

ADOPCION DE MENORES DE EDAD ICBF - Búsqueda de la familia extensa. Sexto grado de consanguinidad / SENTENCIA T-844 DE 2011, CORTE CONSTITUCIONAL – Alcance. Carácter *inter partes* de la Sentencia. Exhorto al ICBF de establecer directrices a sus funcionarios para la aplicación de medidas de restablecimiento de derechos, en especial, la declaración de adoptabilidad.

El Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS formula a la Sala una consulta relacionada con los efectos de la Sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional, especialmente en cuanto a la necesidad de buscar, en todos los casos, a la familia extensa de los menores que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF ha previsto entregar en adopción. La Sala procede a absolver esta consulta, como lo ha expresado en oportunidades anteriores, no para determinar el alcance de una Sentencia de la Corte Constitucional, en este caso la T-844 de 2011, lo cual no es su función, sino para analizar la situación que se ha presentado en relación con el cumplimiento por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF del exhorto que la Corte le formuló en el Numeral Octavo de la parte resolutive de la sentencia. Para la Sala, la Sentencia de tutela T-844 de 2011 de la Corte Constitucional tiene efectos *inter partes*, lo que implica que lo allí resuelto solo se aplica y obliga a quienes participaron en el caso concreto. Sin embargo, como ha señalado en diversas oportunidades la Corte, la doctrina constitucional sobre el contenido y alcance de los derechos constitucionales sentada con ocasión de la revisión de los fallos de tutela “trasciende las situaciones concretas que le sirven de base” y se convierten para todos los operadores jurídicos en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Carta. A esta doctrina obedece el Numeral Octavo de la parte resolutive de la sentencia, en el cual la Corte instó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF para que diseñara un protocolo contentivo de directrices dirigidas a los funcionarios del ICBF a efecto de que en el futuro no incurrieran en los errores que en el caso concreto detectó con ocasión del procedimiento de restablecimiento de derechos y en especial de la declaración de adoptabilidad. (...) el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF debe cerciorarse de que el protocolo expedido en cumplimiento del Numeral Octavo de la parte resolutive de la Sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional se ajusta rigurosamente a las obligaciones que le imponen la Constitución y la ley para proteger, restablecer y garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. En particular el llamado de atención que la Corte hace al ICBF en dicha sentencia, y que debe ser atendido en el protocolo, se refiere a que sus funcionarios deben ser especialmente cuidadosos en el adelantamiento del procedimiento administrativo especial de restablecimiento de derechos, particularmente en lo atinente a la práctica de las pruebas, y en la aplicación gradual y razonable de las medidas de protección, la última de las cuales es la declaración de adoptabilidad, con plena garantía de los derechos de los niños y de los terceros interesados en dichas actuaciones.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 36 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 48 NUMERAL 2 / LEY 1098 DE 2006 - ARTICULO 53 / LEY 1098 DE 2006 - ARTICULO 56

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00175-00(2224)

Actor: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL

Referencia: Adopción de menores de edad.

Búsqueda de la familia extensa.

Alcance de la Sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional, en relación con el exhorto al ICBF de establecer directrices a sus funcionarios para la aplicación de medidas de restablecimiento de derechos, en especial, la declaración de adoptabilidad.

El Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS formula a la Sala una consulta relacionada con los efectos de la Sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional, especialmente en cuanto a la necesidad de buscar, en todos los casos, a la familia extensa de los menores que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF¹ ha previsto entregar en adopción.

I. ANTECEDENTES

El Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS expone, en síntesis, los siguientes antecedentes:

1. En cumplimiento de la Sentencia de tutela T-844 de 2011 de la Corte Constitucional, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF diseñó un protocolo que obliga a los funcionarios de la entidad a buscar, en todos los casos, a la familia extensa – hasta el sexto grado de consanguinidad – de los niños, niñas y adolescentes que el ICBF ha proyectado entregar en adopción, lo cual ha causado “*un represamiento en materia de adopciones*”, pues dicha búsqueda dificulta que los menores sean entregados a sus posibles nuevas familias, aún cuando estas acrediten los requisitos exigidos por la ley para tal efecto.

2. En relación con el contenido de la Sentencia T-844 de 2011, en la consulta se transcribe el resumen realizado por el Magistrado Humberto Sierra Porto en su salvamento parcial de voto así:

“Mediante el fallo de la referencia se estudió el caso de una joven que, a la edad de los 9 años fue declarada en situación de abandono bajo las normas del Código del Menor que rigió hasta 2007. Ante ese hecho fue dada en adopción pero su

¹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, creado por la Ley 75 de 1968, es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS mediante el Decreto 4156 del 3 de noviembre de 2011.

proceso de adaptación a la nueva familia estuvo signado por una serie de obstáculos, en el que sobresale el hecho que la niña siempre hacía referencia a su familia biológica y a su deseo de volver a su seno, lo que condujo a su madre adoptiva la reintegrara al ICBF para que restableciera el vínculo con la misma. Con posterioridad al reintegro, el ICBF inició un nuevo proceso de adopción y ubicó a la niña en un hogar sustituto de donde salió varias veces para supuestamente buscar a su familia de crianza. Al momento de la resolución del caso, la menor cuenta con 16 años de edad, convive con una hermana por línea materna y es madre soltera. Es de resaltar que la menor no contó nunca con una familia con posterioridad a su reintegro al ICBF.

Consideraba la accionante, quien fuera una tía materna de la menor, que **dentro del proceso administrativo y judicial que dio origen** a la adopción de ésta, **se presentó una grave falta de información y participación de la familia de crianza que les impidió participar en el procedimiento que llevó al ICBF a declarar a la niña en situación de adoptabilidad, pese a contar con personas que podían hacerse responsables de ella.**

Por lo anterior, correspondió a la Sala establecer si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal de Aranjuez, en el municipio de Aranjuez y el Juzgado Noveno del Circuito de Ciudad Verde incurrieron en una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos y providencias judiciales respectivamente, **al haber declarado en estado de abandono a Sofía y haberla entregado en adopción sin una investigación sobre su real situación.**

Luego de estudiar tanto la actuación administrativa como judicial, concluyó la Sala que dentro de los mismos se incurrió en defecto fáctico por las siguientes razones: (i) el Defensor de Familia del centro Zonal de Aranjuez del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- omitió decretar pruebas relevantes dentro del proceso administrativo especial de declaración de abandono y, (ii) la Defensoría de Familia valoró las pruebas de manera arbitraria y caprichosa. Así mismo, estableció que el Juzgado de Familia incurrió en la causal específica de procedibilidad denominada error inducido como consecuencia de la actuación administrativa que desplegó el ICBF.

Por lo anterior, en la parte resolutive de la providencia se dejó sin efecto toda la actuación que dio origen al proceso de adopción, es decir, tanto la actuación administrativa –que declaró el estado de abandono, la situación de adoptabilidad y la adopción- como la judicial, es decir, la sentencia que aprobó la adopción. Así mismo, se ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- adoptar una serie de medidas a fin de garantizar la protección integral de los derechos fundamentales de Sofía y su hijo nacido, tales como la inclusión de ambos en los programas que actualmente existen o los que se lleguen a crear para suplir sus necesidades emocionales, psicológicas y económicas.

Finalmente, **se exhortó al ICBF a diseñar un protocolo en el que se consagren las directrices que deben seguir los funcionarios de la institución en casos como el estudiado.** En igual sentido se exhortó al Consejo Superior de la Judicatura para que adoptara las medidas necesarias con el fin de que los jueces de familia cumplieran su rol de garante de derechos dentro del trámite de los procesos de adopción” (Subrayado y negrilla del consultante).

3. En cumplimiento del exhorto de la Corte Constitucional al ICBF, este diseñó el protocolo “Para la aplicación de las medidas de restablecimiento de derechos en el

proceso administrativo”, en el cual dispuso lo siguiente en relación con la familia extensa:

“Ubicación en familia de origen o familia extensa: Es 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 estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos (Art. 56, Ley 1098 de 2006²).

(...)

Identificar en la visita domiciliaria, la existencia de otros integrantes de la familia extensa que podrían resultar significativos para la garantía del derecho fundamental y prevalente del niño, niña o adolescente a tener una familia. Responsable: Trabajador Social.

(...)

Vincular y notificar a los integrantes de la familia extensa que sea procedente, las decisiones tomadas en todo el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, para garantizar la vinculación de la familia extensa o vincular del niño, niña o adolescente como posible red de apoyo al proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Responsable: Defensor de Familia o Autoridad competente.

(...)

Desarrollar procesos de atención psicológica a los integrantes de la familia extensa que se han identificado como referentes positivos para la garantía de derechos de los niños, niñas o adolescentes utilizando herramientas que le permitan determinar la estructura personal y social”.

4. El consultante manifiesta que el caso resuelto en la Sentencia T-844 de 2011 se refiere a una menor que fue separada de su familia y declarada en situación de adoptabilidad por el ICBF, en desarrollo de un procedimiento que fue censurado

² Resulta útil conocer el texto completo de las normas citadas: Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia. **“Artículo 56. Ubicación en familia de origen o familia extensa.** Es 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 estos 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”.

Código Civil. “Artículo 61. (Orden en la citación de parientes). (Los apartes tachados son inexequibles). En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

1. Los descendientes legítimos.
2. Los ascendientes legítimos, a falta de descendientes legítimos.
3. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes legítimos.
4. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o, 2o y 3o.
5. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o, 2o, 3o y 4o.
6. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores.
7. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

Si la persona fuere casada, se oirá también en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”.

La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 61 del Código Civil, mediante la Sentencia C-105 del 10 de marzo de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), excepto la palabra “legítimos” tachada en los numerales 1, 2 y 3 declarada inexequible. La misma palabra en los numerales 5 y 7 fue declarada exequible.

por la Corte Constitucional debido a que el ICBF incurrió en errores en la actuación administrativa que a su vez indujeron a error al Juzgado de Familia que aprobó la adopción.

Expuestas las precedentes razones el Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS formula las siguientes

PREGUNTAS:

“1) *¿Constituye esta sentencia un precedente Erga Omnes o sólo aplica respecto del caso concreto?*

2) *En caso de ser aplicable únicamente respecto del caso concreto, ¿Debe el ICBF ajustar su protocolo de tal manera que la exigencia de buscar a la familia extensa de los niños – hasta un sexto grado de consanguinidad – sólo sea necesaria en situaciones particulares que demanden mayor rigidez en el proceso de adopción?”.*

II. CONSIDERACIONES

A. Observación preliminar

La Sala procede a absolver esta consulta, como lo ha expresado en oportunidades anteriores, no para determinar el alcance de una Sentencia de la Corte Constitucional, en este caso la T-844 de 2011, lo cual no es su función, sino para analizar la situación que se ha presentado en relación con el cumplimiento por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF del exhorto que la Corte le formuló en el Numeral Octavo de la parte resolutive de la sentencia.

B. El carácter *inter partes* de la Sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional

En la consulta se pregunta si la Sentencia de tutela T-844 de 2011 de la Corte Constitucional constituye un precedente *erga omnes* (“frente a todos” o “respecto de todos”) o solo aplica al caso concreto.

Al respecto se señala que, de acuerdo con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*”, las sentencias de revisión de tutela de la Corte Constitucional, como es el caso de la sentencia mencionada, únicamente tienen efectos *inter partes*. Dice así esta norma:

“Artículo 36. Efectos de la revisión. *Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por esta” (Destaca la Sala).*

La Corte Constitucional ha insistido sobre el efecto *inter partes* de las sentencias de revisión de tutela en diversas ocasiones, como por ejemplo en el Auto 014/07

del 25 de enero de 2007 dictado dentro del Expediente T-1268346 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), en el cual expresó:

“Igualmente, la Corte ha señalado que la acción de tutela tiene efectos inter partes tal como lo dispone el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, lo que supone que las consecuencias y entre ellas las peticiones que se puedan presentar a partir de la sentencia, deben estar precedidas y sustentadas en la legitimidad de los sujetos que participaron del amparo. Sólo ellas estarán legitimadas para pedir dentro de las condiciones señaladas en el Código de Procedimiento Civil la aclaración, corrección o anulación de la sentencia”.³

Por su parte la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece de manera general para las sentencias de tutela el carácter de efecto *inter partes*. En este sentido el numeral 2° del artículo 48, que tiene jerarquía de norma estatutaria y por ende prevalece sobre las leyes ordinarias, dispone:

“Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

- 1) (...)
- 2) *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación solo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”.*

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, dictada en desarrollo de la revisión constitucional del proyecto de ley aprobado por el Congreso que se convirtió después en la Ley estatutaria 270 de 1996, manifestó lo siguiente sobre la norma citada:

“Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, solo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591 de 1991, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo inciso del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad⁴.

³ Nota de la Corte Constitucional: Auto 241 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴ Nota de la Corte Constitucional: Corte Constitucional. Sala de revisión núm. 2. Sentencia núm. T-123/95. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

En consecuencia, es claro que la Sentencia de tutela T-844 de 2011 de la Corte Constitucional no tiene efectos *erga omnes* sino *inter partes*, esto es, se aplica solamente al caso concreto planteado por las partes del proceso.

Sin embargo ha de tenerse en cuenta que, en aras del principio de igualdad en la aplicación del derecho, la Corte ha sostenido que la doctrina constitucional sobre el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, “*trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución.*”

C. La Sentencia T-844 de 2011 exhorta al ICBF a diseñar un protocolo de alcance general

La segunda pregunta de la consulta se refiere a si el ICBF debe ajustar el protocolo que expidió en cumplimiento de la mencionada sentencia, de forma que solamente en determinadas situaciones particulares efectúe la búsqueda de la familia extensa del menor de edad que ha previsto entregar en adopción.

El Numeral Octavo de la parte resolutive de la Sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional dice así:

“OCTAVO.- EXHORTAR al ICBF para que diseñe un protocolo en el que se consagren las directrices que deben seguir los funcionarios de esa institución en cuanto a la aplicación de las distintas medidas de restablecimiento de derechos, en especial, la declaración de adoptabilidad, para que no se cometan los errores que se evidenciaron en el caso de la referencia”.

En este numeral la Corte exhorta,⁵ es decir, recomienda que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF fije unas directrices claras y estrictas sobre la aplicación de las distintas medidas de restablecimiento de derechos, y en especial la declaración de adoptabilidad, para procurar que sus funcionarios no cometan los errores que la Corte Constitucional identificó y censuró en el caso concreto.

Precisamente en la sentencia mencionada la Corte señala, entre otros errores, que no se realizó un estudio socio-familiar sobre la situación de la familia extensa de la niña con la finalidad de determinar si cabían medidas de protección distintas a la adopción. Observa también que el ICBF no demostró que la medida que mejor se ajustaba al restablecimiento o protección de los derechos de la niña era la adopción. En fin, sostiene la Corte que, en este caso, “*ni siquiera obra en el expediente prueba alguna que acredite que se le hubiere realizado un estudio socio-familiar*” a la niña.

En este sentido la Corte manifiesta en los puntos 5.7.2 y 5.7.3 de la sentencia:

“5.7.2. En el asunto sub examine, la tía abuela que entregó la niña al ICBF manifestó que aunque sí contaba con familia extensa, ninguno de sus miembros estaba en capacidad de asumir su cuidado y manutención, entre otras: i) por carecer de los medios económicos para el efecto; ii) estar sometida a un riesgo de

⁵ El Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) define el verbo “exhortar” así: “1. Tr. Incitar a alguien con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo” y la palabra “exhorto” así: “1. m. Der. Despacho que libra un juez a otro de igual categoría para que mande dar cumplimiento a lo que le pide”.

abuso sexual, sin especificar si esta amenaza provenía de un miembro de la familia o de un tercero y iii) por el maltrato físico al que era sometida por uno de sus familiares.

Frente a esta declaración, correspondía al ICBF investigar para corroborar la veracidad de esas afirmaciones y determinar si, como lo señaló la denunciante, la niña efectivamente carecía de un entorno familiar que la pudiera cuidar, proteger, brindarle amor; en otros términos, ser sujetos protectores y garantizadores de sus derechos, pues se repite la declaración de adoptabilidad sólo es posible cuando no existe ningún familiar que pueda y quiera responsabilizarse del niño, niña y adolescente inmerso en un proceso de restablecimiento de derechos.

La ausencia de una investigación profunda sobre el entorno familiar de la niña por parte de los funcionarios del ICBF quebrantó el derecho fundamental a la unidad familiar, el cual se concreta en que los niños, niñas y adolescentes deben mantener relaciones personales y un contacto directo con su familia biológica hasta donde ello sea posible como la mejor forma de garantizar sus derechos. Con base en esta premisa, esta Sala advierte que en el caso objeto de estudio, cuando el ICBF declaró en situación de abandono a la niña y optó por la medida de la adopción quebrantó no solo su derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella; sino otros derechos igualmente fundamentales como el derecho al debido proceso y el ser escuchada en el proceso administrativo que se inició con el objeto precisamente de proteger sus derechos y lograr su restablecimiento –finalidad que impuso la nueva normativa de infancia-.

5.7.3. *Por tanto, el ICBF estaba en la obligación de analizar la situación de la familia extensa de la niña y determinar si para la protección de sus derechos se podía optar por otras medidas de protección distintas a la adopción, tales como entregar la custodia a su familia extensa y brindarles el apoyo necesario para preservar dicho vínculo, por ejemplo, apoyo psicológico, terapias familiares, sensibilización a los familiares que cuidaban a la niña; como también brindarle a la menor de dieciocho años todos los cuidados especiales que requería para atender sus necesidades y propender por su desarrollo armónico e integral, sin que ello implicara la separación de su núcleo familiar, como en efecto ocurrió, sin una motivación razonada y evidente para ello. El ICBF no demostró, como ya se señaló en otro aparte de este fallo, que la medida que mejor se ajustaba al restablecimiento o protección de los derechos de la niña era la adopción.*

*De haberse investigado de una manera profunda y juiciosa las circunstancias que rodeaban la situación familiar de la niña, como lo exige un proceso de esta naturaleza, es posible que se hubiese llegado a la decisión de tomar otro tipo de medidas, como por ejemplo, el acompañamiento a la familia biológica de la niña para guiarlos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales y con el propósito de que pudieran atender sus necesidades afectivas, emocionales y económicas. Ahora, si se evidenciaba una situación económica precaria de sus cuidadores, el ICBF en aplicación del **principio constitucional del interés superior** de la niña, ha debido buscar que la familia quedara inscrita en un programa del Estado que les permitiera atender alguna de sus necesidades básicas, sin embargo, se optó por empezar los trámites para la adopción. En la nueva legislación, artículo 58 inciso segundo, se consagra expresamente la obligación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar de brindar a la familia los recursos adecuados que le permitan garantizar los derechos del niño, niña o adolescente en proceso de restablecimiento de derechos.*

Para finalizar, frente al desconocimiento de la presunción a favor de la familia biológica, esta Corporación considera que en el proceso en que se declaró en situación de abandono a la menor de nueve años, no se desprende que ésta no fuera apta o que representara un riesgo para su desarrollo armónico e integral, porque ni siquiera obra en el expediente prueba alguna que acredite que se le hubiere realizado un estudio socio-familiar a la misma”.

Para atender a estas observaciones y en cumplimiento de la aludida sentencia el ICBF diseñó el protocolo “*Para la aplicación de las medidas de restablecimiento de derechos en el proceso administrativo.*” Según se indicó en los antecedentes de la consulta, en varios apartes dicho Protocolo hace referencia a la familia extensa: dispone que se ubique al menor en la familia de origen o familia extensa cuando sus padres o los parientes del menor ofrezcan condiciones para garantizarle sus derechos, conforme al artículo 56 de la Ley 1098 de 2006; establece que se identifique en la visita domiciliaria la existencia de otros integrantes de la familia extensa; que se les vincule a la actuación y se les notifiquen las decisiones tomadas en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos (PARD), y se desarrollen procesos de atención psicológica a los integrantes de la familia extensa que se hubieren identificado como referentes positivos para la garantía de derechos del menor.

Ahora bien, la segunda pregunta de la consulta, relativa a la posibilidad de ajustar el mencionado protocolo, parte de una premisa inexacta. Ciertamente es que la sentencia, en cuanto a lo resuelto, únicamente surte efectos *inter partes*, para el caso concreto. Por tanto, la sentencia en mención no tiene efectos *erga omnes*. Sin embargo contiene también prescripciones cuyos efectos vinculantes van más allá del caso concreto e implican obligaciones generales para el ICBF, al menos por dos razones: i) porque sus precisiones doctrinarias en materia de protección de los derechos constitucionales fundamentales son criterio de obligatoria observancia para todos los operadores jurídicos, sean estas autoridades administrativas o judiciales, ii) porque contiene una orden directa al ICBF, el exhorto, para que ajuste el procedimiento administrativo de protección de derechos en forma tal que no se vuelvan a presentar en casos similares los errores que la sentencia identifica, relacionados principalmente con la práctica cuidadosa de las pruebas y la completa investigación de la familia extensa antes de dar paso a la declaratoria de adoptabilidad, tal como está previsto en la ley y en aras de los derechos y garantías constitucionales y legales de todas las personas involucradas.

La pregunta tiende a averiguar si se debe modificar el citado protocolo con miras a establecer que la búsqueda de la familia extensa - hasta el sexto grado de consanguinidad - solo sea necesaria en determinadas “situaciones particulares” que demanden “mayor rigidez” en el proceso de adopción.

Sobre el particular la Sala encuentra que el exhorto que hizo la Corte Constitucional al ICBF fue para exigir el cumplimiento de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, respecto de las medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes⁶, principalmente

⁶ El artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 establece lo siguiente:

“Artículo 53. Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

en cuanto a la declaración de adoptabilidad, pues encontró que el ICBF había cometido varios errores en el caso concreto. Esto significa que el ICBF, si lo encuentra pertinente, podría modificar el protocolo expedido, mas no tanto para dar cumplimiento a la sentencia cuanto para ajustarlo al estricto cumplimiento de la Constitución y la ley.

Bajo esta perspectiva se debe plantear el protocolo como un instructivo dirigido a los funcionarios del ICBF para corregir los errores que la sentencia identifica. De acuerdo con la sentencia el protocolo tiene por objetivo concreto exigir a las Defensorías de Familia mayor rigor en la aplicación del debido proceso y en la práctica de las pruebas, en la realización de una completa investigación sobre el entorno familiar de los niños, las niñas o los adolescentes, en el análisis de si para la mejor protección de sus derechos se puede optar por medidas distintas a la adopción, o en la demostración, con pruebas idóneas, de que la medida que mejor se ajusta al restablecimiento o protección de sus derechos es la adopción.

III. LA SALA RESPONDE

“1) ¿Constituye esta sentencia un precedente Erga Omnes o sólo aplica respecto del caso concreto?”

La Sentencia de tutela T-844 de 2011 de la Corte Constitucional tiene efectos *inter partes*, lo que implica que lo allí resuelto solo se aplica y obliga a quienes participaron en el caso concreto. Sin embargo, como ha señalado en diversas oportunidades la Corte, la doctrina constitucional sobre el contenido y alcance de los derechos constitucionales sentada con ocasión de la revisión de los fallos de tutela “trasciende las situaciones concretas que le sirven de base” y se convierten para todos los operadores jurídicos en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Carta. A esta doctrina obedece el Numeral Octavo de la parte resolutive de la sentencia, en el cual la Corte instó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF para que diseñara un protocolo contentivo de directrices dirigidas a los funcionarios del ICBF a efecto de que en el futuro no incurrieran en los errores que en el caso concreto detectó con ocasión del procedimiento de restablecimiento de derechos y en especial de la declaración de adoptabilidad.

“2) En caso de ser aplicable únicamente respecto del caso concreto, ¿Debe el ICBF ajustar su protocolo de tal manera que la exigencia de buscar a la familia

2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.

3. Ubicación inmediata en medio familiar.

4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.

5. La adopción.

6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

Parágrafo 1º. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.

Parágrafo 2º. En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección de sus derechos”.

extensa de los niños – hasta un sexto grado de consanguinidad – sólo sea necesaria en situaciones particulares que demanden mayor rigidez en el proceso de adopción?”

De la respuesta a la pregunta anterior se desprende que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF debe cerciorarse de que el protocolo expedido en cumplimiento del Numeral Octavo de la parte resolutive de la Sentencia T-844 de 2011 de la Corte Constitucional se ajusta rigurosamente a las obligaciones que le imponen la Constitución y la ley para proteger, restablecer y garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. En particular el llamado de atención que la Corte hace al ICBF en dicha sentencia, y que debe ser atendido en el protocolo, se refiere a que sus funcionarios deben ser especialmente cuidadosos en el adelantamiento del procedimiento administrativo especial de restablecimiento de derechos, particularmente en lo atinente a la práctica de las pruebas, y en la aplicación gradual y razonable de las medidas de protección, la última de las cuales es la declaración de adoptabilidad, con plena garantía de los derechos de los niños y de los terceros interesados en dichas actuaciones.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala