

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA RESOLUCIÓN DE DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD DE NIÑOS EN COLOMBIA*

LINA MARCELA ESTRADA JARAMILLO**

CATALINA RAMÍREZ VELÁSQUEZ***

YOLANDA RENDÓN MESA****

Presentado: enero 27 de 2014 • Aceptado: abril 21 de 2014

Resumen

En la actualidad son evidentes las falencias en las resoluciones de declaratorias de adoptabilidad de los niños proferidas por el defensor de familia en Colombia tal como se observa en la Sentencia T- 844 de 2011, atribuible a la inobservancia de los lineamientos técnicos y legales establecidos para esta medida de protección; de allí la necesidad de realizar una política sobre las adopciones que incluya la tutela judicial efectiva integrada por el debido proceso y la valoración probatoria tanto en sede administrativa como judicial para superar las dificultades que se vienen presentando actualmente y así garantizar a

* Artículo producto del seminario de investigación “Las decisiones de la Corte Constitucional como salida ante la ausencia de políticas públicas. Estudio de caso de adopciones en Colombia” de la Especialización en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana, año 2013, como requisito para obtener el título de Especialista.

** Abogada de la Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Docente de la Universidad Pontificia Bolivariana y de la Universidad de Antioquia. Directora del Seminario de grado “Las decisiones de la Corte Constitucional como salida ante la ausencia de políticas públicas. Estudio de caso de adopciones en Colombia”. estradalina@hotmail.com.

*** Abogada de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. cataramirez17@hotmail.com.

**** Abogada de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. yolandarm82@yahoo.com

partir de la misma los derechos fundamentales de los sujetos implicados en ella.

Palabras clave: tutela judicial efectiva, declaratoria de adoptabilidad, interés superior del niño.

EFFECTIVE JUDICIAL CUSTODY IN THE RESOLUTION OF DECLARATION OF CHILD IN COLOMBIA ADOPTABILITY

Abstract

At present it is showing weaknesses in declaratory resolutions of adoptable children uttered by the Family Advocate in Colombia as evidenced in Case T-844 of 2011, attributable to the failure of the technical and legal guidelines established for this protective measure, hence the need for a policy on adoptions including effective judicial protection composed of due process and evidence assessment both in administrative and judicial proceedings, to overcome the difficulties that are currently presenting and thus ensure from it, the fundamental rights of the persons involved in it.

Keywords: effective judicial protection, declaration of adoptability, interests of the child.

GARDE JUDICIAIRE EN VIGUEUR DANS LA RESOLUTION DE LA DÉCLARATION DE L'ENFANT ADOPTABILITÉ COLOMBIE

Résumé

À l'heure actuelle lacunes sont évidentes dans les résolutions déclaratoires des enfants adoptables prononcées par l'avocat de la famille en Colombie comme on le voit dans le jugement T-844 de 2011, attribuable à la défaillance des lignes directrices techniques et juridiques établies pour cette protection; d'où la nécessité d'une politique sur les adoptions, y compris la protection judiciaire effective composé d'une procédure régulière et l'évaluation de la preuve dans les deux autori-

tés administratives et judiciaires à surmonter les difficultés qui sont actuellement présente et la garantie de la même droits fondamentaux des personnes concernées en elle.

Mots-clés: protection juridictionnelle effective, la déclaration d'adoptabilité, des intérêts de l'enfant.

EFFICACE CUSTODIA GIUDIZIARIA NELLA RISOLUZIONE DI DICHIARAZIONE DI BAMBINO IN COLOMBIA

Riassunto

Attualmente sono evidenti e stanno mostrando difetti nelle risoluzioni delle dichiarazioni di adottabilità di niños e proferidas ragazze l'avvocato della famiglia in Colombia come evidenziato osservato nella sentenza T-844 del 2011, attribuibili al fallimento del orientamenti tecnici e giuridici stabiliti per misura di protezione eesta,, da qui la necessità di una politica in materia di adozioni, tra cui una tutela giurisdizionale effettiva composto di giusto processo e la valutazione delle prove in entrambi i procedimenti amministrativi e giudiziari, per superare le difficoltà attualmente stanno presentando e garanzia degli stessi, i diritti fondamentali delle persone coinvolte in esso.

Parole chiave: tutela giurisdizionale effettiva, dichiarazione di adottabilità, interessi del bambino.

CUSTÓDIA JURISDICIONAL EFECTIVA NA RESOLUÇÃO DE DECLARAÇÃO DE CRIANÇA NA COLÔMBIA

Resumo

Atualmente são evidenciadas falências nas resoluções de declaratórias de adoção de crianças proferidas pelo Defensor da Família na Colômbia, como foi demonstrado na sentença T- 844 de 2011, atribuível à inobservância dos critérios técnicos e legais estabelecidos para essa medida de proteção. Eis a razão para realizar una política

sobre as adoções que inclua a tutela judiciária efetiva integrada pelo devido processo e a valoração probatória tanto na sede administrativa quanto na judiciária, para superar as dificuldades apresentadas hoje em dia e, desse jeito, garantir a partir dela, os direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

Palavras chave: tutela judiciária efetiva, declaratória de adoção, interesse superior da criança.

INTRODUCCIÓN

La adopción entendida como una de las medidas de restablecimiento de derechos de los niños y adolescentes amerita el mayor cuidado por parte de los funcionarios encargados de la misma, toda vez que compromete derechos fundamentales de quienes intervienen en ella. En la actualidad se observa cómo los entes encargados de determinar la procedencia de la medida omiten en el desempeño de su función la verificación y cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el otorgamiento, es decir, se le está dando prioridad a intereses de tipo social y económico frente a procedimientos y al interés superior del niño y adolescente, el cual debe ser el punto de partida en materia de familia y especialmente si se ven comprometidos los derechos e intereses de una población vulnerable como la infantil.

El trabajo parte del análisis de la Sentencia T-844 de 2011, en la cual se analizó el caso de una menor de edad que fue declarada en adoptabilidad y posteriormente dada en adopción sin tener en cuenta la familia extensa que pudo haber asumido el cuidado y la protección de la niña. Lo anterior originó que la niña no lograra adaptarse a su nueva familia, presentara comportamientos asociales, y en consecuencia se iniciaran las acciones tendientes a lograr la revocación de la adopción debido a las irregularidades que se hallaron en el trámite administrativo, dadas a conocer por las partes en la sentencia objeto de estudio.

La importancia de esta sentencia radica en señalar la necesidad de una política en materia de adopciones que tenga en cuenta los hechos reales que dieron origen a la problemática, las necesidades que deben ser satisfechas, la población a la cual va dirigida, los recursos necesarios para su implementación y aplicación y, en definitiva, que incluya aspectos sustanciales y procesales orientados a superar las anomalías dadas a conocer por la sentencia.

Se busca que dicha política solucione de manera integral, eficaz y oportuna la problemática emanada de la inobservancia de la normativa y la negligencia por parte del grupo psicosocial al cual se atribuye el fracaso del proceso de adopción y los múltiples perjuicios asumidos por las partes involucradas, lo cual se realiza no solo teniendo en cuenta el caso concreto y las circunstancias propias del mismo sino que también se busca la creación de dicha política como herramienta de prevención para futuros procesos de adopción.

En ese orden de ideas, el objetivo general de la investigación fue realizar una propuesta que pueda ser tenida en cuenta para una futura política de adopciones en la cual se incorporen no solo los elementos enunciados anteriormente sino que a estos se sumen aspectos relevantes como el debido

proceso y la valoración probatoria de cara a la tutela judicial efectiva, en aras de corregir los errores evidenciados en la Sentencia T-844 de 2011, los cuales afectan al niño o adolescente adoptado y a los padres adoptantes que confiados en el buen proceder de las autoridades competentes terminan decepcionados de la justicia que se imparte en materia de familia en temas relevantes como el que se desarrolla.

METODOLOGÍA

La metodología empleada para el análisis de la problemática fue el estudio del caso desde el aspecto cualitativo, consistente en la construcción de una teoría a partir de una serie de observaciones que componen la realidad del objeto de estudio, permitiendo a su vez obtener una percepción clara, completa y amplia del mismo desde múltiples ángulos (Martínez, 2006). Para abordar la sentencia se partió del estudio de la normativa y jurisprudencia que regula el proceso de adopción, se realizaron entrevistas a funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, abogados especialistas en materia de adopción y derecho procesal y a personas involucradas en la sentencia objeto de estudio.

Para el desarrollo del presente artículo se consideró relevante abordar el tema realizando un estudio a los sujetos implicados en el proceso de adopción, para posteriormente analizar la tutela judicial efectiva integrada por el debido proceso y la valoración probatoria, toda vez que dichos temas reunidos en un solo escenario permitirán mostrar asuntos que deben ser tenidos en cuenta en una futura política de adopciones orientada a salvaguardar los derechos fundamentales y propender por un debido proceso.

SUJETOS IMPLICADOS EN LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN

La adopción es una medida de protección que busca darle al menor los mejores padres para criarlo y educarlo, además de un hogar adecuado y estable (Arango, 1996); por ello, se debe realizar garantizando los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, teniendo en cuenta la familia de origen o extensa y la idoneidad física, mental, moral y social de los futuros padres adoptantes (Ley 1098, 2006, Art. 68).

El eje fundamental de la adopción es el interés superior del niño, el cual presupone una protección especial para garantizar su desarrollo armónico e integral. Al respecto la Corte Constitucional señaló:

Las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor de edad –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela– deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a: a) los criterios jurídicos relevantes, y b) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión (Corte Constitucional de Colombia, 9 de junio, 2006).

Así mismo, la adopción debe tener como pilar el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella. Frente a lo anterior la Corte Constitucional consideró:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño resaltan la importancia que tiene para los niños el pertenecer a una familia y a no ser separados de ella, dada la necesidad de recibir el amor, afecto y cuidado que los suyos le brindan, sin ello limitarse a las relaciones entre padres e hijos, sino que abarca un grupo familiar más amplio que comprende a los hermanos, tíos, primos y los abuelos, es decir, la familia extensa (Corte Constitucional de Colombia, 31 de agosto, 2010).

Como lo expresan las normas internacionales señaladas anteriormente, en los procesos de adopción es importante respetar un derecho que está íntimamente relacionado con el interés superior denominado derecho a ser escuchado, siempre y cuando se tenga la capacidad para manifestar la opinión (Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 12) con el fin de conocer el entorno familiar, las relaciones que se llevan al interior de las familias y los sentimientos que tiene el menor frente a los miembros de ésta, y teniendo en cuenta dicha información proceder a tomar la decisión más acertada y, de ser necesario, indagar por otro tipo de información que lleve al convencimiento de que la adopción como medida de restablecimiento de derechos es el mejor instrumento que se puede ofrecer a un niño o adolescente.

Si el niño o adolescente cuenta con una familia es ésta quien debe asumir su cuidado, pero de no poder garantizar los derechos fundamentales

debe ser declarado en adoptabilidad; para esto es indispensable una amplia indagación de la familia de origen para establecer las reales condiciones de la misma y, en otros casos, es necesario que quien tenga a cargo al menor otorgue consentimiento para darlo en adopción (Ley 1098, 2006, Art.66) evitando así que sea sustraído arbitrariamente de su hogar y que se adopten niños que no necesitaban ser adoptados, vulnerándoles sus derechos (Gómez y Berástegui, 2009).

Una familia de origen con escasos recursos económicos y humilde no es sinónimo de una familia que no pueda brindar cuidado y protección al niño o adolescente que esté bajo su custodia, ni la solución puede ser el rompimiento de la unidad familiar, como se evidenció en la Sentencia T-844 de 2011 en la cual se partió del hecho de que la familia por ser campesina y carecer de recursos económicos estaba vulnerando los derechos de la niña, quien había vivido con sus parientes durante más de ocho años, tiempo en el cual no se evidenció abandono, desnutrición u otro signo que permitiera concluir que se encontraba en peligro o ante eventuales vulneraciones que obligaran a darla en adopción; por el contrario, al interior de su hogar tenía amor, cuidado, protección y una familia.

Cuando a los niños o adolescentes se les afectan sus derechos fundamentales dentro del núcleo familiar, es necesaria la presencia de la sociedad y el Estado, en virtud del principio de corresponsabilidad (Ley 1098, 2006, Art. 10) orientado a buscar la protección integral y el cuidado de los mismos; dicha intervención deberá estar basada en los siguientes criterios señalados por la Corte Constitucional:

El decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el Artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta a) la existencia de una lógica de gradación entre cada una de ellas; b) La proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; c) la solidez del material probatorio; d) La duración de la medida; y f) Las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño o adolescente.

En pocas palabras, las autoridades administrativas, al momento de decretar y practicar medidas de restablecimiento de derechos, deben ejercer tales competencias legales de conformidad con la Constitución, lo cual implica proteger los derechos fundamentales de los

niños y adolescentes con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad; lo contrario, paradójicamente, puede acarrear un desconocimiento de aquellos (Corte Constitucional de Colombia, 26 de agosto, 2009).

Es indispensable que los padres adoptantes tengan la tranquilidad de que el estudio socio-económico adelantado por el equipo interdisciplinario posea información precisa, suficiente, verdadera y objetiva, y que se haya realizado una debida valoración de las pruebas recaudadas y no simplemente una percepción personal de los funcionarios que lo realizan, elementos probatorios suficientes sobre los cuales sin duda alguna se pueda tomar la decisión acertada y evitar incurrir en los yerros apreciables en el análisis de la Sentencia T-844 de 2011.

Por lo anterior, es importante que en el proceso de adopción sean indagados los familiares y personas con las cuales el menor tenga vínculos afectivos y haya convivido para conocer el entorno familiar y así llegar a tener una idea clara y precisa de la realidad de ese núcleo familiar.

Para adelantar tanto el trámite administrativo como judicial no solo se deben seguir unos lineamientos técnicos consagrados en la Resolución N.º 3748 del 6 de septiembre de 2010 del ICBF y unos lineamientos legales establecidos en la Ley 1098 de 2006, sino también evitar irregularidades por no existir las suficientes pruebas referentes a los hechos o, en su defecto, por una indebida valoración de las ya existentes.

La observancia de un debido proceso sugiere entonces la necesidad de que las partes, en una actuación administrativa o judicial, puedan estar informadas de las decisiones o medidas que se tomen y puedan ejercer su derecho de contradicción, porque así lo consagra la Constitución y la ley.

Por lo anterior, los procesos de adopción no deben consistir simplemente en una serie de requisitos formales que en ocasiones se verifican parcialmente o no se verifican, pues este tipo de proceso por su importancia exige que durante el desarrollo de sus etapas sean verificados todos y cada uno de los requisitos que se deben satisfacer en aras de dar estricta aplicación a los lineamientos, y de esta manera garantizar los derechos fundamentales de quienes intervienen en el mismo.

En consecuencia, surge la necesidad de tener mayores garantías en aquellos eventos en los cuales se verifica la inobservancia de directrices y posterior vulneración de los derechos fundamentales involucrados en los procesos de familia, específicamente en el proceso de adopción, tema que

convoca a la revisión de las garantías que en virtud de la Constitución Política de 1991 los ciudadanos tienen la posibilidad de hacer efectivas, las cuales si bien se encuentran dispersas en la Carta Magna, resulta llamativo agruparlas bajo el nombre de tutela judicial efectiva, con el objetivo de ofrecer mayor claridad respecto al contenido y aplicación de las garantías constitucionales en muchas ocasiones vulneradas por los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus funciones.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA INTEGRADA POR EL DEBIDO PROCESO Y LA VALORACIÓN PROBATORIA

Después de ocuparnos de los sujetos implicados en el proceso de adopción revisaremos dicho proceso de cara a la tutela judicial efectiva.

Es reciente en Colombia hablar de la tutela judicial efectiva toda vez que dicha figura proviene del ordenamiento jurídico de España¹, regulado en la Constitución Española del 6 de diciembre de 1978, en su Artículo 24.1 el cual establece: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Se resalta la protección a través de la tutela judicial efectiva de derechos de corte fundamental, como por ejemplo, derecho a la defensa, derecho a un proceso público y derecho a usar las pruebas pertinentes, entre otros, como punto de partida del proceso judicial y del ejercicio de los ciudadanos de acceder a la administración de justicia, quienes buscan en medio del conflicto soluciones previamente reguladas por la normativa procesal, orientadas a ofrecer seguridad jurídica, las cuales se materializan en el procedimiento previamente establecido y en el cual se confía por su positivización, y lo menos que se esperaría es que no sea tenido en cuenta y por ende se logre solucionar efectivamente la controversia.

Es así como la Corte Constitucional², en Sentencia C 318 de 1998, a partir del derecho de acceso a la justicia y en aplicación del Artículo 25(1)

1 También se encuentran antecedentes en las primeras manifestaciones constitucionales de la posguerra, como en la Constitución Italiana de 1948 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

2 Otras sentencias que también desarrollan la tutela judicial efectiva: Sentencia C 1195 de 2001 y Sentencia C 426 de 2002.

de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos, ha deducido la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Parte de la doctrina colombiana (Cifuentes, 1999 y Araújo, 2011) considera que la Constitución de 1991 reconoce como derecho de carácter prestacional la tutela judicial efectiva, la cual busca que se despliegue la actividad judicial y se responda a través del proceso a las pretensiones que se formulan, las que deben resolverse con base en el sistema de fuentes establecido por la jurisdicción independiente, imparcial y en un término razonable, mediante una decisión de fondo motivada.

La Constitución Política de 1991 consagra derechos que desarrollan, garantizan y permitan concluir que en Colombia no solo se propende por una tutela judicial efectiva sino que también se torna necesario comenzar a estructurar de una forma clara y abierta lo que podría denominarse teoría de la tutela judicial efectiva, toda vez que si se observa el contenido de la Carta Magna se identifican los derechos que la estructuran como lo son: el derecho de libre acceso a la administración de justicia (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 229 y Ley 270, 1996, Art. 2), el derecho de defensa (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 29) y el derecho a obtener una sentencia, los cuales fueron ostensiblemente vulnerados y dieron lugar a la problemática analizada en la Sentencia T-844 de 2011.

El acceso a la administración de justicia no debe agotarse única y exclusivamente en la reclamación que presenta el ciudadano al aparato judicial sino que al momento de resolverse la controversia debe darse en términos coherentes y en cumplimiento de las garantías procesales, de tal manera que el solicitante evidencie que están siendo garantizados sus derechos siguiendo las directrices dadas por el ordenamiento constitucional.

Si bien la teoría procesal en los términos planteados en líneas anteriores aplica al desempeño de la función judicial, es perfectamente viable aplicarla a la actividad de los funcionarios encargados de la etapa administrativa en el proceso de adopción, toda vez que son ellos los llamados a evaluar la situación que se les pone de presente, asimismo a analizar, valorar y practicar las pruebas necesarias en el término establecido por la ley para orientar el trámite a ellos encomendado, de tal forma que los dictámenes o resultados que presenten en instancias posteriores sean acordes con la realidad, los hechos, pretensiones y circunstancias de tiempo, modo y lugar que originaron el estudio detallado de la situación, con el fin de evitar a futuro la vulneración de los derechos de quien pretende le sean garantizados.

Pero si bien lo anterior es lo que se espera, lamentablemente en circunstancias como las acontecidas en la Sentencia T-844 de 2011 se dejan ver no solo la falta de compromiso de parte de los funcionarios en el cumplimiento de directrices, la norma constitucional y legal, sino también la falta de cuidado en la aplicación de los derechos y garantías propias de la tutela judicial efectiva, y más si en medio de la controversia se ve involucrada una persona menor de edad, a la cual le fueron vulnerados sus derechos a ser escuchada y no ser alejada de su familia de origen (Ley 1098, 2006, Art. 22).

Se reconoce la vulneración de derechos no solo a la niña sino también a la madre adoptante, a quien de manera evidente le vulneraron su derecho al debido proceso en la etapa administrativa, con la expedición de la resolución de declaratoria de adoptabilidad aparentemente de conformidad con lo establecido por el Código de Infancia y Adolescencia, pero evidentemente distante de la realidad que rodeaba el caso. Se expidió la mencionada decisión pensando en ofrecer bienestar a una menor y hacer posible a una mujer el sueño de ser madre, pero sin observar las circunstancias y los lineamientos legales. Resulta cuestionable el actuar de los funcionarios que emitieron el informe indicando la procedencia de la adopción, de tal manera que en la etapa judicial se culminara con la sentencia de adopción al confiar en la actuación administrativa.

De allí la importancia de lo establecido en el Artículo 98 en concordancia con el Artículo 107 de la Ley de Infancia y Adolescencia:

Dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa. Para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustentan la oposición.

Lo anterior no fue verificado en el proceso bajo estudio, porque de haberlo realizado la niña en ningún instante hubiese sido apartada del grupo familiar al cual pertenecía y en el cual se sentía a gusto y del que recibía cuidados, protección y amor de acuerdo con lo referenciado en la sentencia objeto de estudio.

Si la familia de origen hubiera conocido con antelación lo que estaba ocurriendo, no hubiese permitido que avanzara dicho proceso haciendo uso de acciones que suspendieran el trámite iniciado por quien no se encontraba legitimado para hacerlo –tía materna–, encontrando respaldo en derechos como el debido proceso evidentemente vulnerado a ellos.

En ningún instante se emprendió una búsqueda exhaustiva de elementos por parte del grupo interdisciplinario que permitieran deducir la existencia de otras personas vinculadas con la niña adoptada, pese a tener conocimiento de la existencia de familia, tal como se evidenció en la sentencia cuando el abuelo de la niña se acercó ante los funcionarios solicitando le devolvieran a su nieta; tampoco se realizó un análisis detallado del patrón comportamental de la misma que previniera a la futura madre adoptante sobre el tipo de personalidad que tenía la niña y así evitar los perjuicios causados no solo a la menor sino también a su familia de origen y en última instancia a la madre adoptante deseosa de conformar una familia.

Evidenciando que el derecho al debido proceso fue vulnerado a las partes involucradas en el trámite de adopción, específicamente en su etapa administrativa, es válido sumar a ésta la falta de valoración probatoria que debería haberse observado en el desarrollo del proceso con el fin de haberse evitado lo que ya es conocido para muchos, pero lo importante de este tipo de problemáticas no radica solo en lo que fue, a quién atribuirle la responsabilidad o, en su defecto, a quiénes denominar como culpables, sino que a partir de estas controversias se puedan construir los lineamientos y funciones de los operadores judiciales y las garantías ofrecidas a los individuos del grupo social.

En la Sentencia T-844 de 2011 no se dio aplicación en estricto sentido a la tutela judicial efectiva, debido a que se omitió información relevante que rodeaba a la niña, se pasaron por alto trámites ineludibles en el proceso de adopción y se vulneraron derechos que afectaron física, psicológica y emocionalmente a todas las personas vinculadas al caso objeto de estudio.

El no observar un debido proceso ni realizar una debida valoración probatoria fue el mayor error que se cometió al momento de declarar en adoptabilidad a una niña que realmente no cumplía con los requisitos, lo cual lleva a reconocer la necesidad de humanizar las prácticas judiciales.

Como la tutela judicial efectiva no puede agotarse en la sola posibilidad del acceso a los órganos de la jurisdicción, es necesario tener en cuenta el debido proceso para lograr una decisión en derecho; de ahí que se hable de una íntima relación entre estos dos conceptos (Agudelo, 2001).

Bajo la mirada de la Ley 1098 de 2006, la adopción como medida de protección cumple su cometido siempre y cuando se den los requisitos formales y legales tanto en la etapa administrativa en cabeza del ICBF y de las Instituciones Autorizadas para la Adopción (IAPAS), que mediante la Defensoría de Familia otorga la autorización de la adopción en los casos que

permita la ley y la compañía de un grupo interdisciplinario que emita dictámenes periciales, como en la etapa judicial en cabeza del Juez de Familia del domicilio del representante legal del niño o adolescente, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado quien profiere sentencia que decreta la adopción, la cual podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial.

En ese orden de ideas, la etapa que nos proponemos analizar exige hacer referencia al debido proceso, el cual ha sido considerado como la máxima expresión del derecho procesal y como fuente generadora de principios procesales integrado por tres garantías relevantes en la materia, esto es, el derecho al juez, el derecho a ser oído y el derecho a las formas (Agudelo, 2001).

- Derecho al juez: entre las garantías por las cuales aclama el ciudadano se encuentra el derecho que éste tiene a que el proceso judicial iniciado sea dirigido por un juez natural o competente, independiente e imparcial, de tal forma que ofrezca la seguridad jurídica necesaria para resolver su conflicto. Aquel derecho a tener el juez competente según aspectos preestablecidos por la norma. El derecho al juez se vincula con la idea de un juez con jurisdicción, cuya aptitud para participar en el proceso se determina por los múltiples factores determinantes de la competencia ampliamente desarrollados en materia procesal.
- Derecho a ser oído: oportunidad que se le da a las partes para participar en el proceso, manifestarse y poder ejercer el derecho de defensa o contradicción. De aquí se deriva la importancia de la publicidad, el derecho a aportar pruebas relacionadas con el objeto del debate y la exigencia de la motivación de las decisiones por parte del juez y del defensor de familia para lograr la fundamentación y el control de las decisiones proferidas.
- Derecho a las formas: referido a la observancia de los requisitos formales establecidos por el legislador como una garantía para la administración de justicia y la aplicación del derecho para llegar a cierto grado de certeza y respeto por el orden público.

En ese orden de ideas, el debido proceso entendido como derecho fundamental permitirá a las partes involucradas en el mismo, durante el desarrollo del proceso judicial y administrativo, actuar en términos de igualdad, procurando la satisfacción de sus intereses conforme a derecho según material probatorio aportado con el cual se procurará lograr el convencimiento del juez al fallar.

Así las cosas, el debido proceso en materia administrativa puede ser entendido como un sistema de garantías que busca la obtención de decisiones justas (Agudelo, 2001); de ahí la importancia de seguir un debido proceso tanto en el proceso jurisdiccional como en ámbitos diferentes a este.

De lo anterior podemos señalar que en la Sentencia T-844 de 2011 se vio vulnerado el debido proceso cuando no se hizo una indagación precisa sobre las condiciones de la familia de crianza de la niña, no se tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas allegadas al proceso, ni de ejercer el derecho de defensa y contradicción, no se escuchó a la menor dentro del trámite administrativo, ni se valoraron las manifestaciones con las cuales indicaba que el procedimiento al cual había sido sometida presentaba errores relevantes por ser expresiones que evidenciaban que tenía una familia con la cual había crecido y adquirido identidad personal, y se buscó respetar la forma al basar la declaratoria de adoptabilidad en el solo consentimiento de la madre que entregó a su hija a los cincuenta y dos días de nacida, sin escucharse a los abuelos quienes asumieron el cuidado de ésta hasta que fue entregada al ICBF sin tener conocimiento de ello y quienes posteriormente reclamaron su regreso.

La afectación padecida por la niña de manera innecesaria hubiese podido evitarse cumpliendo las directrices, protocolos y normas propias de la materia, evitando desnaturalizar lo consagrado por el Artículo 1 de la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006) que consagra: “Este código tiene por finalidad garantizar a los niños y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna, a lo cual deben estar estrictamente ceñidos”.

En la etapa administrativa no solo se realiza una evaluación de los requisitos formales, que a través de entrevistas, talleres y visitas conducen a la valoración de la idoneidad física, social, mental y moral, determinando el nivel de adaptación del menor a su nueva familia y de ésta hacia el mismo y velando en todo momento para que se dé la protección de los derechos tanto del menor como de las familias involucradas, sino que también se realiza la valoración probatoria que permita determinar la procedencia de la resolución de declaratoria de adoptabilidad previo al inicio de la etapa judicial en cabeza del juez de familia, quien teniendo en cuenta el procedimiento adelantado inicialmente procede a dictar sentencia.

Posteriormente se da lugar a la elaboración de informes psicosociales, producto de la realización de entrevistas individuales y visitas domiciliarias,

y a partir de los cuales se crean las recomendaciones por parte del grupo interdisciplinario, que en definitiva dan cuenta de la valoración en términos probatorios que realizaron los funcionarios competentes, valoración que se materializa en recomendaciones que son entregadas al Comité de Adopción del ICBF, quien entra a aceptar o a rechazar mediante acto administrativo la adopción.

Dicho dictamen pericial deberá cumplir los requisitos exigidos legalmente, lo cual en el caso en estudio no fue realizado toda vez que el grupo interdisciplinario omitió información que de haber sido conocida por la madre adoptante a tiempo no hubiese aceptado continuar con el proceso, optando en última instancia por desistir de él evitando de tal forma los perjuicios causados.

De ahí que la Corte Constitucional considere, según lo expone la doctora Ramírez Carvajal, que una de las más graves violaciones al debido proceso: “Consiste en que el fallador profiera sus providencias sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso, o lo que es peor, ignorando totalmente su existencia” (Ramírez, 2009).

Sumado a lo anterior, se estaría vulnerando de igual manera “el debido proceso probatorio por la negación del derecho legítimo a probar” (Ramírez, 2009). Las partes tienen el derecho a la práctica de la prueba y a la valoración de la misma.

Las partes esperan le sean garantizados realmente sus derechos y que su derecho de defensa puedan hacerlo efectivo, de ahí que se sustente lo anterior en lo manifestado por la doctora Ramírez Carvajal cuando habla de los derechos constitucionales derivados del debido proceso probatorio: “El juez ha de garantizar que la parte tenga oportunidades reales de defensa, y para esto el ordenamiento jurídico le asigna poderes de instrucción. Esto propicia un razonable método de procesamiento, garante y respetuoso de los principios constitucionales: el debido proceso probatorio” (Ramírez, 2009). Definiendo la doctora Ramírez Carvajal el debido proceso probatorio como:

El derecho a un limpio contradictorio, porque corresponde a todos los derechos y garantías que se deben observar en el enfrentamiento y la discusión de las pruebas. Este derecho está contenido en las propias constituciones y ordena asegurarles efectivamente a las partes los medios efectivos para su defensa, lo que constituye una materialización de la igualdad (Ramírez, 2009).

Complemento de lo anterior, y válidamente aplicable a lo que se desarrolla, es lo afirmado por la doctora Ramírez Carvajal en su texto *La prueba de oficio*:

Algunos de los más importantes poderes de dirección material son el estudio sobre la relevancia de la prueba para determinar la utilidad, la pertinencia y la conducencia, y la ordenación de la prueba de oficio, para despejar dudas producto de la insuficiencia de la actividad probatoria de parte, y que no se haya alcanzado estándar de prueba de ley. Ellos coadyuvan a obtener un máximo nivel de conocimiento sobre los hechos (Ramírez, 2009).

Por lo anterior, la observancia de un debido proceso sugiere la imperiosa necesidad de que las partes, en la actuación administrativa o judicial, puedan estar informadas de las decisiones o medidas que se tomen, de tal manera que puedan ejercer su derecho de contradicción.

Podría pensarse, entre los medios probatorios existentes en la legislación colombiana, aplicables a este tipo de procesos en familia, en la inspección judicial como medio de prueba asimilable a un examen judicial a personas o documentos según el caso, aplicable en instancias judiciales y, por qué no, en la etapa administrativa del proceso de adopción, consistente en la recepción de documentos, declaración de personas cercanas al niño o adolescente, o reconstrucción de las circunstancias con el fin de obtener información relacionada con los hechos materia de inspección judicial, los cuales permitan lograr el convencimiento del ente competente en la instancia administrativa evitando llegar a una etapa procesal en la cual el juez de familia se vea en la obligación de dirimir conflictos que tuvieron que haberse superado inicialmente, de ahí la razón de ser de la etapa administrativa, la cual puede ser considerada un filtro en la cual deben examinarse obligatoriamente las condiciones necesarias para expedir la Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad.

Es en esta etapa en la que los familiares de la niña declarada en adoptabilidad deberían haber ejercido su derecho de contradicción y legítima defensa con el fin de lograr la mayor influencia posible en el fallo del proceso, lo cual por lo ya analizado no se dio.

También podría utilizarse en la valoración probatoria el denominado indicio, el cual puede ser de gran utilidad al permitir identificar a partir de manifestaciones los hechos relevantes que lleven a una decisión adecuada y ajustada a derecho, y que aplicando al caso objeto de estudio no se evidenció,

toda vez que no se escuchó ni a la niña y mucho menos a su abuelo quien expresaba su angustia por la pérdida de la menor sin tener las razones que justificaran dicho acto (no recibió explicaciones por parte del grupo interdisciplinario cuando se acercó a las instalaciones esperando recibir atención y ayuda ante su problema).

Si bien en la etapa administrativa el defensor de familia, acompañado de su grupo interdisciplinario, puede valerse de los múltiples medios probatorios enunciados con antelación, el juez en la etapa procesal con mayor razón debería hacerlo, tal y como lo plantea la Corte Constitucional al manifestar:

El Estado a través de la administración de justicia busca o tiene como finalidad primordial no solo el esclarecimiento de la verdad sino también lograr la efectividad de los derechos de las personas, para lo cual ha dotado al juez de mecanismos y herramientas procesales para que la verdad procesal coincida con la verdad real, y para ello ha consagrado la institución procesal de la prueba oficiosa, que es aquella que el juez decreta y practica no a petición de parte sino porque considera conducente y pertinente a la verificación de los hechos (Corte Constitucional de Colombia, 3 de octubre, 2002).

De realizar dicha aplicación en el proceso de adopción el juez estaría teniendo en cuenta la tutela judicial efectiva y sus componentes, con el fin de expedir sentencias ajustadas a los verdaderos hechos y a las necesidades manifestadas por las partes durante el desarrollo del proceso.

Con dicho proceder el juez estaría reforzando la garantía que debe brindarse a los ciudadanos y en consecuencia estaría velando por los derechos fundamentales evitando situaciones como la acontecida en la Sentencia T-844 de 2011, sentencia que servirá de referencia para futuros procesos de adopción, no solo por las directrices ordenadas en su fallo sino por la invitación que hace el estudio acertado de temas relevantes como la adopción entendida como la última medida de restablecimiento que debe aplicarse en materia de niños y adolescentes.

CONCLUSIONES

Las falencias que se vienen presentando en las Declaratorias de Adoptabilidad en Colombia son el resultado de la inobservancia de los lineamientos técnicos y legales de los funcionarios encargados del proceso de

adopción, lo que genera vulneración de derechos fundamentales de los sujetos intervinientes en la misma, tales como: el interés superior del menor, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, el derecho a ser escuchado y el derecho al debido proceso, lo cual denota la arbitrariedad y negligencia en la que incurren los operadores jurídicos llamados a administrar justicia.

La adopción como medida de restablecimiento de derechos debe tener como finalidad la protección de los derechos de los niños y adolescentes para permitir su desarrollo armónico e integral, de ahí que sea indispensable tener en cuenta: a los niños, la familia de origen y la idoneidad física, mental, moral y social de los padres adoptantes para lograr que sean adoptados niños y adolescentes que realmente lo necesiten y se les brinden unos padres aptos para criarlos y educarlos y que permitan conformar un hogar estable y adecuado.

Las realidades familiares y la dinámica que tiene cada familia son diferentes, por ello la importancia de determinar si esas condiciones atentan contra los derechos fundamentales del niño que justifiquen un rompimiento del vínculo de la familia de origen para adelantar un proceso de adopción que permita el surgimiento de una nueva familia, razón por la cual los informes del grupo interdisciplinario deben contener una información precisa, suficiente, verdadera y objetiva, y una debida valoración de las pruebas existentes para evitar irregularidades en el trámite administrativo al consignar simplemente la percepción personal del funcionario que la realiza.

La Constitución Política de 1991 extendió las garantías del debido proceso y la valoración probatoria no solo a los procesos sino también a las actuaciones administrativas, por tanto de manera obligatoria e ineludible la Constitución Política siempre deberá ser tenida en cuenta en los trámites administrativos y procesales de cara a la tutela judicial efectiva, la cual contribuirá a que los ciudadanos tengan claridad respecto a los derechos y exigibles en el desarrollo de las actuaciones administrativas y procesales.

El derecho a la valoración probatoria y a controvertir las pruebas allegadas al proceso constituye un elemento esencial del debido proceso, toda vez que ésta es la que llevará a que el Estado, a través de sus funcionarios judiciales, adopte medidas a favor o en contra ajustadas a derecho y consultando las circunstancias reales propias del caso concreto.

RECOMENDACIONES

A partir de la problemática desarrollada en el presente trabajo surge la necesidad de elaborar una política de adopciones que sirva como norte a

los funcionarios encargados de este proceso para que los dictámenes periciales emitidos por el grupo interdisciplinario, que sirven como fundamento al defensor de familia para declarar o no en situación de adoptabilidad a los niños y adolescentes, tengan información precisa, suficiente, verdadera y objetiva que permita superar las falencias observadas en el trámite administrativo de adopción y en consecuencia satisfacer los intereses de los menores y de los futuros padres adoptantes.

Es necesario reformular la pretensión señalada por el ICBF, actualmente orientada a buscar hasta el sexto grado de consanguinidad a la familia (extensa) de los niños y adolescentes que se encuentran a la espera de ser declarados en adoptabilidad, toda vez que con ello se estaría evitando la vulneración de los derechos fundamentales de los menores a tener una familia y no ser separados de ella, pues el solo hecho de esperar por aquellos familiares contribuiría a que los niños pasen largos periodos en los hogares de paso o sustitutos a la espera de una familia, durante esa espera es cuando los menores se convierten en niños o adolescentes de difícil adoptabilidad. De procederse con lo anterior, se estarían abriendo las puertas a que muchos niños puedan disfrutar de una familia, de un hogar y de una mejor calidad de vida en compañía de personas deseosas de dar amor, cuidados, estabilidad, protección y lo mejor de sí mismos.

La resolución de la situación jurídica de los niños y adolescentes aspirantes a ser adoptados debe ser resuelta en un término de seis meses de conformidad con la ley, y no cuando al cabo del tiempo aparezcan familiares cercanos, hechos que no garantizan en ningún momento que el menor pueda tener una familia que se haga cargo, ni garantizará que dichos parientes en primera instancia respondan por él, tampoco que cuenten con los recursos económicos para procurar su manutención y en definitiva no garantiza el crecimiento en el seno de un hogar en el cual prevalezca el afecto, el cuidado y la protección que debe tener simple y sencillamente por su condición de vulnerabilidad.

La Sentencia T-844 de 2011 señaló las necesidades actuales en materia de adopción y la urgencia de tener en cuenta aspectos sustantivos y procesales de cara a la tutela judicial efectiva para la elaboración de la política que se encuentra en construcción, la cual debe ser coadyuvada por todas las personas involucradas en la protección de los derechos de los niños de nuestro país (sociedad civil, ONG, académica, veedurías ciudadanas, etc.).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo, M. (2001). *El proceso jurisdiccional*. Medellín: Señal Editora.
- Arango, J. (1996). “Concepto y finalidad. De menores de edad. Consentimiento de quienes ejercen la patria potestad”. Sentencia C-562/95. *Gaceta Jurisprudencial*, pp. 126-128.
- Araújo, R. (2011). “Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”. *Revista de Estudios Socio Jurídicos*. Vol. 13, pp. 247-291.
- Cifuentes, E. (1999) *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia (síntesis de la doctrina constitucional)*. Bogotá: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.
- Constitución Española (1978). Artículo 24.
- Constitución Política de Colombia (1991). Artículos 29, 229.
- Corte Constitucional de Colombia (30 de junio, 1998). Sentencia de Constitucionalidad, C. 318.
- (15 de noviembre, 2001). Sentencia de Constitucionalidad, C 1195.
- (29 de mayo, 2002). Sentencia de Constitucionalidad, C 426.
- (3 de octubre, 2002). Sentencia de Constitucionalidad, C 807.
- (9 de junio, 2006). Sentencia de Tutela, T 466.
- (26 de agosto, 2009). Sentencia de Tutela, T 572.
- (31 de agosto, 2010). Sentencia de Tutela, T 671.
- (8 de noviembre, 2011). Sentencia de Tutela, T 844.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 12.
- Gómez, B. y A. Berástegui (2009). “El derecho del niño a vivir en familia”. *Miscelánea Comillas*. Vol. 67. Núm. 130, pp.175-198.
- Ley 270(1996). Estatutaria de la Administración de Justicia. Artículo 2.
- Ley 1098 (2006). Infancia y Adolescencia. Artículos 1, 10, 22, 26, 66, 68, 98, 107.
- Martínez, P. (2006). “El método de estudio de caso. Estrategia metodológica de la investigación científica”. *Pensamiento y Gestión*. Núm. 20, pp. 165-193.
- Ramírez, D. (2009). *La prueba de oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

