoptado por el ICBF ninguna medida en ese sentido [Historia parte 4, Carpeta # 1 Trámite Administrativo y Jurisdiccional de Restablecimiento de Derechos, Historia Samuel].

Asimismo, no puede afirmarse que la madre carecía de interés en el cuidado de su hijo, por el contrario, acudió al procedimiento a hacerlo valer, incluso, mostrando alternativas que le permitieran un mejor cuidado del adolescente. De otro lado, frente a la falta de diligencia en la controversia, recuérdese, como lo ha dicho esta Corporación, que no habilita la resolución de adoptabilidad. Adicionalmente, en el caso, está justificada en la imposibilidad que manifestó la actora de «asistir a los encuentros familiares por su trabajo». [Historia parte 4, Carpeta # 1 Trámite Administrativo y Jurisdiccional de Restablecimiento de Derechos].

En suma, no se daban las condiciones para separar a Samuel de su progenitora y, por ende, la declaratoria de su situación de adoptabilidad era impropcedente.

3.- Medidas para proteger los derechos del adolescente.

Así las cosas, la Sala invalidará la providencia mediante el cual la autoridad convocada definió con resolución de adoptabilidad la situación de Samuel Alejandro y, en su reemplazo, se le ordenará que expida una nueva medida de restablecimiento de derechos, en la que tome en consideración los lineamientos aquí expuestos, como también las circunstancias actuales del adolescente y su núcleo familiar.

Para el efecto, de considerarlo necesario, podrá decretar las pruebas que estime pertinentes en el término cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta decisión, y, en todo caso, resolver el asunto en un plazo máximo de cuatro (4) meses. Igualmente, dentro del primer término mencionado, deberá disponer lo pertinente para retrotraer los efectos jurídicos de la resolución de adoptabilidad, y decretar las medidas provisionales tendientes a asegurar que la familia de origen garantice sus derechos, mientras define nuevamente su situación, como la pedida por la entidad impulsora de esta herramienta.

Finalmente, nada obsta para que el Instituto Colombiano de Bienestar familiar intervenga nuevamente en el asunto, si así lo dispone el fallador,

ya que, de todos modos, la actuación se retrotraerá.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA: CSJ STC1735-2021 CSJ
STC15780-2021 CSJ STC11520-2022 CSJ STC716-2023 CSJ STC3649-
2020 CSJ STC1332-2021 CC T-376/19

PARTE RESOLUTIVA: En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley REVOCA la sentencia de fecha, naturaleza y procedencia conocida, para, en su lugar, PROTEGER las garantías del adolescente Samuel Alejandro Montero García, con ocasión de su declaratoria en situación de adoptabilidad.

En consecuencia, se deja sin efecto la providencia emitida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá el 28 de marzo de 2019, por medio de la cual definió la situación jurídica del adolescente. En su reemplazo, se ORDENA al titular del despacho que en el término de cuatro (4) meses, contados a partir del enteramiento, vuelva a definir el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos impulsado a su favor, atendiendo los lineamientos aquí trazados.

Infórmese a las partes e intervinientes por el medio más expedito y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CATEGORÍA: Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia / Derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado (entre ellas víctimas de desplazamiento forzado y de violencia sexual) / Prohibición de todas las formas de discriminación contra las mujeres
