

SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA

ID : 789838
M. PONENTE : FRANCISCO TERNERA BARRIOS
NUIP : T 1100122100002022-00520-01
NÚMERO DE PROCESO : T 1100122100002022-00520-01
NÚMERO DE PROVIDENCIA : STC11520-2022
PROCEDENCIA : Tribunal Superior Sala Familia de Bogotá
CLASE DE ACTUACIÓN : ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA : SENTENCIA
FECHA : 31/08/2022
DECISIÓN : REVOCA CONCEDE TUTELA
ACCIONADO : JUZGADO VEINTINUEVE DE FAMILIA DE LA MISMA CIUDAD, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF, CENTRO ZONAL DE VILLAVICENCIO 2 -CAIVAS- Y CENTRO ZONAL DE BOSA -BOGOTÁ
ACCIONANTE : ALICIA FERNANDA BARRIOS VALLE, RICARDO ÁLVARO, FERNANDO RAMIRO Y AUGUSTO FABIO PÉREZ AFANADOR, LUIS ANDRÉS, LUCIA FELICIANA, DIEGO MIGUEL Y JUAN FELIPE PÉREZ MONTERO
FUENTE FORMAL : Constitución Política art. 13, 42 y 43, 44 / Código de la Infancia y la Adolescencia art. 10, 53 / Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer art. 5.b / Integración de una perspectiva de género en las investigaciones de derechos humanos: orientación y práctica de las Naciones Unidas / Observación General Número 14 de 2013, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre el Derecho del Niño / art. Convención de los Derechos del Niño

ASUNTO:

SUPUESTOS FÁCTICOS: El 29 de julio de 2019, fue denunciado anónimamente al señor Hernando Luis Pérez Barrios por cometer presuntos actos sexuales y de maltrato hacia sus hijos menores de edad Daniela María y Hernando Luis Pérez Barrios, quienes se encontraban bajo su cuidado y custodia debido a la ausencia de la madre, la denunciante también mencionó que, «en cierta oportunidad, la niña desapareció por dos horas, luego de las cuales fue encontrada en su hogar, temblorosa y mostrando miedo hacia su progenitor y que su hermano permanecía solo en la calle». El ICBF negó la solicitud de custodia efectuada por la madre de los menores, después de que el ICBF, decretó como medida provisional de restablecimiento de derechos su ubicación en un hogar sustituto; no obstante, en una visita social y de valoración psicológica al núcleo familiar, constató factores positivos pero también de vulnerabilidad en el reintegro de los niños al hogar materno, y advirtió la manifestación de aquella, sobre la condición de padrastro, del progenitor de sus hijos, quien se aprovechó de ella siendo una adolescente de 15 años, luego de lo cual fue forzada a vivir con él, de quien se separó como consecuencia de las agresiones físicas que le propinaba y la amenaza de poner en conocimiento de la madre, su orientación sexual. La trabajadora social del ICBF descartó la posibilidad de que los niños vivieran con una hermana paterna debido a la cercanía con el padre y presunto agresor sexual de la niña y a que en ese hogar existía antecedentes de violencia sexual hacia un hijo de la hermana a quién se daría su cuidado. El progenitor solicitó que se le restableciera la custodia y cuidado de sus hijos, como quiera que, el proceso penal que en su contra fue archivado por la Fiscalía General de la Nación, petición que fue negada por la Defensoría de Familia del Centro Zonal Villavicencio 2, la cual dispuso la ubicación provisional de los menores con un tío materno, pero ante el presunto maltrato familiar fueron trasladados a varios hogares sustitutos. El Juzgado Veintinueve de Familia de Bogotá, declaró en situación de adoptabilidad a los menores de edad, como consecuencia de la pérdida de competencia de la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Bosa, por vencimiento de términos; por lo cual, los accionantes, a través de apoderada judicial, demandaron la protección constitucional de los derechos fundamentales de los menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella, al interés superior de los niños, la vida e integridad personal, por cuanto consideraron que la decisión, no tuvo en cuenta la legalidad del trámite, al omitir indagar en extenso sobre la idoneidad de la madre para recibir a los niños, ni vincular a la familia extensa, además de múltiples irregularidades en las actuaciones adelantadas por el ICBF. **PROBLEMA JURÍDICO:** ¿ «(...) establecer si se conculcaron las garantías

fundamentales invocadas, con ocasión del proceso de restablecimiento de derechos de los niños Daniela María y Hernando Luis Pérez Barrios, que culminó con el proveído dictado el 12 de mayo de 2022, mediante el cual se los declaró en situación de adoptabilidad»?

TEMA: ACCIÓN DE TUTELA - Cosa juzgada constitucional respecto de la actuación administrativa surtida por el ICBF, cuestionada por el padre de los menores de edad

Tesis:

«De manera preliminar, se advierte, de un lado, que el padre de los menores de edad presentó una tutela previa contra el ICBF, por el procedimiento surtido en sede administrativa, en la que se estableció que no hubo vulneración de las garantías superiores invocadas, por lo que, en esa materia, se impone estarse a lo allí resuelto ; y, de otro, que como la adoptabilidad fue definida por el Juzgado de Familia accionado en providencia del 12 de mayo de 2022, es esa la decisión definitiva, razón por la cual el estudio de la Sala se sujetará a dicha providencia»

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES - Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella: prevalencia del interés superior del menor

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR - Medidas de restablecimiento de derechos del menor - Declaración de adoptabilidad: extraordinariedad y excepcionalidad de la medida

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR - Medidas de restablecimiento de derechos del menor - Declaración de adoptabilidad: procedencia

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR - Medidas de protección - Homologación de la declaración de adoptabilidad: suficiencia y trascendencia de la motivación de la sentencia (c. j.)

Tesis:

«En proyección de los derechos constitucionalmente consagrados en el precepto 44 de la Carta Política, la jurisprudencia se ha encargado de precisar que la adopción es siempre la última ratio, de manera que esa medida solo es procedente cuando se determine claramente el riesgo y se agote el examen de las restantes medidas de restablecimiento regladas en el artículo 53 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, carga ésta que le corresponde al Estado, el cual tiene la tarea de verificar que “realmente no exista ninguna alternativa que permita la garantía de los

derechos del menor al interior del núcleo familiar (...)".

De allí que la decisión de dar en adopción a un menor de edad demanda una motivación reforzada, cuestión que, entre otros aspectos, grava al operador judicial encargado de dictaminar su procedencia con el deber de estudiar las condiciones de los niños y de analizar, de un lado, si los padres -aún apoyados con medidas institucionales- no son aptos para ejercer la guarda y, de otro, si el núcleo familiar biológico extenso puede cumplir esa tarea.

Lo anterior, en razón a que la familia constituye, en principio, el mejor recurso para la protección de los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes y, por ello, ese derecho y deber está salvaguardado en textos constitucionales, convencionales y legales (arts. 9 de la Convención de los Derechos del Niño; art. 44 de la Constitución Política; art. 10 del Código de la Infancia de la Adolescencia; art. 5.b de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

Dicho postulado posee un contenido sustantivo, en el sentido que los menores de edad tienen derecho a que, cuando se adopte una medida que les afecte, sus mejores intereses deben ser evaluados y, en el caso de que existan otros intereses en juego, estos deben ponderarse para llegar a la solución más conveniente, valorando siempre que no queden expuestos a riesgos inminentes. En segundo lugar, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que, si una disposición jurídica puede ser considerada en más de una forma, se impone optar por la hermenéutica que mejor responda a los beneficios del niño. Por último, es una norma de procedimiento, lo cual implica que siempre que se tenga que proferir una determinación que los afecte, se reclama una estimación de las posibles repercusiones o del impacto (positivo o negativo) de aquella.

En ese orden, esta Sala, al estudiar las facultades del Juez de Familia para decidir sobre la adoptabilidad de menores de edad, por ejemplo, en trámite de homologación, ha definido que no puede limitarse a un examen meramente formal, pues:

"...tal decisión trascendente como cualquier sentencia judicial, es cierto, implica validar la ruptura jurídica del núcleo familiar, toda vez que la declaración de abandono produce respecto de los padres del infante, según el artículo 60 del Código del Menor (esta disposición fue incorporada en el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006), no solo la terminación de la patria potestad, sino también entraña, en la mayoría de los casos, la iniciación de los trámites de adopción...

...dicho de otro modo, si el mencionado trámite está previsto en el derecho colombiano, para 'cuando las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del menor, se hubieren opuesto a esta medida dentro del trámite administrativo (...)' (art. 61 C. de M., se subraya), (actualmente art. 107 de la Ley 1098 de 2006), lo mínimo que se esperaría es que tal oposición mereciera la consideración y adecuado escrutinio del juzgador, de lo cual, huelga insistir, debe quedar diáfana memoria en la respectiva sentencia.

Por todo lo anotado, aprovecha esta ocasión la Corte Suprema, para llamar -de manera respetuosa- la atención de los juzgadores, con el objeto de que en sus providencias, invariablemente, quede registrada la motivación que, en forma suficiente y cabal, sirva de báculo a la decisión que se permite adoptar, regla ésta igualmente predicable del trámite de homologación a que se refiere el artículo 61 del Código del Menor, el que en manera alguna es inmune a la aplicación del precitado deber judicial, mínima garantía que debe brindarse en el marco del debido proceso, rectamente entendido.

Al fin y al cabo, este no es un trámite mecánico, que implique desatender las reglas de juzgamiento consustanciales a toda actuación judicial. De allí que el juzgador, que no es un autómatas, no puede limitarse a realizar un control, amén que meramente formal y rutinario, como si los intereses que estuvieran en conflicto, ciertamente, fueran de ninguna o de poca monta. Muy por el contrario, con arreglo a los poderes con los que ha sido investido, deberá desplegar una labor que esté en consonancia con dichos intereses, en este caso -donde hay menores- de insoslayable y aquilatada relevancia, al mismo tiempo que con la finalidad que anima la homologación, se insiste, de marcada trascendencia jurídica"»

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -
Medidas de restablecimiento de derechos del menor - Declaración de adoptabilidad: circunstancias suficientes para justificar la medida (c. j.)

Tesis:

«(...) 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.

En ese sentido, el máximo tribunal constitucional de Colombia ilustró, en

sentencia CC T-044 de 2014, que no todo hecho o circunstancia que pueda haber ocurrido tiene la virtualidad de justificar la separación de un niño de su núcleo familiar y, en ese sentido, debe materializarse una situación con tal nivel de trascendencia que amerite una intervención drástica por parte del Estado; por ello, identificó algunos ejemplos en los que era procedente esta determinación:

“(i) claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del niño o la niña; (ii) abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (iii) circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena protección, es decir: abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

Aunado a lo anterior, en pronunciamiento T-887 de 2009, la misma Corporación acotó:

“Insiste la sala, únicamente puede aplicarse esta sanción cuando en el proceso administrativo que tiene por finalidad imponerla resulta probado claramente que el niño o niña de que se trate carece en definitiva de personas que por ley deben satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que el niño o la niña ha sido, en efecto, abandonado a su propia suerte. De manera muy excepcional procede declarar la situación de abandono cuando se verifica contundentemente que los padres biológicos no están en situación de garantizar los intereses prevalentes de su hijo o hija o que permanecer en la familia biológica conlleva para el niño o para la niña un riesgo insuperable” (Se resalta)»

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -

Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: la ausencia de diligencia en el procedimiento administrativo, la falta de condiciones económicas y 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

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES -

Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella: condición de última ratio de la declaratoria de adoptabilidad (c. j.)

Tesis:

«(...) 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 y las valoraciones iniciales realizadas por el ICBF, en criterio de la Sala, no justifican per se la pérdida de la patria potestad, razón por la cual corresponde al operador

judicial ejercer todas sus facultades, como director del proceso, para valorar el asunto y ponderar, reflexivamente, los intereses en juego. En esos términos, en torno al tema, en una acción constitucional relacionada con la decisión de adoptabilidad, se consideró lo siguiente:

"Si bien los señalados supuestos fácticos, denotan un comportamiento desinteresado de la madre por velar por el bienestar de los infantes, y aun cuando esta Corporación siempre ha reclamado de los ascendientes el ejercicio cabal de su papel de garantes en la protección de las prerrogativas de los niños, niñas y adolescentes, por ser sujetos prevalentes de derechos; los antecedentes de aquélla no pueden convertirse en una justificación para desligar a la patente definitivamente, de su rol de progenitora, sin examinar, por ejemplo, si ésta ha emprendido acciones afirmativas en aras de mejorar sus condiciones de vida y las de sus hijos y si, para ese propósito, ha contado con apoyo del Estado.

No puede recriminarse indeterminadamente el proceder de la progenitora, por hechos que, si bien son graves, no implican, necesariamente, que ésta deba ser sustraída de su patria potestad.

Nótese, las autoridades querelladas dejaron de apreciar circunstancias relevantes, como el bajo nivel formativo de la quejosa y la difícil situación socioeconómica por ella padecida, evidenciada con su inestabilidad laboral, cuestiones que, sumadas a su constante oposición a ser separada de sus hijos (...) evidencian que aun cuando aquélla no ha contado con recursos suficientes para asumir el cuidado de sus hijos, ha intentado cambiar sus condiciones para brindarles una vida mejor.

Adicionalmente, se desconoció la posibilidad real de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar agotara otras opciones de resguardo, antes de acudir a la medida extrema de la adopción, como por ejemplo, incorporar a los menores y a su madre a programas de rehabilitación familiar.

4.3. Ahora, en cuanto a la inexistencia de una red familiar extensa que esté en condiciones idóneas para suministrarle una adecuada protección a los menores, se advierte que, el despacho confutado se atuvo a las gestiones efectuadas por el ICBF, desde la época en que inició el trámite de restablecimiento de derechos, sin constatar la existencia de posibles dinámicas parentales actuales y circunstancias pendientes de verificar...

4.4. Para la Sala no es suficiente justificar la medida relativa al inicio de los trámites de la adopción, en el hecho de que la investigación

administrativa se adelantó con arreglo al procedimiento previsto en la Ley 1098 de 2006 y la resolución se sustentó en la apreciación de las pruebas regularmente allegadas al expediente.

Téngase en cuenta que se trata de una madre de 33 años, quien demostró siempre un interés persistente en recuperar a sus hijos, a quien no se le puede negar la oportunidad de rehacer su vida y la de sus primogénitos, sino estimularla en ese propósito, brindándole la asistencia psicológica y material que requiere una persona a quien la sociedad, el Estado y la familia no le han posibilitado un mejor proyecto de vida”»

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: insuficiencia de la conducta ambivalente de la madre para descalificar su idoneidad en la crianza de los hijos

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: vulneración del derecho con la declaración de adoptabilidad de los niños, sin que existiera prueba de alguna afectación física o mental de la madre biológica, ni muestras de comportamientos que pusieran a sus hijos en riesgo inminente y directo

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: vulneración del derecho al atribuir la falta de idoneidad de la madre biológica para criar y cuidar a sus hijos, a las difíciles condiciones socioeconómicas y familiares que involucran una red de apoyo débil, a su falta de pareja constante y a su residencia en una ciudad diferente a la de sus familiares

Tesis:

«En primer lugar, resulta pertinente estudiar la decisión adoptada por el Juzgado de conocimiento respecto de la madre, en tanto consideró que no era apta para cuidar a sus hijos, pues su actuación en el procedimiento administrativo, aunque siempre afirmó su deseo de recuperar su custodia, fue desinteresada y negligente, cuestión que fue puesta de presente por los profesionales del ICBF que analizaron el caso, toda vez que en las verificaciones realizadas por las áreas de trabajo social y psicología y en los distintos informes allegados hicieron énfasis en las condiciones de habitabilidad, que aquella estaba sola y no contaba con una red de apoyo, que tenía un trabajo pero no se podía definir su perdurabilidad en el tiempo, que no allegó información sobre sus capacidades e incluso sobre su estado de salud, entre otros factores que, en su gran mayoría y a simple vista, se refieren a aspectos sociales y económicos y no a su idoneidad personal para ejercer el rol materno.

5.1. En ese sentido, se destaca que el material probatorio allegado da cuenta de que la madre, durante los casi tres años transcurridos desde el inicio de la tramitación, sí se mostró interesada no sólo en que sus hijos le fueran reintegrados sino, también, en el desarrollo y en el desenvolvimiento del proceso. Nótese cómo, en efecto, el 4 de septiembre de 2019, luego de enterarse de los hechos de violencia supuestamente perpetrados en contra de los pequeños por parte de su padre, Luis Andrés, acudió ante el ICBF, a fin de solicitar su custodia y, el 24 de noviembre de 2020, concurrió a la entidad para averiguar por su hija, que estaba hospitalizada.

Igualmente, en las visitas realizadas en su domicilio el 10 de octubre de 2019, así como en las verificaciones del 2 de septiembre, 21 de octubre y 16 de diciembre de 2020, hizo explícito su deseo de que los niños le fueren entregados e indicó -y se corroboró- que se había trasladado de Bogotá a Villavicencio, con el objeto de estar más cerca de ellos, mostrando en su sitio de residencia la cama y armario adquiridos para cuando sus hijos regresaran, refiriendo -en todas las oportunidades- que contaba con un trabajo. Frente a su vinculación laboral no hay soporte en el expediente, no obstante, ella siempre aludió esa circunstancia y, consultada la información pública de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES, se encuentra que, por lo menos, desde el 1 de septiembre de 2019, está afiliada al régimen contributivo, en calidad de cotizante y también tiene un registro de afiliación activo en riesgos laborales

Por su parte, en algunos informes de las verificaciones realizadas en los hogares sustitutos se dejó constancia de las videollamadas realizadas con sus hijos, la alegría que eso les producía a aquellos y el afecto que se evidenciaba en su relacionamiento ; aún, en enero de 2021, según se narró y se soportó en la tutela, Alicia Fernanda procuró comunicarse -por correo electrónico- con una de las funcionarias del ICBF, poniéndole de presente que había tenido múltiples dificultades para contactarse con el pequeño Hernando Luis, pues las llamadas que hacía no se las atendían y al parecer el niño se encontraba en una finca, bajo el cuidado del esposo de la madre sustituta . Para agosto del 2021, mientras la pequeña Daniela María se hallaba internada por el deterioro de su salud mental, la progenitora, Alicia Fernanda, intentó contactarse con ella, según informe enviado al Centro Zonal de Bosa.

Al respecto, vale la pena señalar que en las valoraciones suscritas por los trabajadores sociales y psicólogos que intervinieron en el asunto no hay evidencia de que se hubiera detectado en la madre un comportamiento peligroso; por el contrario, se registró su voluntad y deseo de superarse

para ejercer en debida forma el rol materno y condiciones de salud estables, buenas relaciones con sus familiares y con los niños.

Por supuesto, los hechos constitutivos de la desidia atribuida por el fallador querellado a la madre en relación con sus hijos, es preciso reconocerlo, cuentan con respaldo probatorio. En efecto, está demostrado que en varias oportunidades el ICBF tuvo dificultades para comunicarse con ella y ubicar su sitio de residencia, para efectos de realizar las visitas domiciliarias programadas; en otra ocasión, no permitió el acceso a su vivienda y no aportó el certificado médico que le fue solicitado a finales de 2019, el cual era necesario -según el ICBF y el juzgado accionado- para determinar si sus condiciones mentales eran aptas para ejercer el cuidado de los menores de edad; conforme narró su hermano (Daniel Felipe Barrios) a mediados del 2021, no cumplió con la cuota alimentaria que le fue fijada el 28 de enero de ese mismo año y visitaba poco a sus niños; además, en los hogares sustitutos indicaron que incumplía la periodicidad de las llamadas a sus hijos.

En ese orden, la conducta desplegada por la madre es susceptible de calificarse como ambivalente, pues, en ocasiones, estuvo pendiente de ellos, mientras que en otras se mostró poco colaborativa con el proceso que se adelantaba en relación con sus pequeños, no obstante, en criterio de la Sala, ello no es suficiente para descalificarla totalmente.

En rigor, el argumento ofrecido por la juzgadora acusada para demeritar la idoneidad de la madre para criar y cuidar de sus hijos se fundó en que no allegó un certificado médico solicitado y en parte de las probanzas allegadas, dejando de lado que: i) no había prueba de una afectación física o mental ni muestras de comportamientos que los expusieran a un riesgo inminente y directo por sus propias acciones; ii) sus condiciones económicas, sociales y familiares obedecen a una situación que es real en muchos hogares en Colombia, a la falta de una pareja constante y a que, en algunos momentos, ha residido en una ciudad distinta a la de la mayoría de sus familiares, por lo que su red de apoyo puede ser débil, mas no inhabilitante; y iii) varios informes indicaban que era una persona estable, que daba confianza y mostraba interés y empoderamiento para ejercer el rol de madre, con buenas relaciones con sus hijos, quienes nada malo dijeron en su contra ni refirieron haber sido maltratados por ella. Lo anterior, para la Sala, habilita la procedencia de la tutela».

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL MENOR -
Medidas de protección - Declaración de adoptabilidad: deber del funcionario judicial de valorar las trágicas y complejas circunstancias sufridas por quien podría ser objeto de la privación de la patria potestad

DERECHO CIVIL / PERSONAS - Género: definición y diferenciación con el concepto de sexo

DERECHO DE LAS MUJERES A LA IGUALDAD PROCESAL - Enfoque de género en la administración de justicia: finalidad

DERECHO DE LAS MUJERES A LA IGUALDAD PROCESAL - Enfoque de género en la administración de justicia: deber funcional del juez de introducir la perspectiva de género en sus decisiones

Tesis:

«(...) resulta pertinente destacar que, en controversias como la analizada, se impone valorar el contexto en el cual se desenvuelve el ser humano, las complejas -y a veces trágicas- vicisitudes que marcan para siempre la vida de una persona y ello, en este caso, cobra especial relevancia.

Muestran las pruebas que la trayectoria de la mamá de los niños, Alicia Fernanda, ha sido dramática: siendo muy joven (de aproximadamente de 15 años), quedó en gestación del señor Luis Andrés Pérez Montero, quien, para ese entonces, era su padrastro, pues convivía con su progenitora; dicho embarazo se produjo, en palabras de la propia Alicia Fernanda, mientras su hermano Daniel Felipe, de 14 años en ese momento, estuvo hospitalizado por peritonitis y cuando su progenitora, Andrea Valle, iba a cuidar de él en el centro sanitario, su padrastro "aprovechó". Luego, al noticiarse de que estaba en ese estado, Luis Andrés la habría amenazado, poniéndole de presente que si comentaba algo "echaba a la calle a [su mamá] porque la casa era de él", así como con develar sus preferencias sexuales.

Dichas aseveraciones, sin duda, son susceptibles de ser controvertidas, pero no se puede desconocer que ella era menor de edad y fue objeto de actos sexuales por parte de un adulto, quien, además, estaba llamado a tener un rol que, en principio, podría calificarse de paterno, situación que, por supuesto, tuvo que generar un conflicto en el entorno familiar, en un momento en el que ella no tenía la madurez suficiente para afrontarlo, pues aún era una adolescente y, por tanto, un sujeto de especial protección.

A lo anterior se suma que, desde entonces y a lo largo de los años venideros, ella afrontó el conflicto interno y externo derivada de su orientación sexual y el maltrato de parte de su pareja, padre de sus hijos, pues esa violencia, aunque no hay prueba de haber sido denunciada en su momento, fue referida por ella y por su hija, Daniela María.

No es de extrañar que esas circunstancias hubieran llevado a que Alicia Fernanda se fuera de su casa y aceptara que sus hijos se quedaran al cuidado de su progenitor; tampoco que pudieran haberle generado un "bajonazo emocional", como se describió en algunas de las visitas. En ese orden, se advierte un drama en el desarrollo de su vida, hecho que, aunque no la exime de ejercer, como corresponde, su rol materno, pueden mostrarla como una persona ambivalente, temerosa, tensionada o retraída; no obstante, no se acreditó, o por lo menos ello no se advierte de lo allegado, que con su conducta pudiera poner en riesgo a sus hijos, en tanto hechos de maltrato, violencia u otros similares frente a ellos no tienen soporte alguno en su contra. Todo lo anterior viene al caso por lo siguiente:

Existen varias definiciones de lo que ha de entenderse por género y su divergencia con el sexo. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, las que gozan de mayor acogida apuntan a que mientras el primero (el género) se funda en los comportamientos cultural y socialmente esperados sobre lo masculino y lo femenino, lo segundo (el sexo) se refiere a unas características biológicas y físicas. Por eso, el término género

"[S]e refiere a las identidades socialmente construidas, a los atributos y roles de las personas en relación con su sexo y a los significados sociales y culturales atribuidos a las diferencias biológicas basadas en el sexo. El significado de esas identidades socialmente construidas, de los atributos y de los roles varía entre las sociedades, las comunidades y los grupos en el transcurso del tiempo. Esto a veces resulta en una relación jerárquica entre hombres y mujeres y a una desigual distribución del poder y de los derechos, favoreciendo a los hombres y desfavoreciendo a las mujeres y afectando a todos los miembros de la sociedad. La posición social de las mujeres y de los hombres está afectada por factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales."

Partiendo de esa diferencia entre uno y otro concepto, que es clásica en la doctrina, surge la perspectiva de género, instrumento analítico cuya finalidad es el logro de una igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, reconociendo sus distinciones y poniendo en entredicho la idea de que la diferenciación entre uno u otro sexo se pueda efectuar partiendo -exclusivamente- de explicaciones biológicas.

Por eso, dicha perspectiva implica reconocer que "una cosa es la diferencia sexual y otra cosa son las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia esa

diferencia sexual". Con tales antecedentes, cumple reiterar los asertos básicos de la jurisprudencia en la materia, edificados sobre los principios deducibles de los artículos 13, 42 y 43 de la Carta Política, 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y otros varios instrumentos internacionales relevantes, por fuerza de los cuales se ha conminado a las autoridades judiciales a analizar los casos sometidos a su conocimiento bajo una perspectiva de género, en procura de humanizar el ejercicio de la administración de justicia y de hacer efectivas las garantías consagradas en la ley y en la Constitución Política».

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA -
Enfoque de género en la administración de justicia - Test de procedencia para incorporar la perspectiva de género en la función jurisdiccional: criterios de análisis

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA -
Deber judicial de protección con perspectiva de género: criterios jurisprudenciales para su aplicación (c. j.)

Tesis:

«(...) esta Sala ha identificado, como criterios orientativos a la hora de determinar cuándo un asunto debe ser resuelto con enfoque de género, los siguientes:

“2.4.1. Evaluar las asimetrías entre los roles de género identificables en el caso concreto, incluyendo criterios de interseccionalidad...

2.4.2. Verificar la configuración de patrones o actos de violencia...

2.4.3. Causalidad eficiente de la violencia infringida en la afectación de los intereses del sujeto en situación de vulnerabilidad (Se subraya).”

Verificados esos supuestos, al resolver el asunto, el Juzgador de conocimiento debe observar, cuando menos, los siguientes lineamientos:

“(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y

mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.”»

DERECHO DE LAS MUJERES A LA IGUALDAD PROCESAL -

Vulneración del derecho al declarar en situación de adoptabilidad a los hijos menores de edad de la accionante, sin analizar el caso con perspectiva de género

Tesis:

«(...) tomando en consideración la trayectoria de vida de la madre de los niños en el procedimiento de restablecimiento de derechos, cuyos hitos fundamentales han quedado reseñados en precedencia, fácil resulta colegir que, respecto de ella, debe aplicarse la perspectiva de género.

5.3. Lo considerado, por supuesto, debe ser abordado bajo una ponderación que beneficie los intereses de los niños y haciendo el análisis respectivo, toda vez que, acorde con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Política, las garantías superiores de los menores de edad, en este caso de Daniela María y Hernando Luis, prevalecen sobre los derechos de los demás, para lo cual, como se indicará más adelante, el Juez de Familia debe desarrollar una serie de actividades, previo a decidir el asunto y a aquella, como directa interesada, le asiste el deber de colaboración»

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Proceso de restablecimiento de derechos del menor: vulneración del derecho por falta de motivación de la decisión del Juzgado Veintinueve de Familia de Bogotá, que declara en situación de adoptabilidad a los menores de edad, sin analizar las complejas y trágicas circunstancias que han afectado a su madre

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES -

Protección constitucional para declarar improcedente la entrega permanente de la guarda de los niños al progenitor, o a uno de sus tíos maternos, respecto de quienes hay evidencia de maltrato

DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES -

Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella: vulneración del derecho con la decisión del Juzgado Veintinueve de Familia de Bogotá, de

declarar en adoptabilidad a los menores, sin analizar si la familia extensa está en condiciones de hacerse cargo de la custodia y cuidado de los menores de edad

ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA - La Sala ordena al Juzgado Veintinueve de familia de Bogotá, que en el caso de que después de implementadas las medidas institucionales ordenadas, la madre de los niños, no fuere idónea para hacerse cargo de su cuidado y custodia, se examine el núcleo familiar extenso, incluyendo a todos los miembros cercanos de la familia materna y paterna

ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA - La Sala le ordena al Juzgado Veintinueve de Familia de Bogotá, realizar encuentros vigilados por profesionales interdisciplinarios del ICBF, entre la madre y sus hijos y entre éstos con otros familiares, quienes puedan ser considerados como sus cuidadores

ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA - La Sala le ordena al juez de familia, adoptar una decisión de fondo con enfoque de género, que pondere la prevalencia de los derechos superiores de los niños

ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA - La Sala hace un llamado de atención a la accionante, por su actitud irreflexiva y poco diligente en el proceso administrativo, a colaborar con las autoridades administrativas y judiciales, suministrando la información que se requiera para la ejecución de la sentencia

Tesis:

«Aunque lo hasta aquí razonado resulta suficiente para conceder el amparo deprecado, otros aspectos merecen la atención de la Sala, pues es claro que, a la luz de la jurisprudencia citada ut supra, la determinación de dar en adopción a un menor de edad es excepcional y, por tanto, reclama una motivación reforzada, de manera que, de validarse que la madre, después de ejecutadas las indicaciones que se referirán en esta providencia y aún apoyada con medidas institucionales, no es idónea para garantizar sus derechos, se debe examinar si el núcleo familiar extenso puede cumplir la labor de hacerse cargo de los niños.

6.1. Ello exige, en primera medida, que el Juzgador convoque a todos los miembros de la familia extensa materna y paterna cercana (abuelos, hermanos, tíos u otros que puedan ser referidos por los integrantes del grupo) y no solo a parte de ellos y que se realicen acciones directas y efectivas, para verificar respecto de cada uno si están en disposición y si acreditan las condiciones para asumir la custodia de los niños, diligencia

que en este caso fue parcial y estuvo sujeta a las verificaciones que hiciera el ICBF, gestión en la que se dejó constancia, por ejemplo, que uno de los hermanos de la madre dijo que sus otros hermanos no tenían interés en cuidar a los niños, por lo que le pasó a él, sin haber más verificaciones, pese a que eran necesarias.

Adicionalmente, como se vio, los motivos argüidos por el Juzgado acusado para desestimar que la familia extensa paterna pudiera cuidar de los dos niños giraron alrededor de una única idea, esto es, que como ellos mantenían cercanía y contacto con el padre de los pequeños (Luis Andrés), encargarles su guarda suponía un riesgo y, eventualmente, podría conducir a revictimizarlos. Incluso, se evidencia que en uno de los informes rendidos por los profesionales del ICBF se descalificó a una de las hermanas mayores de los niños por esa causa y porque uno de sus hijos había sido objeto de abuso sexual, por parte de otros menores de edad, hecho que se precisó fue realizado por terceros ajenos a ese grupo familiar y frente al cual ninguna verificación ni valoración real se hizo.

Ese aserto, justamente por venir fundado en suposiciones y como quiera que el riesgo podría ser conjurado con otras medidas, merece también ser analizado. En efecto, hay que eliminar la amenaza y por ello el operador judicial debe insistir en validar la familia extensa materna (hermanos, tíos, abuela), pero no debe olvidarse que el ordenamiento jurídico faculta al juez de familia a adoptar todo tipo de medidas, incluyendo, verbigracia, visitas vigiladas, restricciones y órdenes de distanciamiento, que permitan eliminar el peligro al que un menor de edad pueda quedar expuesto por cualquier causa, inclusive, el generado con ocasión de su eventual reintegro en el medio familiar paterno.

6.2. Sin perjuicio de lo referido y de cara a los razonamientos efectuados en cuanto al padre, nada hay para censurar, pues el hecho de que la investigación penal en su contra por los presuntos delitos sexuales hubiera sido archivada, no desvirtúa que, en efecto, en varias oportunidades, en sede administrativa, la niña afirmó que esos actos sí se dieron, lo mismo que su hermano, quienes también fueron claros en aseverar que no querían vivir con él y que sentían temor hacia su padre.

La precisión anterior viene al caso porque, según da cuenta el dictamen rendido por la Clínica Renovar, elaborado -presumiblemente- a finales de 2020, es decir, con posterioridad a la orden de archivo del proceso penal -octubre de 2019-, la niña (Daniela María) nuevamente indicó haber sido objeto de agresiones sexuales por parte de su padre, lo cual, en opinión de los galenos tratantes, fue lo que desencadenó "inestabilidad emocional y síntomas mentales compatibles con Trastorno de Estrés Postraumático",

padecimientos éstos que condujeron a su internamiento. Esto lo reiteró el 8 de marzo de 2021, cuando indicó que su padre la intentó "violar" en una oportunidad en que estaba borracho, cuando -además- le "pegó una patada en la cabeza y salió corriendo con su hermano".

En adición, se acota que fue con fundamento en ese informe del centro sanitario que el ICBF, el 16 de diciembre de 2020, le solicitó a la Fiscalía Dieciséis Delegada de Villavicencio el desarchivo de la noticia criminal, pese a que no hay constancia de ese trámite en el expediente.

De manera que hay motivos fundados para colegir que no es procedente entregarle la guarda permanente de los menores a su progenitor, cuestión que también se extiende a su tío materno, Daniel Felipe Barrios Valle, toda vez que respecto de él se evidenció en el proceso que, aunque recibió a los niños, fueron objeto de maltrato en su hogar y pidió al ICBF que no los dejaran más bajo su cuidado.

7. Recapitulando, se tiene que el Juzgado de Familia accionado concluyó que la madre de los niños no era apta para cuidar de los menores de edad, habida cuenta que mostró un comportamiento desinteresado en el proceso de sus hijos y no colaboró con los requerimientos de información que el ICBF le efectuó, sin valorar las demás evidencias y considerar acciones para evaluar su idoneidad, según las condiciones sociales y económicas y el entorno que ha afectado a la familia ni asegurar el apoyo de las instituciones. Tampoco verificó todas las opciones de la familia extensa materna y frente a la paterna la descartó sin realizar una valoración de la situación real y considerar otras medidas para conjurar la amenaza propiciada por el posible relacionamiento del padre con sus hijos, pues se limitó a revisar el informe del ICBF. Así, haciendo caso omiso del deseo de los niños, de la falta de pruebas para descalificar la capacidad de la madre y de la ausencia de verificación de todas las opciones en la familia extensa, los declaró en situación de adoptabilidad.

7.1. Las anteriores consideraciones son suficientes para la Sala a efectos de aceptar la procedencia de la petición de amparo constitucional en favor de los niños Pérez Barrios. En atención a lo anterior, y dado que el asunto inició hace bastante tiempo, la Sala estima pertinente ordenar al Juzgado accionado que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, deje sin efectos el proveído del 12 de mayo de 2022, por el cual declaró a los niños en situación de adoptabilidad y, previo a decidir el asunto, decreta pruebas que permitan conocer las condiciones actuales del grupo familiar y adoptar una decisión motivada en torno al tema, tales como: entrevista a la madre, valoración por profesionales de trabajo social y psicología del ICBF y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias

Forenses sobre las condiciones de Alicia Fernanda Barrios Valle, visita a la residencia de aquella, requerir a la señora Alicia Fernanda para que aporte las citas médicas, tratamientos o conceptos sobre su estado de salud que hubieran sido realizados por parte de la E.P.S. a la cual está vinculada y aporte los soportes de su vínculo laboral, así como los nombres y datos claros de contacto de todos miembros de la familia extensa que pudieran hacerse cargo de sus hijos, frente a los cuales se deben realizar los acercamientos, entrevistas y verificaciones pertinentes, en caso de tener interés en asumir la custodia de los niños.

7.2. Asimismo, se estima pertinente que el Juzgado evalúe la posibilidad de que se realicen encuentros entre la madre y sus hijos y de estos con los otros familiares que puedan tener alguna opción viable para ser considerados como cuidadores, vigiladas y con la presencia de profesionales interdisciplinarios del ICBF o los que sean designados por el Juzgado de conocimiento, para que emitan concepto sobre el relacionamiento entre ellos.

7.3. Agotado lo anterior, en los términos indicados en esta providencia, deberá adoptar una nueva decisión de fondo, con enfoque de género y, en todo caso, ponderando la prevalencia de los derechos superiores de los niños.

8. De otro lado, comoquiera que es innegable que la actitud irreflexiva y poco diligente con la que Alicia Fernanda asumió esa actuación gubernativa, la cual no le permitió apreciar las consecuencias jurídicas de su proceder, como eran la terminación de la patria potestad y el inicio del trámite de adopción de sus dos hijos, es necesario hacerle un llamado, para que colabore con las autoridades administrativas y judiciales en cuanto al suministro de la información que se le requiera, debiendo dejarse constancia -por escrito y detallada- en el expediente en el evento de que desatienda esa carga.

9. Colofón de lo razonado, se accederá al amparo implorado a favor de los niños Pérez Barrios».

CONSIDERACIONES:

1. En el presente asunto, corresponde a la Sala establecer si se conculcaron las garantías fundamentales invocadas, con ocasión del proceso de establecimiento de derechos de los niños Daniela María y Hernando Luis Pérez Barrios, que culminó con el proveído dictado el 12 de mayo de 2022, mediante el cual se los declaró en situación de adoptabilidad.

2. De manera preliminar, se advierte, de un lado, que el padre de los menores de edad presentó una tutela previa contra el ICBF, por el procedimiento surtido en sede administrativa, en la que se estableció que no hubo vulneración de las garantías superiores invocadas, por lo que, en esa materia, se impone estarse a lo allí resuelto; y, de otro, que como la adoptabilidad fue definida por el Juzgado de Familia accionado en providencia del 12 de mayo de 2022, es esa la decisión definitiva, razón por la cual el estudio de la Sala se sujetará a dicha providencia. [46: Tutela presentada por Luis Andrés Pérez Montero contra el ICBF, en cual se atacó el trámite surtido en el procedimiento administrativo de derechos, fallada en segunda instancia el 19 de marzo de 2021 por el Tribunal Administrativo del Meta, negando el amparo invocado, en razón a que «la Sala no encuentra vulnerado el derecho de defensa del accionante y la falta de competencia del instituto para resolver el proceso administrativo de restablecimiento de derechos como quiera que en virtud de la suspensión de términos, el proceso no superó los seis (6) meses, como igualmente lo concluyó la juez de primera instancia», validando con ello las actuaciones surtidas en sede administrativa hasta la fecha de la sentencia de tutela (Radicado 50001333300920210000800/01, folios 249-274 archivo del expediente de tutela -19Contestacion). T8753799, no seleccionada para revisión el 30 de junio de 2022.]

3. Del escrutinio del decurso procesal se evidencia que, para proferir la determinación cuestionada, la autoridad judicial convocada hizo un recuento de los hechos que dieron origen al proceso administrativo de restablecimiento de derechos, de las actuaciones surtidas y de las pruebas que fueron allegadas al juicio. Seguidamente, trajo a colación disposiciones constitucionales frente al concepto de familia y los derechos de los niños y reseñó jurisprudencia relacionada.

3.1. Centrado en el asunto y, en concreto, sobre la posibilidad de que el padre mantuviera la custodia de sus hijos, adujo que la orden de archivo de la investigación penal en su contra no condicionaba al juez de familia, pues se trataba de procesos independientes y que éste debía analizar en conjunto con todas probanzas allegadas, destacando que, en el caso particular, los menores de edad, en múltiples ocasiones, indicaron que él los tocaba en sus partes íntimas y los maltrataba, situaciones por las cuales la niña requirió atención clínica, pues intentó atentar contra su vida. Lo anterior, aunado a que los pequeños manifestaron no querer vivir con él, por lo que consideró que su progenitor no era idóneo para cuidar de ellos.

3.2. Sobre la madre, destacó que, aunque los niños afirmaron que querían vivir con ella, ese deseo no era suficiente, dado que aquella se había

comportado de manera irresponsable frente a sus hijos, especialmente, en el procedimiento administrativo, pues constantemente dilató el proceso, no colaboró con los llamados del ICBF ni cumplió con sus requerimientos, no mostró capacidad emocional, social y familiar, fue ambivalente frente al reintegro de sus hijos y, a pesar de que indicó haber sido víctima de violencia intrafamiliar por parte de Luis Andrés Pérez Montero y de que era conocedora de su carácter agresivo, decidió dejarlos a su cuidado, por lo que consideró que fue negligente y desinteresada en torno al tema. En ese sentido, también enfatizó que los niños aseveraron que si no podían regresar con su mamá preferían la adopción. [47: Esto último, específicamente, porque no allegó constancia de haberse sometido a tratamiento terapéutico ante la E.P.S.]

3.3. En cuanto al tío materno de los pequeños (Daniel Felipe Barrios Valle), consideró que, si bien en una primera oportunidad recibió los niños, ellos expresaron que fueron maltratados en su hogar y él mismo dijo que no quería continuar con la custodia otorgada, amén de que había informado que ningún familiar por línea materna aspiraba a ejercer su guarda.

3.4. Por último, descartó a los parientes paternos, en vista de que todos ellos mantenían cercanía con el progenitor y presunto agresor (Luis Andrés), lo cual tendría el potencial de afectarlos emocionalmente y, llegado el caso, a revictimizarlos.

3.5. Con apoyo en lo relatado, coligió que no se acreditó la existencia de un grupo familiar capaz de garantizar a los niños un hogar adecuado y estable, en el cual pudieran desarrollarse armónica e integralmente; luego, era procedente declararlos en situación de adoptabilidad, máxime teniendo en consideración que ellos expresaron que si no era viable su reintegro con algún pariente preferían ser dados en adopción.

4. Para la Corte, las conclusiones a las que arribó el juzgador cuestionado imponen la intervención de la justicia constitucional, en aras de salvaguardar las garantías fundamentales de los menores de edad, Daniela María y Hernando Luis Pérez Barrios.

4.1. En proyección de los derechos constitucionalmente consagrados en el precepto 44 de la Carta Política, la jurisprudencia se ha encargado de precisar que la adopción es siempre la última ratio, de manera que esa medida solo es procedente cuando se determine claramente el riesgo y se agote el examen de las restantes medidas de restablecimiento regladas en el artículo 53 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, carga ésta que le corresponde al Estado, el cual tiene la tarea de verificar que

«realmente no exista ninguna alternativa que permita la garantía de los derechos del menor al interior del núcleo familiar (...)».
[48: CC T-019 de 2020, citada en CSJ STC3649-2020.]

De allí que la decisión de dar en adopción a un menor de edad demanda una motivación reforzada, cuestión que, entre otros aspectos, grava al operador judicial encargado de dictaminar su procedencia con el deber de estudiar las condiciones de los niños y de analizar, de un lado, si los padres -aún apoyados con medidas institucionales- no son aptos para ejercer la guarda y, de otro, si el núcleo familiar biológico extenso puede cumplir esa tarea.

Lo anterior, en razón a que la familia constituye, en principio, el mejor recurso para la protección de los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes y, por ello, ese derecho y deber está salvaguardado en textos constitucionales, convencionales y legales (arts. 9 de la Convención de los Derechos del Niño; art. 44 de la Constitución Política; art. 10 del Código de la Infancia de la Adolescencia; art. 5.b de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

Dicho postulado posee un contenido sustantivo, en el sentido que los menores de edad tienen derecho a que, cuando se adopte una medida que les afecte, sus mejores intereses deben ser evaluados y, en el caso de que existan otros intereses en juego, estos deben ponderarse para llegar a la solución más conveniente, valorando siempre que no queden expuestos a riesgos inminentes. En segundo lugar, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que, si una disposición jurídica puede ser considerada en más de una forma, se impone optar por la hermenéutica que mejor responda a los beneficios del niño. Por último, es una norma de procedimiento, lo cual implica que siempre que se tenga que proferir una determinación que los afecte, se reclama una estimación de las posibles repercusiones o del impacto (positivo o negativo) de aquella.

[49: Observación General Número 14 de 2013, emanada del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial, referenciada en la CC T-210 de 2019.]

En ese orden, esta Sala, al estudiar las facultades del Juez de Familia para decidir sobre la adoptabilidad de menores de edad, por ejemplo, en trámite de homologación, ha definido que no puede limitarse a un examen meramente formal, pues:

...tal decisión trascendente como cualquier sentencia judicial, es cierto,

implica validar la ruptura jurídica del núcleo familiar, toda vez que la declaración de abandono produce respecto de los padres del infante, según el artículo 60 del Código del Menor (esta disposición fue incorporada en el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006), no solo la terminación de la patria potestad, sino también entraña, en la mayoría de los casos, la iniciación de los trámites de adopción...

...dicho de otro modo, si el mencionado trámite está previsto en el derecho colombiano, para 'cuando las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del menor, se hubieren opuesto a esta medida dentro del trámite administrativo (...)' (art. 61 C. de M., se subraya), (actualmente art. 107 de la Ley 1098 de 2006), lo mínimo que se esperaría es que tal oposición mereciera la consideración y adecuado escrutinio del juzgador, de lo cual, huelga insistir, debe quedar diáfana memoria en la respectiva sentencia.

Por todo lo anotado, aprovecha esta ocasión la Corte Suprema, para llamar -de manera respetuosa- la atención de los juzgadores, con el objeto de que en sus providencias, invariablemente, quede registrada la motivación que, en forma suficiente y cabal, sirva de báculo a la decisión que se permite adoptar, regla ésta igualmente predicable del trámite de homologación a que se refiere el artículo 61 del Código del Menor, el que en manera alguna es inmune a la aplicación del precitado deber judicial, mínima garantía que debe brindarse en el marco del debido proceso, rectamente entendido.

Al fin y al cabo, este no es un trámite mecánico, que implique desatender las reglas de juzgamiento consustanciales a toda actuación judicial. De allí que el juzgador, que no es un autómatas, no puede limitarse a realizar un control, amén que meramente formal y rutinario, como si los intereses que estuvieran en conflicto, ciertamente, fueran de ninguna o de poca monta. Muy por el contrario, con arreglo a los poderes con los que ha sido investido, deberá desplegar una labor que esté en consonancia con dichos intereses, en este caso -donde hay menores- de insoslayable y aquilatada relevancia, al mismo tiempo que con la finalidad que anima la homologación, se insiste, de marcada trascendencia jurídica. [50: Ver cita en CSJ STC3649-2020 y en CSJ STC1332-2021.]

4.2. Ahora bien, 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.

En ese sentido, el máximo tribunal constitucional de Colombia ilustró, en sentencia CC T-044 de 2014, que no todo hecho o circunstancia que pueda haber ocurrido tiene la virtualidad de justificar la separación de un niño de su núcleo familiar y, en ese sentido, debe materializarse una situación con tal nivel de trascendencia que amerite una intervención drástica por parte del Estado; por ello, identificó algunos ejemplos en los que era procedente esta determinación:

(i) claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del niño o la niña; (ii) abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (iii) circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena protección, es decir: abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Aunado a lo anterior, en pronunciamiento T-887 de 2009, la misma Corporación acotó:

Insiste la sala, únicamente puede aplicarse esta sanción cuando en el proceso administrativo que tiene por finalidad imponerla resulta probado claramente que el niño o niña de que se trate carece en definitiva de personas que por ley deben satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que el niño o la niña ha sido, en efecto, abandonado a su propia suerte. De manera muy excepcional procede declarar la situación de abandono cuando se verifica contundentemente que los padres biológicos no están en situación de garantizar los intereses prevalentes de su hijo o hija o que permanecer en la familia biológica conlleva para el niño o para la niña un riesgo insuperable (Se resalta).

4.3. Por su parte, 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 y las valoraciones iniciales realizadas por el ICBF, en criterio de la Sala, no justifican per se la pérdida de la patria potestad, razón por la cual corresponde al operador judicial ejercer todas sus facultades, como director del proceso, para valorar el asunto y ponderar, reflexivamente, los intereses en juego. En esos términos, en torno al tema, en una acción constitucional relacionada con la decisión de adoptabilidad, se consideró lo siguiente:

Si bien los señalados supuestos fácticos, denotan un comportamiento desinteresado de la madre por velar por el bienestar de los infantes, y aun cuando esta Corporación siempre ha reclamado de los ascendientes el ejercicio cabal de su papel de garantes en la protección de las

prerrogativas de los niños, niñas y adolescentes, por ser sujetos prevalentes de derechos; los antecedentes de aquélla no pueden convertirse en una justificación para desligar a la patente definitivamente, de su rol de progenitora, sin examinar, por ejemplo, si ésta ha emprendido acciones afirmativas en aras de mejorar sus condiciones de vida y las de sus hijos y si, para ese propósito, ha contado con apoyo del Estado.

No puede recriminarse indeterminadamente el proceder de la progenitora, por hechos que, si bien son graves, no implican, necesariamente, que ésta deba ser sustraída de su patria potestad.

Nótese, las autoridades querelladas dejaron de apreciar circunstancias relevantes, como el bajo nivel formativo de la quejosa y la difícil situación socioeconómica por ella padecida, evidenciada con su inestabilidad laboral, cuestiones que, sumadas a su constante oposición a ser separada de sus hijos (...) evidencian que aun cuando aquélla no ha contado con recursos suficientes para asumir el cuidado de sus hijos, ha intentado cambiar sus condiciones para brindarles una vida mejor.

Adicionalmente, se desconoció la posibilidad real de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar agotara otras opciones de resguardo, antes de acudir a la medida extrema de la adopción, como por ejemplo, incorporar a los menores y a su madre a programas de rehabilitación familiar.

4.3. Ahora, en cuanto a la inexistencia de una red familiar extensa que esté en condiciones idóneas para suministrarle una adecuada protección a los menores, se advierte que, el despacho confutado se atuvo a las gestiones efectuadas por el ICBF, desde la época en que inició el trámite de restablecimiento de derechos, sin constatar la existencia de posibles dinámicas parentales actuales y circunstancias pendientes de verificar...

4.4. Para la Sala no es suficiente justificar la medida relativa al inicio de los trámites de la adopción, en el hecho de que la investigación administrativa se adelantó con arreglo al procedimiento previsto en la Ley 1098 de 2006 y la resolución se sustentó en la apreciación de las pruebas regularmente allegadas al expediente.

Téngase en cuenta que se trata de una madre de 33 años, quien demostró siempre un interés persistente en recuperar a sus hijos, a quien no se le puede negar la oportunidad de rehacer su vida y la de sus primogénitos, sino estimularla en ese propósito, brindándole la asistencia psicológica y material que requiere una persona a quien la sociedad, el Estado y la

familia no le han posibilitado un mejor proyecto de vida.
[51: CSJ STC3649-2020.]

4.4. Con base en las consideraciones normativas y jurisprudenciales relacionadas, procede la Sala a resolver el asunto.

5. En primer lugar, resulta pertinente estudiar la decisión adoptada por el Juzgado de conocimiento respecto de la madre, en tanto consideró que no era apta para cuidar a sus hijos, pues su actuación en el procedimiento administrativo, aunque siempre afirmó su deseo de recuperar su custodia, fue desinteresada y negligente, cuestión que fue puesta de presente por los profesionales del ICBF que analizaron el caso, toda vez que en las verificaciones realizadas por las áreas de trabajo social y psicología y en los distintos informes allegados hicieron énfasis en las condiciones de habitabilidad, que aquella estaba sola y no contaba con una red de apoyo, que tenía un trabajo pero no se podía definir su perdurabilidad en el tiempo, que no allegó información sobre sus capacidades e incluso sobre su estado de salud, entre otros factores que, en su gran mayoría y a simple vista, se refieren a aspectos sociales y económicos y no a su idoneidad personal para ejercer el rol materno.

5.1. En ese sentido, se destaca que el material probatorio allegado da cuenta de que la madre, durante los casi tres años transcurridos desde el inicio de la tramitación, sí se mostró interesada no sólo en que sus hijos le fueran reintegrados sino, también, en el desarrollo y en el desenvolvimiento del proceso. Nótese cómo, en efecto, el 4 de septiembre de 2019, luego de enterarse de los hechos de violencia supuestamente perpetrados en contra de los pequeños por parte de su padre, Luis Andrés, acudió ante el ICBF, a fin de solicitar su custodia y, el 24 de noviembre de 2020, concurrió a la entidad para averiguar por su hija, que estaba hospitalizada.

Igualmente, en las visitas realizadas en su domicilio el 10 de octubre de 2019, así como en las verificaciones del 2 de septiembre, 21 de octubre y 16 de diciembre de 2020, hizo explícito su deseo de que los niños le fueren entregados e indicó -y se corroboró- que se había trasladado de Bogotá a Villavicencio, con el objeto de estar más cerca de ellos, mostrando en su sitio de residencia la cama y armario adquiridos para cuando sus hijos regresaran, refiriendo -en todas las oportunidades- que contaba con un trabajo. Frente a su vinculación laboral no hay soporte en el expediente, no obstante, ella siempre aludió esa circunstancia y, consultada la información pública de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES, se encuentra que, por lo menos, desde el 1 de septiembre de 2019, está afiliada al régimen contributivo, en calidad de cotizante y también tiene un registro

de afiliación activo en riesgos laborales.
[52:
https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=LlccCbP5JjD6s/ViSEDgoA==Administradora de riesgos laborales [Puerto Gaitán -Meta. En el expediente se vislumbra que la madre, el 28 de septiembre de 2021, reportó que se había trasladado a Puerto Gaitán (Fl. 713, archivo 004SCANNER HERNANDO (1)].
<https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx> Aunque no se vislumbra afiliación reciente a pensión.]

Por su parte, en algunos informes de las verificaciones realizadas en los hogares sustitutos se dejó constancia de las videollamadas realizadas con sus hijos, la alegría que eso les producía a aquellos y el afecto que se evidenciaba en su relacionamiento; aún, en enero de 2021, según se narró y se soportó en la tutela, Alicia Fernanda procuró comunicarse -por correo electrónico- con una de las funcionarias del ICBF, poniéndole de presente que había tenido múltiples dificultades para contactarse con el pequeño Hernando Luis, pues las llamadas que hacía no se las atendían y al parecer el niño se encontraba en una finca, bajo el cuidado del esposo de la madre sustituta. Para agosto del 2021, mientras la pequeña Daniela María se hallaba internada por el deterioro de su salud mental, la progenitora, Alicia Fernanda, intentó contactarse con ella, según informe enviado al Centro Zonal de Bosa.
[53: No obstante, se dejó constancia que a veces incumplía las llamadas y, en una oportunidad, dejó de comunicarse por un mes -desde el 11 de septiembre de 2020-.] [54: Este hecho concreto ni la prueba adjuntada para soportarlo fueron contradichos por el ICBF al momento de contestar la tutela. Fl. 85, archivo PRUEBAS TUTELA ICBF.]

Al respecto, vale la pena señalar que en las valoraciones suscritas por los trabajadores sociales y psicólogos que intervinieron en el asunto no hay evidencia de que se hubiera detectado en la madre un comportamiento peligroso; por el contrario, se registró su voluntad y deseo de superarse para ejercer en debida forma el rol materno y condiciones de salud estables, buenas relaciones con sus familiares y con los niños.

Por supuesto, los hechos constitutivos de la desidia atribuida por el fallador querellado a la madre en relación con sus hijos, es preciso reconocerlo, cuentan con respaldo probatorio. En efecto, está demostrado que en varias oportunidades el ICBF tuvo dificultades para comunicarse con ella y ubicar su sitio de residencia, para efectos de realizar las visitas domiciliarias programadas; en otra ocasión, no permitió el acceso a su vivienda y no aportó el certificado médico que le fue solicitado a finales de 2019, el cual era necesario -según el ICBF y el juzgado accionado-

para determinar si sus condiciones mentales eran aptas para ejercer el cuidado de los menores de edad; conforme narró su hermano (Daniel Felipe Barrios) a mediados del 2021, no cumplió con la cuota alimentaria que le fue fijada el 28 de enero de ese mismo año y visitaba poco a sus niños; además, en los hogares sustitutos indicaron que incumplía la periodicidad de las llamadas a sus hijos.

En ese orden, la conducta desplegada por la madre es susceptible de calificarse como ambivalente, pues, en ocasiones, estuvo pendiente de ellos, mientras que en otras se mostró poco colaborativa con el proceso que se adelantaba en relación con sus pequeños, no obstante, en criterio de la Sala, ello no es suficiente para descalificarla totalmente.

En rigor, el argumento ofrecido por la juzgadora acusada para demeritar la idoneidad de la madre para criar y cuidar de sus hijos se fundó en que no allegó un certificado médico solicitado y en parte de las probanzas allegadas, dejando de lado que: i) no había prueba de una afectación física o mental ni muestras de comportamientos que los expusieran a un riesgo inminente y directo por sus propias acciones; ii) sus condiciones económicas, sociales y familiares obedecen a una situación que es real en muchos hogares en Colombia, a la falta de una pareja constante y a que, en algunos momentos, ha residido en una ciudad distinta a la de la mayoría de sus familiares, por lo que su red de apoyo puede ser débil, mas no inhabilitante; y iii) varios informes indicaban que era una persona estable, que daba confianza y mostraba interés y empoderamiento para ejercer el rol de madre, con buenas relaciones con sus hijos, quienes nada malo dijeron en su contra ni refirieron haber sido maltratados por ella. Lo anterior, para la Sala, habilita la procedencia de la tutela.

5.2. De otro lado, resulta pertinente destacar que, en controversias como la analizada, se impone valorar el contexto en el cual se desenvuelve el ser humano, las complejas -y a veces trágicas- vicisitudes que marcan para siempre la vida de una persona y ello, en este caso, cobra especial relevancia.

Muestran las pruebas que la trayectoria de la mamá de los niños, Alicia Fernanda, ha sido dramática: siendo muy joven (de aproximadamente de 15 años), quedó en gestación del señor Luis Andrés Pérez Montero, quien, para ese entonces, era su padrastro, pues convivía con su progenitora; dicho embarazo se produjo, en palabras de la propia Alicia Fernanda, mientras su hermano Daniel Felipe, de 14 años en ese momento, estuvo hospitalizado por peritonitis y cuando su progenitora, Andrea Valle, iba a cuidar de él en el centro sanitario, su padrastro «aprovechó». Luego, al noticiarse de que estaba en ese estado, Luis Andrés la habría amenazado, poniéndole de presente que si comentaba algo «echaba a la calle a [su

mamá] porque la casa era de él», así como con develar sus preferencias sexuales.

[55: Alicia Fernanda Barrios Valle nació el 23 de enero de 1996 y su hija el 18 de abril de 2012.][56: El 16 de diciembre de 2020, Alicia Fernanda sugirió que Luis Andrés Pérez Montero la agredió sexualmente y fruto de esa violencia quedó embarazada de su hija Daniela María. Fls. 161, 501, archivo 02Restablecimientodederechos.]

Dichas aseveraciones, sin duda, son susceptibles de ser controvertidas, pero no se puede desconocer que ella era menor de edad y fue objeto de actos sexuales por parte de un adulto, quien, además, estaba llamado a tener un rol que, en principio, podría calificarse de paterno, situación que, por supuesto, tuvo que generar un conflicto en el entorno familiar, en un momento en el que ella no tenía la madurez suficiente para afrontarlo, pues aún era una adolescente y, por tanto, un sujeto de especial protección.

A lo anterior se suma que, desde entonces y a lo largo de los años venideros, ella afrontó el conflicto interno y externo derivada de su orientación sexual y el maltrato de parte de su pareja, padre de sus hijos, pues esa violencia, aunque no hay prueba de haber sido denunciada en su momento, fue referida por ella y por su hija, Daniela María.

No es de extrañar que esas circunstancias hubieran llevado a que Alicia Fernanda se fuera de su casa y aceptara que sus hijos se quedaran al cuidado de su progenitor; tampoco que pudieran haberle generado un «bajonazo emocional», como se describió en algunas de las visitas. En ese orden, se advierte un drama en el desarrollo de su vida, hecho que, aunque no la exime de ejercer, como corresponde, su rol materno, pueden mostrarla como una persona ambivalente, temerosa, tensionada o retraída; no obstante, no se acreditó, o por lo menos ello no se advierte de lo allegado, que con su conducta pudiera poner en riesgo a sus hijos, en tanto hechos de maltrato, violencia u otros similares frente a ellos no tienen soporte alguno en su contra. Todo lo anterior viene al caso por lo siguiente:

Existen varias definiciones de lo que ha de entenderse por género y su divergencia con el sexo. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, las que gozan de mayor acogida apuntan a que mientras el primero (el género) se funda en los comportamientos cultural y socialmente esperados sobre lo masculino y lo femenino, lo segundo (el sexo) se refiere a unas características biológicas y físicas. Por eso, el término género

[S]e refiere a las identidades socialmente construidas, a los atributos y

roles de las personas en relación con su sexo y a los significados sociales y culturales atribuidos a las diferencias biológicas basadas en el sexo. El significado de esas identidades socialmente construidas, de los atributos y de los roles varía entre las sociedades, las comunidades y los grupos en el transcurso del tiempo. Esto a veces resulta en una relación jerárquica entre hombres y mujeres y a una desigual distribución del poder y de los derechos, favoreciendo a los hombres y desfavoreciendo a las mujeres y afectando a todos los miembros de la sociedad. La posición social de las mujeres y de los hombres está afectada por factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales. [57: Organización de las Naciones Unidas. Integrating a Gender Perspective into Human Rights Investigations. Guidance and Practice. Nueva York. 2018. Pág. 7. Trad. libre. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/IntegratingGenderPerspective_EN.pdf]

Partiendo de esa diferencia entre uno y otro concepto, que es clásica en la doctrina, surge la perspectiva de género, instrumento analítico cuya finalidad es el logro de una igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, reconociendo sus distinciones y poniendo en entredicho la idea de que la diferenciación entre uno u otro sexo se pueda efectuar partiendo -exclusivamente- de explicaciones biológicas. [58: Cfr. CHARLESWORTH, Hilary. Feminist Methods in International Law. En: American Journal of International Law. Vol. 93. 1999. Pág. 379; también: Comité Internacional de la Cruz Roja. Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict, ICRC. Genova. 2004. Pág. 7. https://openresearch-repository.anu.edu.au/bitstream/1885/91777/2/01_Charlesworth_Feminist_Methods_in_1999.pdf https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0840_women_guidance.pdf]

Por eso, dicha perspectiva implica reconocer que «una cosa es la diferencia sexual y otra cosa son las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia esa diferencia sexual». Con tales antecedentes, cumple reiterar los asertos básicos de la jurisprudencia en la materia, edificados sobre los principios deducibles de los artículos 13, 42 y 43 de la Carta Política, 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y otros varios instrumentos internacionales relevantes, por fuerza de los cuales se ha conminado a las autoridades judiciales a analizar los casos sometidos a su conocimiento bajo una perspectiva de género, en procura de humanizar el ejercicio de la administración de justicia y de hacer efectivas las garantías consagradas en la ley y en la Constitución Política.

[59: LAMAS, Marta. La Perspectiva de Género. En: CONAPO. Hablemos de Sexualidad. Lecturas. 1996. Pág. 223.]

Así, esta Sala ha identificado, como criterios orientativos a la hora de determinar cuándo un asunto debe ser resuelto con enfoque de género, los siguientes:

2.4.1. Evaluar las asimetrías entre los roles de género identificables en el caso concreto, incluyendo criterios de interseccionalidad...

2.4.2. Verificar la configuración de patrones o actos de violencia...

2.4.3. Causalidad eficiente de la violencia infringida en la afectación de los intereses del sujeto en situación de vulnerabilidad (Se subraya). [60: CSJ STC15849-2021 y CSJ STC15780-2021.]

Verificados esos supuestos, al resolver el asunto, el Juzgador de conocimiento debe observar, cuando menos, los siguientes lineamientos:

(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres. [61: CC T-012 de 2016, citada en CSJ STC5975-2021.]

Pues bien, tomando en consideración la trayectoria de vida de la madre de los niños en el procedimiento de restablecimiento de derechos, cuyos hitos fundamentales han quedado reseñados en precedencia, fácil resulta colegir que, respecto de ella, debe aplicarse la perspectiva de género.

5.3. Lo considerado, por supuesto, debe ser abordado bajo una ponderación que beneficie los intereses de los niños y haciendo el análisis

respectivo, toda vez que, acorde con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Política, las garantías superiores de los menores de edad, en este caso de Daniela María y Hernando Luis, prevalecen sobre los derechos de los demás, para lo cual, como se indicará más adelante, el Juez de Familia debe desarrollar una serie de actividades, previo a decidir el asunto y a aquella, como directa interesada, le asiste el deber de colaboración.

6. Aunque lo hasta aquí razonado resulta suficiente para conceder el amparo deprecado, otros aspectos merecen la atención de la Sala, pues es claro que, a la luz de la jurisprudencia citada ut supra, la determinación de dar en adopción a un menor de edad es excepcional y, por tanto, reclama una motivación reforzada, de manera que, de validarse que la madre, después de ejecutadas las indicaciones que se referirán en esta providencia y aún apoyada con medidas institucionales, no es idónea para garantizar sus derechos, se debe examinar si el núcleo familiar extenso puede cumplir la labor de hacerse cargo de los niños. 6.1. Ello exige, en primera medida, que el Juzgador convoque a todos los miembros de la familia extensa materna y paterna cercana (abuelos, hermanos, tíos u otros que puedan ser referidos por los integrantes del grupo) y no solo a parte de ellos y que se realicen acciones directas y efectivas, para verificar respecto de cada uno si están en disposición y si acreditan las condiciones para asumir la custodia de los niños, diligencia que en este caso fue parcial y estuvo sujeta a las verificaciones que hiciera el ICBF, gestión en la que se dejó constancia, por ejemplo, que uno de los hermanos de la madre dijo que sus otros hermanos no tenían interés en cuidar a los niños, por lo que le pasó a él, sin haber más verificaciones, pese a que eran necesarias.

Adicionalmente, como se vio, los motivos argüidos por el Juzgado acusado para desestimar que la familia extensa paterna pudiera cuidar de los dos niños giraron alrededor de una única idea, esto es, que como ellos mantenían cercanía y contacto con el padre de los pequeños (Luis Andrés), encargarles su guarda suponía un riesgo y, eventualmente, podría conducir a revictimizarlos. Incluso, se evidencia que en uno de los informes rendidos por los profesionales del ICBF se descalificó a una de las hermanas mayores de los niños por esa causa y porque uno de sus hijos había sido objeto de abuso sexual, por parte de otros menores de edad, hecho que se precisó fue realizado por terceros ajenos a ese grupo familiar y frente al cual ninguna verificación ni valoración real se hizo. [62: De modo particular, Fernando Ramiro, Ricardo Álvaro Pérez Afanador, hermanastros de los dos menores, y su tío Diego Miguel, al ser contactados por el ICBF en abril de este año, indicaron que deseaban cuidar de los menores. 019CorreoAllegaRespuestaYsolicitudC.B.F.2022-

01178.]

Ese aserto, justamente por venir fundado en suposiciones y como quiera que el riesgo podría ser conjurado con otras medidas, merece también ser analizado. En efecto, hay que eliminar la amenaza y por ello el operador judicial debe insistir en validar la familia extensa materna (hermanos, tíos, abuela), pero no debe olvidarse que el ordenamiento jurídico faculta al juez de familia a adoptar todo tipo de medidas, incluyendo, verbigracia, visitas vigiladas, restricciones y órdenes de distanciamiento, que permitan eliminar el peligro al que un menor de edad pueda quedar expuesto por cualquier causa, inclusive, el generado con ocasión de su eventual reintegro en el medio familiar paterno. [63: Por ejemplo, Rudesinda Barrios Valle, hermana de Alicia Fernanda, manifestó en la visita del 10 de octubre de 2019, su interés en ayudar a su hermana y estar de acuerdo en el reintegro de los niños al seno de la familia materna. A su vez, Alicia Fernanda dijo tener buenas relaciones con su mamá, Andrea Valle.]

6.2. Sin perjuicio de lo referido y de cara a los razonamientos efectuados en cuanto al padre, nada hay para censurar, pues el hecho de que la investigación penal en su contra por los presuntos delitos sexuales hubiera sido archivada, no desvirtúa que, en efecto, en varias oportunidades, en sede administrativa, la niña afirmó que esos actos sí se dieron, lo mismo que su hermano, quienes también fueron claros en aseverar que no querían vivir con él y que sentían temor hacia su padre.

La precisión anterior viene al caso porque, según da cuenta el dictamen rendido por la Clínica Renovar, elaborado -presumiblemente- a finales de 2020, es decir, con posterioridad a la orden de archivo del proceso penal -octubre de 2019-, la niña (Daniela María) nuevamente indicó haber sido objeto de agresiones sexuales por parte de su padre, lo cual, en opinión de los galenos tratantes, fue lo que desencadenó «inestabilidad emocional y síntomas mentales compatibles con Trastorno de Estrés Posttraumático», padecimientos éstos que condujeron a su internamiento. Esto lo reiteró el 8 de marzo de 2021, cuando indicó que su padre la intentó «violar» en una oportunidad en que estaba borracho, cuando -además- le «pegó una patada en la cabeza y salió corriendo con su hermano».

[64: Se dice «presumiblemente» por cuanto el mencionado informe carece de fecha de elaboración; sin embargo, fue para los últimos meses de 2020 (en concreto, a partir del 2 de octubre) y principios de 2021 que la niña Daniela María estuvo internada en la Clínica Renovar.][65: Fl. 513, archivo 02Restablecimientodederechos.][66: Fl. 678-679, archivo 02Restablecimientodederechos.]

En adición, se acota que fue con fundamento en ese informe del centro sanitario que el ICBF, el 16 de diciembre de 2020, le solicitó a la Fiscalía Dieciséis Delegada de Villavicencio el desarchivo de la noticia criminal, pese a que no hay constancia de ese trámite en el expediente. [67: Fl. 511, archivo 02Restablecimientodederechos.][68: Solo hay constancia del oficio suscrito, pero se desconoce el trámite dado al mismo y si la Fiscalía adoptó alguna medida.]

De manera que hay motivos fundados para colegir que no es procedente entregarle la guarda permanente de los menores a su progenitor, cuestión que también se extiende a su tío materno, Daniel Felipe Barrios Valle, toda vez que respecto de él se evidenció en el proceso que, aunque recibió a los niños, fueron objeto de maltrato en su hogar y pidió al ICBF que no los dejaran más bajo su cuidado.

7. Recapitulando, se tiene que el Juzgado de Familia accionado concluyó que la madre de los niños no era apta para cuidar de los menores de edad, habida cuenta que mostró un comportamiento desinteresado en el proceso de sus hijos y no colaboró con los requerimientos de información que el ICBF le efectuó, sin valorar las demás evidencias y considerar acciones para evaluar su idoneidad, según las condiciones sociales y económicas y el entorno que ha afectado a la familia ni asegurar el apoyo de las instituciones. Tampoco verificó todas las opciones de la familia extensa materna y frente a la paterna la descartó sin realizar una valoración de la situación real y considerar otras medidas para conjurar la amenaza propiciada por el posible relacionamiento del padre con sus hijos, pues se limitó a revisar el informe del ICBF. Así, haciendo caso omiso del deseo de los niños, de la falta de pruebas para descalificar la capacidad de la madre y de la ausencia de verificación de todas las opciones en la familia extensa, los declaró en situación de adoptabilidad.

7.1. Las anteriores consideraciones son suficientes para la Sala a efectos de aceptar la procedencia de la petición de amparo constitucional en favor de los niños Pérez Barrios. En atención a lo anterior, y dado que el asunto inició hace bastante tiempo, la Sala estima pertinente ordenar al Juzgado accionado que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, deje sin efectos el proveído del 12 de mayo de 2022, por el cual declaró a los niños en situación de adoptabilidad y, previo a decidir el asunto, decreta pruebas que permitan conocer las condiciones actuales del grupo familiar y adoptar una decisión motivada en torno al tema, tales como: entrevista a la madre, valoración por profesionales de trabajo social y psicología del ICBF y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre las condiciones de Alicia Fernanda Barrios Valle, visita a

la residencia de aquella, requerir a la señora Alicia Fernanda para que aporte las citas médicas, tratamientos o conceptos sobre su estado de salud que hubieran sido realizados por parte de la E.P.S. a la cual está vinculada y aporte los soportes de su vínculo laboral, así como los nombres y datos claros de contacto de todos miembros de la familia extensa que pudieran hacerse cargo de sus hijos, frente a los cuales se deben realizar los acercamientos, entrevistas y verificaciones pertinentes, en caso de tener interés en asumir la custodia de los niños.

7.2. Asimismo, se estima pertinente que el Juzgado evalúe la posibilidad de que se realicen encuentros entre la madre y sus hijos y de estos con los otros familiares que puedan tener alguna opción viable para ser considerados como cuidadores, vigiladas y con la presencia de profesionales interdisciplinarios del ICBF o los que sean designados por el Juzgado de conocimiento, para que emitan concepto sobre el relacionamiento entre ellos.

7.3. Agotado lo anterior, en los términos indicados en esta providencia, deberá adoptar una nueva decisión de fondo, con enfoque de género y, en todo caso, ponderando la prevalencia de los derechos superiores de los niños.

8. De otro lado, comoquiera que es innegable que la actitud irreflexiva y poco diligente con la que Alicia Fernanda asumió esa actuación gubernativa, la cual no le permitió apreciar las consecuencias jurídicas de su proceder, como eran la terminación de la patria potestad y el inicio del trámite de adopción de sus dos hijos, es necesario hacerle un llamado, para que colabore con las autoridades administrativas y judiciales en cuanto al suministro de la información que se le requiera, debiendo dejarse constancia -por escrito y detallada- en el expediente en el evento de que desatienda esa carga.

9. Colofón de lo razonado, se accederá al amparo implorado a favor de los niños Pérez Barrios.

VI.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA: CSJ STC5975-2021 CSJ STC15849-2021 CSJ STC15780-2021 CSJ STC3649-2020 CSJ STC1332-2021 CC T-887/09 CC T-044/14 CC T-210/19

PARTE RESOLUTIVA: PRIMERO. REVOCAR la sentencia impugnada y, en su lugar, CONCEDER la salvaguarda constitucional deprecada en nombre de los menores de edad Daniela María y Hernando Luis Pérez

Barrios.

SEGUNDO. ORDENAR al Juzgado Veintinueve de Familia de Bogotá que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, deje sin valor ni efectos la sentencia adiada el 12 de mayo de 2022, por la cual declaró en situación de adoptabilidad a los niños, adopte las medidas pertinentes, decrete las pruebas requeridas, según lo referido en esta providencia (#7), y disponga las demás acciones que estime necesarias para resolver el asunto.

TERCERO. ORDENAR al Juzgado Veintinueve de Familia de Bogotá que, dentro de los veinte (20) días posteriores a la emisión del auto referido en el numeral anterior, resuelva nuevamente el fondo de la tramitación sometida a su conocimiento, para lo cual deberá tener presente, especialmente, lo razonado en las consideraciones de esta sentencia, las pruebas allegadas y el resultado de las que se practiquen en cumplimiento de esta providencia, con perspectiva de género y, en todo caso, ponderando la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores de edad.

CUARTO. EXHORTAR a Alicia Fernanda Barrios Valle, para que colabore activamente y en forma oportuna con las autoridades administrativas y judiciales, en cuanto al suministro de la información que se le requiera, asistencia a visitas y demás requerimientos que se le efectúen para decidir el asunto.

QUINTO. Comuníquese esta providencia a los interesados en la forma prevista por el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 y, oportunamente, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.
