



JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-DESPACHO

Bogotá, primero (1) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Radicación:	11001-33-37-042-2019-00201-00
Clase:	ACCIÓN DE TUTELA
Demandante:	JORGE IVÁN MINA LASSO
Demandada:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Derecho:	DEBIDO PROCESO

1. ASUNTO POR RESOLVER

Agotado el trámite establecido para el mecanismo de protección de los derechos fundamentales en el Decreto 2591 de 1991 procede el Despacho a emitir sentencia.

2. LA ACCIÓN

El abogado JORGE IVÁN MINA LASSO interpuso acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –Regional Cundinamarca-Centro Zonal Soacha-, por considerar que sus derechos y los de su representado JERRI ALEXI PASTRANA ORTIZ están siendo vulnerados en el trámite administrativo de restablecimiento de derechos adelantado con respecto a los menores hijos del Señor Pastrana Ortiz.

2.1. Presupuestos fácticos

Los hechos que sustentan la solicitud de tutela se resumen así:

1. La Policía de Infancia y Adolescencia de Soacha puso a disposición del Hospital Mario Gaitán Yanguas a los menores hijos del Señor Jerri Alexi Pastrana Ortiz y Jenny Paola Pastrana Zapata.
2. Con antelación, la progenitora de los menores había sido remitida a la EPS CONVIDA para ser valorada por psicología, a fin de restablecer y garantizar los derechos de los menores.
3. El padre de los menores fue víctima del conflicto armado interno en el Municipio de Payán-Nariño por parte de las FARC en el año 2011.
4. Mediante auto del 25 de noviembre de 2016, atendiendo los factores de riesgo y las valoraciones iniciales realizadas a los menores, se inició proceso administrativo por el ICBF con el fin de establecer la medida provisional de hogar sustituto.

5. El día 24 de marzo de 2017 se realizó audiencia en la cual se profirió decisión mediante la cual se declaró la vulnerabilidad de los derechos de los menores, los padres no interpusieron recursos y fue confirmada la medida adoptada en la apertura de investigación administrativa, consistente en asignar un hogar sustituto a los menores.
6. El día 6 de julio de 2018 la defensora de familia resolvió prorrogar por seis meses más la medida de hogar sustituto para encontrar la familia extensa, estableciendo que si no se lograba lo anterior se definiría el proceso mediante declaratoria de adoptabilidad.
7. El apoderado suscribió poder para representar al padre de los menores y solicitó la reprogramación de la audiencia a fin de poder representarlo judicialmente, sin embargo la solicitud no fue atendida por el despacho.
8. El día 17 de diciembre de 2018 fue proferida resolución mediante la cual se declara la adoptabilidad de los menores.
9. Pese a que el mencionado poder se presentó en los términos de los artículos 69 y 77 del CGP hasta la fecha no se ha reconocido al apoderado demandante personería para actuar.
10. Estima que conforme a lo anterior, fueron vulnerados su derecho de postulación y el derecho a la defensa de su representado.

2.2. Fundamentos Jurídicos.

El apoderado demandante afirma que en este caso se vulneró el derecho al acceso a la justicia, consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución.

Destaca la situación del padre de los menores, que sufrió el flagelo de la violencia en carne propia, tuvo que salir de su pueblo por orden de un grupo armado al margen de la ley, debió abandonar sus estudios básicos, lo que causó que hoy sea una persona iletrada, que no puede comprender realmente lo que está sucediendo con sus hijos, ni cuáles serían las consecuencias de declarar a los menores en condición de adoptabilidad. El estado está en la obligación de garantizar su derecho a la dignidad humana y si bien es cierto se adelantó en su contra un proceso de conformidad con la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), no se tuvo en cuenta su grado de instrucción y no fue advertido de manera clara sobre el trámite que se estaba adelantando. Por ello su derecho al acceso a la justicia fue vulnerado, pues no le fue posible acceder en igualdad de condiciones ante quien decidió la situación de sus hijos.

Sostiene el demandante que también fue vulnerado el debido proceso, pues independientemente que la actuación administrativa se inicie en cumplimiento de un deber constitucional o de oficio, todas las garantías constitucionales son exigibles, siendo uno de los contenidos de este derecho que *“las personas conozcan y comprendan el trámite administrativo en el que se encuentran involucradas”*.

3. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 19 de julio de 2019 fue inadmitida la acción de tutela por considerar que el apoderado demandante no estaba facultado para agenciar todos los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela.

El Doctor JORGE IVÁN MINA LASSO allegó el día 24 de julio de 2019 poder especial para agenciar los derechos fundamentales del padre de los menores, el cual obra a folio 23 del proceso.

Finalmente, la acción de tutela fue admitida mediante auto del 29 de julio de 2019.

4. CONTESTACION

La Defensora de Familia del ICBF Doctora SANDRA DEL PILAR VELANDIA señaló frente a los hechos de la acción de tutela, que sus afirmaciones distan de la verdad, en la medida que la audiencia de cambio de medida, dentro del proceso de restablecimiento de los derechos de los menores, se realizó el día 17 de diciembre de 2018 a las 9:00 a.m., y a la misma asistieron los señores Jerri Alexi Pastrana Ortiz y Jenny Paola Zapata Montenegro, en tanto el poder fue radicado al día siguiente, conforme al sello de recibido del Centro Zonal Soacha del ICBF, es decir, fue allegado de manera extemporánea, con posterioridad a la audiencia, la cual constituía para cuando fue allegado un hecho cumplido, razón por la cual se abstuvo de reconocer personería al demandante. No era ya posible entonces correr traslado al apoderado y notificarle el auto que fijó fecha para la audiencia de fallo.

Por lo anterior, estima que ningún derecho se vulneró al accionado.

Allegó al documento de respuesta a la tutela el poder entregado en el ICBF con el sello de radicación del 18 de diciembre de 2018 (Folio 30 anverso), solicitud de copia íntegra del expediente formulada por el apoderado (Folio 31) y la respuesta a la anterior solicitud (Folios 31 anverso y 32).

5. PROBLEMA JURÍDICO

¿Vulneró el ICBF los derechos fundamentales al acceso a la justicia y al debido proceso del señor Jerri Alexi Pastrana Ortiz y el derecho al debido proceso de su apoderado Jorge Iván Mina Lasso al no reconocer personería a este último para actuar en el trámite de restablecimiento de derechos de los menores hijos del señor Pastrana Ortiz?

6. ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

6.1. EL MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

"ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto (...)"

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

"La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito"

6.2. LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la "acción u omisión" de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

En virtud de lo anterior, cuando al juez constitucional conoce de unos hechos (acciones u omisiones), que conforman la naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa, por ser el juez un garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia (extra o ultra petita) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

6.3- DEL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL.

Como prerrogativa esencial del Ciudadano frente al poder del estado, consagra el artículo 29 de la Carta Política el derecho al *Debido Proceso*, principio que debe gobernar toda actuación estatal, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo.

Por su importancia para hacer efectivos los demás derechos fundamentales, tanto jurisprudencial como doctrinalmente se ha procurado delimitar los elementos que conforman esta garantía. Es así como, además de los contenidos que le son propios por mandato constitucional (principio de legalidad, juez natural, respeto de las formas procesales, prueba ilícita) se reputan como propios del debido proceso aquellos principios que dan lugar a **juicios justos** en cualquiera de las jurisdicciones y ámbitos de acción del poder del poder estatal, siendo estos:

1. Acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de obtener pronta resolución judicial.
2. Acceso al "juez natural" como funcionario que ejerce la jurisdicción en determinado proceso, de conformidad con la ley.
3. Posibilidad de ejercicio del derecho de defensa con aplicación de todos los elementos legítimos para ser oído dentro del proceso.
4. Los procesos deben desenvolverse dentro de plazos razonables y sin dilaciones injustificadas.

5. El juez debe ser imparcial, autónomo e independiente, de tal forma que debe ejercer su labor sin intromisiones de los demás poderes públicos, con fundamento en los hechos y de conformidad con el ordenamiento jurídico.”¹

Igualmente, frente al debido proceso es indispensable tener en cuenta la dimensión dada a esta garantía fundamental en los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos. La jurisprudencia de los órganos internacionales de los sistemas de protección de los derechos humanos constituye parámetro de interpretación relevante para determinar el alcance de tratados sobre el tema, y por esta vía, de los derechos constitucionales, según lo establecido por la Corte Constitucional².

En lo que respecta de manera concreta al debido proceso administrativo, ha señalado la Honorable Corte Constitucional que este derecho fundamental, además de implicar el respeto a las formas preestablecidas en cada procedimiento, **impone la salvaguarda de los principios de contradicción e imparcialidad**, de manera que la afectación de ciertos bienes jurídicos ciudadanos por el Estado, que se traduce en la imposición de cargas, castigos o sanciones, se realice en el contexto del respeto a los derechos fundamentales.³

En tanto que el debido proceso administrativo constituye un desarrollo del postulado *Estado de Derecho*, los administrados gozan de todas las prerrogativas necesarias para conocer las actuaciones de la administración, solicitar y controvertir pruebas, ejercer su derecho de defensa, controvertir por los cauces legales los actos administrativos y obtener respuesta a sus peticiones, debiendo tener plena vigencia estos derechos en todos los tipos de juicios y procedimientos.

En este sentido la Jurisprudencia Constitucional Colombiana⁴ ha señalado que el derecho al debido proceso administrativo tiene dos fases: **la primera** se refiere a las garantías mínimas previas, como son: el acceso en condiciones de igualdad al procedimiento, la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, el derecho a ser oído dentro de la actuación, la razonabilidad de los plazos en la misma, el derecho al juez natural, la imparcialidad, autonomía e independencia de las autoridades, garantías todas aplicables al desarrollo de los procedimientos, porque persiguen proteger el equilibrio entre las partes, previo a la expedición de una decisión administrativa. En la **segunda fase** se encuentran las garantías posteriores a dicha expedición, entre las

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1189 de 2005.

² Al respecto, pueden verse entre otras, las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-1263 de 2001.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1189 de 2005

cuales la principal es el derecho a cuestionar la validez jurídica de la decisión administrativa.

6.4. El principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

La calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes tiene sustento en los postulados de la Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

El principio del interés superior del menor de dieciocho años, consagrado en distintos convenios de derechos humanos, se encuentra establecido expresamente en el artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia, así "*(...) Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*". Por otra parte, el artículo 25 de este mismo Código, siguiendo el precepto superior de la prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho años sobre los demás, estableció: "*(...) En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona (...)*".

En definitiva, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del (i) artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del (ii) marco internacional, que consagra el principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

Ahora bien, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los menores de dieciocho años tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes grados y se da partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad⁵. Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 24 de abril de 2003. MP. Miguel Araújo Rentería.

protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral⁶.

Acerca de los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de menores de dieciocho años, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional establecido los siguientes: (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes.⁷

7. EL CASO EN CONCRETO

El abogado JORGE IVÁN MINA LASSO ha interpuesto acción de tutela invocando tanto los derechos fundamentales del Señor JERRI ALEXI PASTRANA como los propios señalando que en el proceso administrativo de reparación de derechos de los menores hijos de su prohijado en el cual se decidió dejarlos en situación de adoptabilidad, no le fue reconocida personería para actuar a nombre del padre, persona que al ser víctima del conflicto armado debió abandonar sus estudios, de manera que su trayectoria de vida y su situación personal le impiden tener la capacidad suficiente para entender las consecuencias de dicha decisión administrativa.

Trasladado el reclamo de amparo del demandante a la autoridad que tomó la decisión de restablecimiento de derechos de los menores, respondió que el documento mediante el cual el Señor Jerri Alexi Pastrana Ortiz otorgó poder para ser asistido en la audiencia de cambio de medida de sus hijos sólo fue radicado al día siguiente de ser celebrada la misma, mediante radicado E-2018-0715616-2501 del 18 de diciembre de 2018. También señaló que los padres de los menores fueron debidamente notificados de la actuación y estuvieron presentes en la diligencia

Observa el Despacho que en dicho documento, cuya copia obra al anverso del folio 30 del proceso, el Señor JERRI ALEXI PASTRANA ORTIZ manifestó al Centro Zonal Soacha del ICBF Regional Cundinamarca que otorgaba poder al abogado JORGE IVAN

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-466 del 09 de junio de 2006. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-502 del 30 de junio de 2011. MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

MINA LASSO para que *"me represente en el proceso de la referencia, se notifique de la diligencia y traslado del auto que fija fecha para audiencia de cambio de medida artículo 103 de la Ley 1098 de 2006"*.

Igualmente, mediante memorial del 31 de enero de 2019 el apoderado solicitó copia íntegra del expediente en el que se llevó a cabo la diligencia de los menores y que *" (...) 2. En el estado que se encuentra el proceso se resuelva el derecho de postulación consignado en el poder notificado ante su despacho ya que no cumple con el Art. 77 C.G.P. 3. Se informe el trámite que se le dará al proceso en la etapa consiguiente o concomitante"*.

La Doctora SANDRA DEL PILAR VELANDIA, Defensora de Familia del ICBF respondió a dicha solicitud mediante escrito del 18 de febrero de 2019 (Folio 31 anverso) mediante el cual hizo saber al apoderado que no autorizó la expedición de copias de la historia de atención de los menores teniendo en cuenta la reserva legal de que gozan las actuaciones en torno a la intimidad de niños, niñas y adolescentes según lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, ya que la providencia de adoptabilidad de los menores quedó ejecutoriada el 21 de enero de 2019, en consecuencia: *"Según lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1098 de 2006, a partir de la ejecutoria de la sentencia de adopción y por el término de 20 años, los documentos relacionados con las actuaciones administrativas o judiciales propias de este proceso, serán reservados; así se desprende de su tenor literal: (...)"*

Igualmente, manifestó la Defensora de Familia que se abstuvo de reconocer personería jurídica porque el poder fue radicado al día siguiente de la audiencia en la cual se estableció la condición de adoptabilidad de los menores, que en la misma estuvieron presentes los progenitores, quienes se retiraron de la misma una vez conocido el sentido del fallo, siendo asesorados de manera amplia sobre las posibilidades de interponer recurso y solicitar la homologación del trámite ante el juzgado de familia de Soacha.

La autoridad administrativa concluye señalando que de conformidad con el trámite respectivo, adelantado de conformidad con los artículos 61 y 107 de la Ley 1098 de 2006, la declaratoria de adoptabilidad de los menores está ejecutoriada y en firme, de conformidad con el lineamiento técnico de restablecimiento de derechos LM3.P de fecha 31 de agosto de 2016, modificado por la resolución No. 7547 de 29 de julio de 2016.

Visto lo anterior, es necesario determinar cuáles son las formas establecidas en el ordenamiento jurídico para la adoptabilidad de un menor, cuyo respeto garantiza el debido proceso en este trámite.

El Capítulo IV de la ley 1098 de 2006 contiene disposiciones relativas al procedimiento administrativo y reglas especiales que se deben cumplir por los defensores de familia y comisarios de familia para procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos frente a situaciones de abandono o peligro en las que puedan encontrarse los niños, niñas y adolescentes. La ritualidad propia de este trámite fue establecida en el artículo 100 del Código de Infancia y adolescencia:

ARTÍCULO 100. TRÁMITE. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Una vez se dé apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor de un niño, niña o adolescente, el funcionario notificará y correrá traslado del auto de apertura por cinco (5) días, a las personas que de conformidad con el artículo 99 del presente Código deben ser citadas, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer.

Vencido el traslado, la autoridad administrativa decretará de oficio o a solicitud de parte, las pruebas que no hayan sido ordenadas en el auto de apertura, que sean conducentes, útiles y pertinentes, las cuales se practicarán en audiencia de pruebas y fallo o fuera de ella, de acuerdo con su naturaleza y con sujeción a las reglas del procedimiento civil vigente.

Las pruebas que fueron debidamente decretadas deberán practicarse, en caso contrario, la autoridad administrativa competente, mediante auto motivado revocará su decreto.

De las pruebas practicadas antes de la audiencia de pruebas y fallo, mediante auto notificado por estado, se correrá traslado a las partes por un término de 5 días, para que se pronuncien conforme a las reglas establecidas en el procedimiento civil vigente.

Vencido el término del traslado, mediante auto que será notificado por estado, se fijará la fecha para la audiencia de pruebas y fallo, en donde se practicarán las pruebas que no hayan sido adelantadas, se dará traslado de estas y se emitirá el fallo que en derecho corresponda.

El fallo es susceptible de recurso de reposición que debe interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron a la misma, y para quienes no asistieron se les notificará por Estado; el recurso se interpondrá en los términos del Código General del Proceso y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación.

Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo, si dentro de los quince (15) días siguientes a su ejecutoria, alguna de las partes o el Ministerio Público manifiestan su inconformidad con la decisión. El Ministerio Público lo solicitará con las expresiones de las razones en que funda su oposición.

El juez resolverá en un término no superior a veinte (20) días, contados a partir del día siguiente a la radicación del proceso.

En todo caso, la definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, término que será improrrogable y no podrá extenderse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá dentro de los tres (3) días siguientes el expediente al juez de familia para que resuelva el recurso o defina la situación jurídica del niño, niña o adolescente en un término máximo de dos (2) meses. Cuando el juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

El juez resolverá en un término no superior a dos (2) meses, contados a partir del día siguiente a la radicación del proceso, so pena que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Si el juez no resuelve el proceso en este término, perderá competencia para seguir conociendo del asunto, remitirá inmediatamente el expediente al juez de familia que le sigue en turno y se pondrá en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura.

En los casos que la autoridad administrativa pierda competencia y no remita el proceso al Juez de Familia dentro del término señalado en este artículo, el Director Regional del ICBF estará facultado para remitirlo al juez de familia.

PARÁGRAFO 1o. *En caso de evidenciarse vulneración de derechos susceptibles de conciliación en cualquier etapa del proceso, el funcionario provocará la conciliación y en caso de que fracase o se declare fallida, mediante resolución motivada fijará las obligaciones provisionales respecto a custodia, alimentos y visitas y en caso de que alguna de las partes lo solicite dentro de los cinco (5) días siguientes, el funcionario presentará demanda ante el Juez competente.*

PARÁGRAFO 2o. *La subsanación de los yerros que se produzcan en el trámite administrativo, podrán hacerse mediante auto que decreta la nulidad de la actuación específica, siempre y cuando se evidencien antes del vencimiento del término para definir la situación jurídica; en caso de haberse superado este término, la autoridad administrativa competente no podrá subsanar la actuación y deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su revisión, quien determinará si hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado y en estos casos, resolver de fondo la situación jurídica del niño, niña y adolescente conforme los términos establecidos en esta ley e informará a la Procuraduría General de la Nación.*

PARÁGRAFO 3o. *Para el efectivo cumplimiento de este artículo, los entes territoriales y el ICBF, dentro de su organización administrativa adoptarán las medidas necesarias para que la información respecto a la presunta vulneración o amenaza de derechos se ponga en conocimiento de la autoridad administrativa en el menor tiempo posible.*

PARÁGRAFO 4o. *El incumplimiento de los términos para la tramitación y decisión del proceso administrativo de restablecimiento de derechos por parte de las autoridades administrativas y judiciales será causal de falta gravísima.*

PARÁGRAFO 5o. *Son causales de nulidad del proceso de restablecimiento de derechos las contempladas en el Código General del Proceso, las cuales deberán ser decretadas mediante auto motivado, susceptible de recurso de reposición, siempre y cuando se evidencien antes del vencimiento del término de seis (6) meses señalado anteriormente. En caso de haberse superado este término, la autoridad administrativa deberá remitir el expediente al Juez de Familia para que asuma la competencia.*

PARÁGRAFO 6o. *En todo caso, ante cualquier vacío jurídico deberá remitirse a lo reglamentado en la legislación procesal civil vigente.*

PARÁGRAFO 7o. *Cuando la definición de la situación jurídica concluya con resolución que deje en firme el consentimiento para la adopción, deberá adelantar el trámite establecido en los incisos 2 y 3 del artículo 108 del presente Código.*

Para resolver la presente demanda de amparo, es pertinente destacar que sobre el tema relativo a la **declaración administrativa de adoptabilidad** la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en un caso similar, se pronunció en los siguientes términos:

“[...] dentro del amplio espectro de derechos fundamentales del niño, reluce por su trascendencia el de tener una familia y no ser separado de ella, pues es incontestable que en su interior encuentra el menor el cuidado y el amor necesarios para su desarrollo armónico [...] La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos internacionales de protección al menor, como la Declaración Universal de los Derechos del Niño, no vacilan en resaltar

la importancia que para éste tiene el hecho de pertenecer a una familia, y a no ser separado de ella, pues el infante necesita para su desarrollo integral del afecto, amor y cuidado que los suyos le brindan. Inclusive, tales convenios no se restringen a las relaciones entre padres e hijos, sino que abarcan un grupo más amplio, que comprende a sus hermanos, tener contacto con sus tíos y primos, recibir el afecto de sus abuelos, vínculos afectivos todos ellos que comportan que el niño se sienta en un ambiente familiar que le sea benéfico.

"En la legislación colombiana, la Ley 12 de 1991 aprobó la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 9° se dispuso: 'Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño'; luego ha de tratarse de una solución extrema a la que solamente se debe llegar después de agotar todos los mecanismos de protección que sean del caso, pues es palpable que semejante decisión apareja un monumental hecho traumático, particularmente cuando son vivos y fuertes los vínculos afectivos que los unen [...].

"[...] no se puede olvidar que, según claros mandatos constitucionales y legales, es deber del Estado brindar el apoyo necesario al menor cuyos padres carecen de recursos económicos para atender sus necesidades básicas, pues entre otras cosas, así quedó consagrado en el citado canon constitucional, y en lo dispuesto por el artículo 130 del Código del Menor, al estipular que 'si la familia o los responsables de su cuidado personal carecieren de medios suficientes, esta atención le será dispensada por el Estado con el concurso de la familia y de la comunidad, de acuerdo con la situación en que se encuentre el menor'; y que para cumplir esos mandatos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, previa comprobación de las condiciones del niño, deberá 'vincularlo a los programas que en beneficio del menor desarrolle la entidad u otros organismos públicos o privados' (art. 131 ibídem), todo esto sumado a las facultades que el artículo 58 ejusdem le concede al defensor de familia, con miras a garantizarle una adecuada atención al abrigo del cariño de los suyos. [Los preceptos citados del Código del Menor, fueron incorporados en los artículos 41 y 82 de la Ley 1098 de 2006].

"En resumen, no es aceptable privar a la menor (nombre bajo reserva) de la posibilidad de desarrollarse en el seno de su familia, pues si bien sus progenitores no demostraron que puedan atender por sí solos sus necesidades básicas, no debe olvidarse que, en estos casos, el Estado tiene la obligación de tomar las medidas de protección que sean necesarias para la atención integral de la niña, pero, por supuesto, sin que por el mero hecho de las penurias económicas de sus padres, les pueda ser arrebatada." ⁸

⁸ (Sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. T-2005-00049-01, citada en la Sentencia de 24 de febrero de 2010, Exp. T. No. 68001-22-13-000-2009-00634-01).

El debido proceso es un derecho fundamental, debe materializarse en toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiénolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades con protección de sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten.

Su aplicación en los procesos administrativos ha sido reiterada por la Corte Constitucional precisándose que quien participe en ellos deben tener la oportunidad de ejercer su defensa, presentar y solicitar pruebas, con la plena observancia de las formas propias que los rijan. Esto implica que el desconocimiento de formalidades propias del debido proceso en un trámite administrativo quebranta los elementos esenciales que lo conforman.

Ahora bien, la ley 1098 de 2006 estipula que el restablecimiento de los derechos de los niños es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes deberán informar u oficiar a la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, sobre los niños que se encuentren en riesgo o en situación de vulnerabilidad. Y advierte que, en este caso, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales (art. 51 CIA).

Y en relación con la sentencia de homologación de la mencionada declaratoria de adoptabilidad, la Corte Suprema de Justicia señaló:

“[...] que la homologación de las decisiones adoptadas en sede administrativa, reviste cardinal valía, 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 [regla 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 y la ubicación de los hijos en hogares sustitutos, entre otras medidas, con todo lo que ello supone en el campo de las relaciones familiares.

“[...] 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 ...’ [artículo 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”⁹

Sobre la relevancia del tema, la Corte Suprema de Justicia **Sala de Casación Civil** se pronunció precisando:

“la gravedad e importancia de una decisión sobre adoptabilidad, reside en que dispone la ruptura de los lazos más sagrados del ser humano: Los vínculos familiares. Pero este tipo de decisiones no solo desarraiga a un niño del que debiera ser su entorno natural sino que lo arroja a un espacio de incertidumbre sobre su vida futura. Entonces la decisión sobre adoptabilidad es una de las responsabilidades más altas que la sociedad confía a sus jueces, pues además de los valores comprometidos, el carácter inexorable y definitivo de la resolución, exige cuidado sin par. Al fin y al cabo, si la autoridad yerra en dejar al niño con su familia natural, ese desbarro se puede corregir, pero si se le condena a vivir en una familia extraña, sin motivos atendibles, esa decisión irrevocable causará un daño irreparable”¹⁰

En conclusión, sin obviar los fines diversos de un proceso judicial y uno administrativo, los dos tienen en común que están compuestos por etapas regladas y

⁹ (Sentencia del 13 de febrero de 2004, Exp. T-2003-00536-01).

¹⁰ (sentencia de 23 de agosto de 2010, exp, 2010-00214-01).

consecutivas que buscan de una forma razonada producir un resultado, teniendo como fundamento el respeto por el derecho fundamental al debido proceso de los sujetos concernidos, por tratarse de una garantía consustancial del Estado de Derecho. La existencia de estas etapas en uno y otro proceso, así como la consecución de un resultado para las partes, hace importante que existan mecanismos como la acción de tutela para que si se presentan determinadas situaciones sea procedente su interposición. Es por ello que bajo el entendido que en los dos procedimientos, el judicial y el administrativo, hay derechos fundamentales en juego que pueden verse afectados frente a las actuaciones judiciales, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de elaborar toda una línea para explicar en qué casos procede, en razón de su carácter subsidiario. Así mismo, frente a las actuaciones administrativas ha señalado que este mecanismo se torna procedente cuando la administración ha incurrido en violaciones que son contrarias a la normativa constitucional y por ende ha aceptado que las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales puedan ser alegadas también frente a las actuaciones administrativas¹¹.

De otra parte, debe hacer referencia el Despacho a los derechos fundamentales de los cuales es titular el menor en situación de adoptabilidad, entre ellos el derecho a la preservación de la unidad familiar¹².

Al respecto, la Corte Constitucional ha entendido que "la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho"¹³.

En la Sentencia T-572 de 2009¹⁴ la Corte manifestó que la familia, es el núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado. En tal sentido, debido a que la protección de la unidad familiar es un derecho fundamental, las autoridades públicas "deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes"¹⁵.

En efecto, la Corte determinó que la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva iusfundamental del derecho, genera para las autoridades públicas

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-590 del 01 de agosto de 2002. MP. Miguel Araújo Rentería.

¹² Ver al respecto, entre otras, la Sentencia T-572 del 26 de agosto de 2009. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T- 447 del 13 de octubre de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴ *Ibidem*. Sentencia T-572 del 26 de agosto de 2009. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵ *Ídem*.

competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes; y, por otra parte, desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar acciones positivas, dirigidas a mantenerla y preservarla. De tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social consistente en que miles de familias colombianas no cuentan con los recursos económicos suficientes para cumplir ciertas obligaciones pero que ello no puede tener como consecuencia la separación de las familias que se encuentren en esa precaria situación¹⁶, debe buscarse la preservación de la unidad familiar, implementando programas de apoyo para las mismas.

En razón de lo anterior, el ICBF cuenta con programas sociales alternos a la separación de los niños de su medio familiar y que buscan, precisamente, ayudar a las familias que se encuentren en precaria situación económica. Así, por ejemplo existe el programa "Hogar Gestor", dirigido "a atender en el medio familiar de origen a niños, niñas y adolescentes con o sin discapacidad menores de 18 años, que se encuentran en situación de peligro y cuyas familias, identificadas mediante valoración socio- económica y familiar, presentan una alta vulnerabilidad social y carecen de oportunidades para satisfacer adecuadamente las necesidades fundamentales de sus niños o adolescentes."¹⁷

Bajo la presunción de mantener los vínculos con la familia, el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia consagra como una de las posibles medidas de restablecimiento de los derechos de los niños la "Ubicación en familia de origen o familia extensa", describiéndola como "la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando éstos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos. Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos."

Otro de los derechos constitucionales fundamentales y prevalecientes del que son titulares los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de especial protección

¹⁶ Reiterada jurisprudencia constitucional ha ratificado que la pobreza jamás puede ser un motivo permitido -por irrazonable- para ordenar la separación de los niños de su medio familiar. Ver, al respecto, entre otras, las Sentencias T-510 del 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y T-887 del 01 de diciembre de 2009. MP. Mauricio González Cuervo, en las que se señaló: "ni la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas o educativas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres".

¹⁷ Ver página web: https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/frame_detalle.php?h_id=527.

constitucional, es el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Política.

La Corte Constitucional ha establecido que este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la obligación de preservarlo, en especial, la consagración constitucional de la familia como la institución básica de la sociedad (arts. 5 y 42, C.P.); la prohibición de molestar a las personas en su familia (art. 28, C.P.); y la protección de la intimidad familiar (art. 15, C.P.). Además, tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías adicionales, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos¹⁸.

Esta Corte Constitucional ha señalado que este derecho tiene una especial importancia para los menores de dieciocho años, puesto que por medio de su ejercicio se materializan otros derechos constitucionales que, por lo tanto, dependen de él para su efectividad, es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta¹⁹. Igualmente, la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que "desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez"²⁰.

De lo anterior, se deriva la regla de la presunción a favor de la familia biológica, según la cual, las medidas estatales de intervención en la vida familiar, únicamente pueden traer como resultado final la separación de los menores de dieciocho años, cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con los niños, las niñas y adolescentes, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico²¹. En el mismo sentido, el Código de la Infancia

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-671 del 31 de agosto de 2010. MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALUB.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Sentencia T-887 del 01 de diciembre de 2009. MP. Mauricio González Cuervo. En esta providencia la Corte hizo referencia a la Sentencia T-587 de 1998, en la que le correspondió a la Corte Constitucional establecer si el ICBF había desconocido los derechos fundamentales de una niña a tener una familia, al negarle a una pareja de padres extranjeros la posibilidad de adoptarla, en razón a que la hija biológica que ellos tenía una edad menor y ello podría generar traumatismos. En una sentencia reciente, la Corte Constitucional abordó el estudio de un caso similar al que se encuentra bajo examen de la sala Quinta en la presente oportunidad. Igualmente, citó la sentencia C-572 de 2009 en la que la Corporación efectuó una juiciosa aproximación al concepto de familia. En uno de los apartes del fallo sostuvo sobre el particular: "El punto de partida clásico de la noción de familia es aquel según el cual aquélla se origina en el matrimonio. De igual manera, este término incluye el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a cargo, la relación de hombre y mujer sin descendencia. Igualmente, abarca los lazos familiares derivados de la adopción. Este es el concepto que se toma en consideración en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16.1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

y Adolescencia colombiano consagra el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

En la Sentencia SU-225 de 1998²², la Corte afirmó que la intervención estatal se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección. Ante esa eventualidad compete al Estado prestar la protección y el cuidado que las niñas y los niños necesitan. En otros términos, los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento. El Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente. Dicho en de otra forma: "en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo"²³.

Es claro entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Alta Corporación, que la intervención del Estado en las relaciones familiares puede tener lugar como medio subsidiario de protección de los niños afectados, puesto que la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños, es la familia²⁴

Es por ello que el análisis de los casos en los cuales los niños han sido separados de su familia biológica, es forzoso contar con razones suficientes que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones familiares biológicas.

No obstante, la Corte constitucional también ha señalado:

"(...) al analizar el postulado del artículo 44 del Texto Superior, tanto el amparo de los distintos instrumentos internacionales como en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella, encuentra su límite natural cuando el núcleo de origen no ofrece las garantías de protección, cuidado, afecto y amor integral que merece el infante como sujeto de especial protección, es por ello, que de ser necesaria para la protección del niño, niña o adolescente, mediante la separación de sus parientes biológicos, se justifica esta acción en aplicación de la primacía del interés superior del niño (CDN, art.9) –*Supra* numeral 73 (iv)-²⁵.

²² Corte Constitucional. Sentencia SU-225 del 20 de mayo de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ Sentencia T-887 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-510 del 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁵ Sentencia C-058 de 2018.

Con respecto a las formas y mecanismos establecidos para que las personas interesadas puedan oponerse a la declaración de adoptabilidad, señala el LINEAMIENTO TÉCNICO ADMINISTRATIVO DE RUTA DE ACTUACIONES PARA EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON SUS DERECHOS INOBSERVADOS, AMENAZADOS O VULNERADOS Aprobado mediante Resolución No.1526 de 23 de febrero de 2016 Modificado mediante Resolución No. 7547 de julio 29 de 2016 del ICBF:

"En declaratoria situación de Adoptabilidad: La declaratoria en situación de adoptabilidad del niño, la niña o adolescente corresponde, en sede administrativa, exclusivamente al Defensor de Familia.

(...)

D. Notificación del Fallo o Resolución: Una vez la Autoridad Administrativa profiere la resolución declarando en situación de vulneración de derechos o en situación de adoptabilidad al menor de edad, ésta se notificará: a. Por Estrados dentro de la misma audiencia a las partes que se encuentren presentes. b. Para quienes no asistieron, la notificación se surtirá por estado, conforme a lo establecido en las normas del procedimiento civil vigente.

E. Recurso de Reposición: Contra la Resolución que declara la vulneración o la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, las partes podrán interponer el recurso de reposición: a) Si asistieron a la Audiencia, verbalmente, y en la misma se resuelve. b) Dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la resolución por estado, si no asistieron a la Audiencia. El recurso deberá ser resuelto por la Autoridad Administrativa dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término para interponerlo.

Paso 9. Homologación. Es un control de legalidad de las decisiones adoptadas por parte de las autoridades administrativas, que no se constituye en un recurso y en virtud del cual, le corresponde al Juez de Familia efectuar un control tanto de forma, respecto del procedimiento llevado a cabo en la actuación administrativa, como de fondo, en cuanto se extiende a establecer si la medida adoptada atendió el interés superior del niño, niña o adolescente. De modo entonces, que la homologación implica no solo verificar el cumplimiento del debido proceso en el marco del proceso administrativo, sino igualmente, velar por la garantía y protección del menor de edad. Visto lo anterior, es posible indicar que la homologación aplica tanto para la declaratoria en situación de vulneración de derechos, como para la declaratoria en situación de adoptabilidad, en los siguientes términos:

a) Homologación de la declaratoria en situación de vulneración de derechos:

(...)

b) Homologación de la declaratoria en situación de adoptabilidad:

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 107 y 108 de la Ley 1098 de 2006, en concordancia con el numeral primero del artículo 119 de la misma Ley, la remisión al juez de familia para homologar el fallo de declaratoria en situación de adoptabilidad procede en el siguiente caso:

- Cuando existió oposición durante la actuación administrativa y, dicha oposición se presente dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad. (...)

Y en cuanto a lo que se considera oposición en este trámite establece el reglamento en cita:

"La oposición puede presentarse de forma verbal o escrita, debiendo en todo caso dejarse constancia de la misma en la historia de atención. Frente a la oposición durante la actuación administrativa, se deberá entender como tal, la que se presenta en los casos en que una vez presentado el recurso de reposición contra la declaratoria en situación de adoptabilidad, la Autoridad Administrativa confirma la decisión inicialmente adoptada."

En cuanto al carácter vinculante de este reglamento para la autoridad administrativa que adelanta el trámite de restablecimiento de derechos de los menores o adolescentes, establece el artículo 2.2.4.9.2.3, del Decreto 1069 de 2015: "*Los lineamientos técnicos que fije el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de conformidad con la responsabilidad que le señala la ley, servirán de guía y serán un instrumento orientador en la aplicación del Código de Infancia y Adolescencia, y una vez adoptados por acto administrativo son vinculantes para las autoridades administrativas competentes en el restablecimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes*".

No obstante, el artículo 108 del Código de Infancia y Adolescencia modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018 señala:

ARTÍCULO 108. DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

PARÁGRAFO. 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.

En cuanto a la oportunidad para presentar la oposición, adicional a cualquier etapa de la actuación administrativa, señala el citado artículo 100 de la Ley 1098 de 2006:

ARTÍCULO 100. TRÁMITE. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Una vez se dé apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor de un niño, niña o adolescente, el funcionario notificará y correrá traslado del auto de apertura por cinco (5) días, a las personas que de conformidad con el artículo 99 del presente Código deben ser citadas, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer.

(...)

El fallo es susceptible de recurso de reposición que debe interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron a la misma, y para quienes no asistieron se les notificará por Estado; el recurso se interpondrá en los términos del Código General del Proceso y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación.

Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo, si dentro de los quince (15) días siguientes a su ejecutoria, alguna de las partes o el Ministerio Público manifiestan su inconformidad con la decisión. El Ministerio Público lo solicitará con las expresiones de las razones en que funda su oposición.

El juez resolverá en un término no superior a veinte (20) días, contados a partir del día siguiente a la radicación del proceso. (...)"

Es decir que el reconocimiento de personería solicitado por el apoderado, para representar en el trámite administrativo que podría culminar con la posible adoptabilidad de sus hijos, a una persona que no cuenta con la formación y la capacidad necesarias para comprender (según se dice en la demanda, y no fue contradicho por el ICBF) las consecuencias de dicha decisión, no tenía relevancia exclusivamente para participar en la audiencia de fallo dentro de dicho trámite, pues dentro de los quince días siguientes podía presentarse aún oposición a la medida administrativa de declaración de adoptabilidad, lo que daría lugar al envío del expediente para surtir la homologación respectiva ante el juez de familia.

Nótese que contrario a lo señalado por la autoridad administrativa, el poder otorgado por el Señor JERRI ALEXI PASTRANA ORTIZ al abogado JORGE IVÁN MINA LASSO no lo facultaba solamente para notificarse de la diligencia en mención y correrle traslado

del auto que fija fecha para audiencia de cambio de medida del artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, también reza el poder: "*Para que me represente en el proceso de la referencia*" y en la parte final del mismo indicó: "*Mi apoderado queda facultado para conciliar, transigir, recibir, desistir, renunciar, reasumir y en general todo cuanto sea pertinente en Derecho a la defensa de mis intereses de conformidad con el artículo 74 del CGP y la ley 1098 del 2006*" (Folio 30 anverso). Y si bien para cuando se presentó este documento ya se había celebrado la audiencia donde se declaró la adoptabilidad de los menores, aún estaban en término las partes de presentar su oposición.

No obstante, aún sin haberle sido reconocida personería, el apoderado podía haber presentado la oposición a la cual se refieren los artículos 100 y 108 del Código de Infancia y Adolescencia, pues además de conocer el sentido de la decisión, ya que su representado se encontraba presente en la diligencia, el reconocimiento de personería a un apoderado tiene un efecto solamente declarativo, no tiene la naturaleza de decisión constitutiva. Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional:

Cuarta.- ¿Un apoderado sólo puede actuar en el proceso si ha habido el acto de reconocimiento de su personería?

El asunto radica en determinar si, como lo señala el apoderado, éste se encontraba absolutamente impedido para actuar en el proceso, dado que no existía el acto de reconocimiento de su personería, por parte del juzgado contra el que se dirigió esta acción de tutela. Y, que este acto omisivo, permitió que se violara el debido proceso, al quedar ejecutoriada una sentencia dictada en contra de los intereses de la entidad que representaba.

Sobre la naturaleza del acto de reconocimiento de personería, la Sala comparte lo expresado por los jueces de las instancias en esta tutela. Ellos manifestaron que el hecho de no haberse reconocido la personería, de ninguna manera podía ser entendido como un obstáculo insalvable para hacerse presente en el proceso y requerir que se cumpliera tal acto de trámite. La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que se revisa, precisó el carácter de este reconocimiento, y dijo que es simplemente un acto declarativo y no una decisión constitutiva. Es, en otras palabras, el reconocimiento, por parte del funcionario judicial, de que un apoderado efectivamente lo es.

Cabe recordar lo que dijo la Corte al respecto, que se transcribió en los antecedentes de esta sentencia:

"(...) los apoderamientos se perfeccionan con la escritura pública o escrito privado presentado en debida forma, esto es, presentado personalmente ante el despacho o presentado ante notario y entregado al despacho pertinente (arts. 65, inciso 2o., y 84 C.P.C.), sin que sea necesario el auto de reconocimiento de personería para su perfeccionamiento para adquirir y ejercer las facultades del poder. Porque si éste puede ejercerse antes del auto de reconocimiento y su "ejercicio" debe dar lugar posteriormente a la expedición de dicho auto (art. 67 C.P.C.), es porque se trata de una decisión positiva de reconocimiento simplemente declarativa y no constitutiva, esto es, que solo admite el poder que se tiene, pero no es el que le da viabilidad a su ejercicio. Con todo, cualquier irregularidad que sobre el particular pueda cometerse, los interesados pueden acudir a los medios procesales pertinentes para remediarlos, como los de nulidad, etc., razón por la cual, por lo general no puede acudir a la acción de tutela como mecanismo sustitutivo o adicional." (se subraya)

Esta Sala considera, además, que tan clara es la naturaleza del acto de reconocimiento de apoderado, en el sentido de ser simplemente declarativa, que si se aplicaran los argumentos que expone el peticionario para justificar su falta de actividad en el proceso ordinario laboral, se llegaría a la situación absurda de que para iniciar una demanda ante un juez o tribunal, sería necesario, previamente, presentar el poder, obtener el reconocimiento de personería respectivo, y, allí sí, se tendría la capacidad jurídica de presentar la demanda. Y, qué decir, entonces, sobre el momento para contestar una demanda. Según razona el actor, sólo una vez reconocida la personería por parte del juez, podría el apoderado contestar la demanda. Estos simples argumentos contribuyen a confirmar que, como lo expresa el ad quem, la falta de reconocimiento de personería no fue un obstáculo para asumir la defensa que le había sido encomendada.

Lo anterior, permite concluir que la entidad bancaria siempre estuvo representada por apoderado. Lo que sucedió, fue que éste no actuó en el proceso y así lo confirma la información requerida a instancias de esta Corporación, que obra en el expediente de tutela, a folio 106, proveniente de la Secretaria del Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá:

"También me permito manifestarle que en el proceso no obra requerimiento alguno por parte de los doctores GUSTAVO GNECCO MENDOZA y JAIME CERÓN CORAL a efectos de obtener el reconocimiento de personería en razón (sic) de la sustitución presentada en favor del Dr. CERON CORAL." (las mayúsculas pertenecen al texto original)

Como se observa, distinto a la falta de defensa, lo que existió fue falta de atención al poder que le fue conferido. Y la tutela no es la vía para remediar esta situación.²⁶

Conforme a lo anterior, se negará el amparo solicitado por el abogado JORGE IVÁN MINA LASSO pues la falta de reconocimiento de personería para defender los derechos fundamentales de su representado en el trámite administrativo de restablecimiento de derechos de sus hijos no le impedía ejercer las facultades y mecanismos consagrados en el ordenamiento para solicitar el control judicial de esta decisión o bien ejercer otras facultades y derechos procesales, como solicitar la declaratoria de nulidad del trámite.

EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- Negar el amparo de los derechos fundamentales invocado por el abogado JORGE IVÁN MINA LASSO en nombre propio y del señor JERRI ALEXIS PASTRANA ORTIZ, conforme con lo expuesto en la presente providencia.

²⁶ Sentencia T-348 de 1998.

SEGUNDO.- Notificar por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ