Sentencia T-030/00

MENORES U'WA-Medidas de protección

Es claro que la decisión del Juez Constitucional de primera instancia, confirmada posteriormente por la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, de tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la familia de los menores para los cuales la actora solicitó protección, ordenando al efecto que se continuara con el proceso administrativo de protección, no puede entenderse como una orden impartida a las funcionarias administrativas que debían acatarla y cumplirla, de proceder necesariamente a la declaratoria de abandono y a ordenar el inicio del proceso de adopción, como lo entiende la actora, pues ello implicaría obligarlas a desconocer las disposiciones legales vigentes sobre la materia y en consecuencia a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la C.P., de los menores, de su familia y de su comunidad.

ADOPCION-Oposición de los padres

Si bien no cabe duda sobre la tradición que practicaba la comunidad U´WA respecto de niños nacidos en partos múltiples, y de que la misma, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico es inaceptable, pues el derecho a la vida prima sobre el derecho de las comunidades indígenas a autodeterminarse e imponer sus propios usos y costumbres dentro de los límites de su jurisdicción, como se desprende del mandato superior contenido en el artículo 330 de la Carta, no lo es menos que la comunidad no pretendía darle cumplimiento, razón por la cual, ante el hecho concreto, se introdujo en un proceso de reflexión y consulta, al parecer motivado entre otras muchas cosas por la experiencia que han tenido a partir de su contacto intenso con otras culturas, que la llevó a concluir que puede, sin riesgo, aceptar en su seno a dichos menores, los cuales no son distintos a sus otros niños, exigiendo entonces su retorno y oponiéndose expresamente a la adopción.

JURISDICCION INDIGENA Y MENORES U'WA

La imposibilidad absoluta de que la tradición, que durante siglos practicó la comunidad de los U´WA con los niños nacidos en partos múltiples, se asuma como legítima y se acepte en la medida en que se alegue que constituye un uso o costumbre propio de esa cultura, lo cual, valga reiterarlo, no ocurre en la situación objeto de estudio, pues riñe de plano con el fundamento ético que subyace en el paradigma propio del Estado

social de derecho, esto es con el ordenamiento constitucional y legal vigente, y sobre ella, desde luego, se impondría la protección a la vida y a la integridad de los menores. No obstante, el debate y la definición del mismo, sobre la manera en que la comunidad replantee y recontextualice el contenido de esa noción cultural y sobre el destino de los menores, si le corresponde desarrollarlo a esa jurisdicción, la cual al decidir deberá tener en cuenta que las medidas que adopte no desconozcan o vulneren el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, que es plenamente compatible con el ordenamiento superior y con la ley, la solicitud que elevaron las autoridades tradicionales U´WA ante el Estado, representado en este caso por el I.C.B.F., en el sentido de que mantuviera transitoriamente a los gemelos bajo su cuidado, exactamente por siete meses, tiempo durante el cual ellos realizarían un proceso de reflexión y de consulta interno para tomar una decisión definitiva, decisión que obviamente no podía ser la de proceder conforme lo señalaba la tradición, pero en cambio si podía consistir en encargar el cuidado de los menores a personas o familias que no pertenecieran a la comunidad, manteniendo contacto con ellos, como en efecto ha sucedido, que se autorizara la adopción, o, como se presenta ahora, que exigieran el retorno de los niños a su seno.

MENORES U'WA-Regreso a su comunidad/**MENORES U'WA**-Medidas de protección

Referencia: expediente T-244330

Acción de tutela instaurada por Barbara Escobar de Vargas contra las Autoridades Tradicionales de la comunidad U'WA, Arturo Aguablanca, Marciana Correa, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Dirección Seccional de la Agencia Arauca.

Magistrado Ponente
Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticinco (25) de dos mil (2000)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa, Alvaro Tafur

Galvis y Fabio Moron Diaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, instancias que conocieron la acción de tutela instaurada por Barbara Escobar de Vargas, en su calidad de agente oficiosa de los menores Keila Cristina y Juan Felipe Aguablanca Correa, contra las Autoridades Tradicionales de la comunidad **U´WA**, contra los padres de los menores Arturo Aguablanca y Marciana Correa, y contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Dirección Seccional de la Agencia Arauca.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS

Los hechos constitutivos de la presente acción de tutela pueden resumirse de la siguiente manera:

El 11 de febrero de 1999, en el Hospital de Sarare de Saravena, nacieron los gemelos **KEILA CRISTINA Y JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA**, hijos de **ARTURO AGUABLANCA Y MARCIANA CORREA**, pareja perteneciente a la comunidad indígena de los **U´WA** asentada en el municipio de Aguablanca.

Dos días después, esto es el 13 de febrero de 1999, los menores fueron trasladados del mencionado hospital al Centro de Salud de Cubará, en donde el padre manifestó que deseaba dejarlos allí, pues le era imposible llevarlos al seno de su comunidad, dado que la misma repudiaba los nacimientos múltiples por considerar que éstos la contaminan, siendo la tradición que una vez se presente el parto, los niños sean dejados en el lugar de nacimiento para que "la madre naturaleza se encargue de ellos".

Ante esa situación, y con el objeto de proceder a entregar los menores al **I.C.B.F.,** en el Centro de Salud se le solicitó al padre firmar una autorización fechada el 14 de febrero de 1999[1], en la cual expresa que "...consciente la adopción de sus menores hijos, dado que por razones culturales ellos no pueden quedarse junto con su familia".

---

[1] Ver fotocopia de la autorización al folio 224 del Expediente.

El 16 de febrero de 1999[2], el Centro de Salud de Cubará hizo entrega de los niños al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal de Saravena, entidad que los recibió tal como consta en auto de esa misma fecha[3], a través del cual la Defensora de Familia, dada la situación irregular de los menores, ordenó que se les dieran los nombres de **KEILA CRISTINA y JUAN FELIPE**, y abrió la correspondiente investigación, decretando la práctica de algunas pruebas y diligencias.

El mismo 16 de febrero de 1999, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Saravena, practicó la diligencia de colocación familiar provisional y entregó los menores a la señora **ULMERY JANETH PEÑARANDA NOVOA**, para que ésta les brindara un hogar sustituto especial.[4]

El 18 de febrero de 1999, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Saravena, dirigió una comunicación a la Directora de la Seccional del I.C.B.F. Agencia Arauca, en la que le informa de la presión que sobre el caso estaban ejerciendo los medios de comunicación y le solicita instrucciones. Tal comunicación fue respondida por la Directora Seccional a través de oficio fechado el mismo día, en el cual le manifiesta, que de acuerdo con la comunicación telefónica que había sostenido con la Secretaria General Técnica del I.C.B.F., le informa "...que por ningún motivo estamos autorizados para brindar información a los medios de comunicación, sobre el caso de los menores gemelos indígenas de la comunidad **U´WA**, y que se prohibe la toma de videos y fotografías", así mismo, que el manejo de la situación la asumiría directamente la Dirección General de Instituto, para lo cual el doctor Juan Manuel Urrutia Valenzuela haría el pronunciamiento respectivo.

El 23 de febrero de 1999, atendiendo la citación que para el efecto hiciera la Defensora de Familia del Centro Zonal de Saravena en desarrollo de la correspondiente investigación, se reunió el Comité de Ubicación, para analizar y decidir sobre la conveniencia de continuar o modificar la medida de protección provisional adoptada por la citada funcionaria, consistente en la ubicación de los menores en un hogar sustituto especial; dicho comité recomendó que se mantuviera la medida, "...dado que los menores necesitan un hogar sustituto que les brinde todos los cuidados necesarios para su desarrollo integral, pues éstos han sido dejados por sus progenitores

---

[2] Ver copia del correspondiente oficio al folio 189 del Expediente.
[3] Copia del auto de apertura de investigación reposa al folio 188 del Expediente.
[4] Copia del acta correspondiente reposa al folio 187 del Expediente.

en la Unidad Especial de Salud de Cubará (Boyacá), sin que hasta el momento se hayan preocupado por ellos..."[5]

Con fecha 25 de febrero de 1999[6], la Defensora de Familia del Centro Zonal de Saravena, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21 del Código del Menor, le solicitó al asesor jurídico de la Asociación de Autoridades Tradicionales **U´WA**, el correspondiente concepto sobre la situación de los menores.

Previa citación de la Defensora de Familia de Saravena, el 3 de marzo de 1999[7] el padre de los menores rindió declaración dentro del proceso de protección que había iniciado la mencionada funcionaria; en la misma éste manifestó que las autoridades de la comunidad **U´WA**, a la cual pertenece, no le permitían llevar a sus hijos, dado que los mismos, por ser gemelos, la contaminarían y que por eso motivo consideraba que los mejor era dejarlos, al menos transitoriamente, al cuidado de Bienestar Familiar, decisión con la que estaba de acuerdo su esposa. Igualmente solicitó que se les permitiera ver a los niños.

Atendiendo instrucciones de la Dirección General de I.C.B.F., la Defensora de Familia del Centro Zonal de Saravena, ese mismo día, 3 de marzo de 1999, ordenó el inmediato traslado de los menores a la ciudad de Santa Fe de Bogotá, argumentando que los mismos habían sido objeto de persecución y hostigamiento por parte de los medios de comunicación y de la comunidad de la región, lo cual incidía negativamente en su estabilidad emocional y en la tranquilidad que requerían la madre sustituta y su familia para brindarles los cuidados psicoafectivos que ellos necesitaban.[8]

En la capital de la República la Dirección General del I.C.B.F. comisionó a la Defensora de Familia del Centro Zonal de Barrios Unidos de la Regional de Santa Fe de Bogotá, doctora **ANA BEATRIZ ARGUELLES RAMIREZ**, para que se encargara de las diligencias de protección en favor de los menores y del seguimiento del caso; dicha funcionaria, al igual que la Defensora del Centro Zonal de Saravena, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21 del Código del Menor, solicitó concepto a la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y a la Defensoría del Pueblo, sobre la comunidad de los **U´WA** y sobre la posibilidad de iniciar los trámites de adopción de los menores.

---

[5] Ver copia del Acta No. 0048 de 23 de febrero de 1999, al folio 171 del Expediente.
[6] Ver copia del oficio al folio 169 del Expediente.
[7] Copia de la declaración reposa al folio 164 del Expediente.
[8] Copia del respectivo auto reposa al folio 160 del Expediente.

La Dirección General de Asuntos Indígenas, con fecha 5 de mayo de 1999, emitió el concepto No. 1513[9], en el cual, previo un breve análisis sobre las características culturales y las condiciones sociales del pueblo de los U´WA, reitera que dicha comunidad considera que los niños nacidos con graves defectos físicos o en partos múltiples, no son hijos del dios Sira (creador del mundo **U´WA**), y por lo tanto son de una raza diferente que los hace improductivos y portadores de enfermedades, por lo que su presencia los "contamina", motivo por el cual la tradición ordena que éstos se dejen en el lugar de nacimiento para que la naturaleza se encargue de recogerlos.

En el mismo documento advierte la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, que no le es posible emitir concepto de fondo sobre la situación de los menores, como lo ordena la ley, dado que la comunidad **U´WA**, representada por el Presidente del Cabildo Mayor y su asesor jurídico, le comunicó a dicha dependencia, que con base en las normas de la Constitución, del Código del Menor y de los tratados internacionales suscritos por Colombia, ellos habían tomado la decisión de que transitoriamente (al menos por siete meses), los gemelos permanecieran bajo el cuidado del I.C.B.F., tiempo durante el cual adelantarían las consultas pertinentes al interior de la comunidad, con base en las cuales adoptarían una decisión definitiva.

Concluye el Director de Asuntos Indígenas, señalando que el concepto que emita debe estar muy bien sustentado, pues debe garantizársele a los niños que de darse el proceso de adopción, éste no implique el desarraigo de su comunidad de origen ni de su cultura; anota, que la cultura **U´WA** tiene autoridades propias, sistemas de control social y mecanismos para la resolución de sus propios conflictos, que les permiten decidir sobre las situaciones que afecten a los miembros de su comunidad, las cuales deben ser tenidas en cuenta, de conformidad con lo ordenado por la Constitución y la ley.

En cuanto al concepto emitido por la Defensoría del Pueblo, éste se produjo el 30 de abril de 1999, en él la Defensora Delegada para Asuntos Indígenas y Minorías Etnicas manifestó, coincidiendo con lo expresado por la Dirección Nacional de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, que coadyuvaba la solicitud elevada por las autoridades tradicionales del pueblo **U´WA** al **I.C.B.F.**, en el sentido de que se abstuvieran de entregar en adopción a los menores, hasta tanto esa comunidad no tomara una

[9] Ver concepto, folio 100 a 102 del Expediente.

determinación definitiva y concluyera el proceso de ayuno y purificación que sus tradiciones ordenaban a los padres de los gemelos; anota igualmente, que no se puede desconocer que las tradiciones culturales y los sistemas normativos de ese pueblo difieren substancialmente del sistema de valores y de las normas que rigen otras culturas.

Con base en esos pronunciamientos, a través de los cuales tanto la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior como la Defensoría del Pueblo, se abstuvieron de emitir el concepto de fondo que para esos casos ordena el artículo 21 del Código del Menor, manifestando que debía esperarse al resultado de la consulta interna que iba a adelantar la comunidad indígena, la Defensora de Familia encargada del asunto en Bogotá, concluyó, según lo expresa en el informe que remitió al a-quo en el proceso de tutela de la referencia [10], que no obstante que no existía evidencia que permitiera pensar que la comunidad estuviera siquiera considerando la posibilidad de que los menores retornaran a su seno, y que en su criterio el plazo de siete meses que la misma solicitaba que los menores estuvieran al cuidado de Bienestar Familiar era demasiado largo, ya que implicaba negarles a los niños el derecho a tener una familia que les brindara el afecto y los cuidados que su condición exigía, situación que los hacia propensos a enfermedades, ella también se había abstenido de iniciar los trámites tendientes a la declaratoria de abandono, encaminando en cambio sus esfuerzos, a dictar medidas que les brindaran protección y contribuyeran a su desarrollo normal, de manera tal que pudieran superar la falta de afecto y el abandono a que fueron sometidos por las costumbres que los rodearon al nacer.

Una de esas medidas, fue remitir los menores bajo medida de protección a la Casa de la Madre y el Niño, institución autorizada por el I.C.B.F. para desarrollar programas de adopción,[11]. Dicha remisión se efectúo el 4 de marzo de 1999, según consta en el oficio cuya copia reposa al folio 149 del expediente[12].

---

[10] Ver copia del informe al folio 77 del Expediente.

[11] Certificación expedida por la Subdirección de Protección del I.C.B.F. el 17 de marzo de 1999, ver folio 21 del Expediente

[12] Sobre la actuación de la Defensora de Familia encargada del asunto en Bogotá, la Subdirectora de Protección del I.C.B.F. sede Nacional, al rendir declaratoria ante el despacho del Magistrado Sustanciador en el proceso de revisión de la referencia manifestó que la misma estaba siendo objeto de investigación disciplinaria, pues ella debió proceder a mantener la decisión de la Defensora de Saravena, en el sentido de ubicar a los menores en un hogar sustituto especial, sin que se conozcan las razones que la motivaron a remitirlos a una casa de adopción. Ver declaración a los folios 1 a 4 del Cuaderno No. 4 del Expediente.

El 5 de mayo de 1999, la directora de la Casa de la Madre y el Niño, señora Barbara Escobar de Vargas, le remitió al Director General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, una comunicación[13] en la que le manifiesta que en su calidad de encargada de la protección de los menores, tenía "...particular interés en conocer la verdadera situación en que se encuentran estos menores frente a la comunidad **U´WA** a la cual pertenecen, porque sería lo más conveniente para ellos se les pudiera definir muy pronto su situación para lo cual me interesaría mucho tener la oportunidad de conversar con los padres ... y si es posible con los representantes de la comunidad."

Sus inquietudes las transmitió a la comunidad **U´WA** a través de comunicación fechada el 31 de mayo de 1999, dirigida al Presidente del Cabildo Mayor de la misma, señor Roberto Peréz Gutiérrez, quien inicialmente las respondió el 19 de mayo de 1999, de la siguiente manera:

> **"Frente a su inquietud de definir la situación jurídica de los menores indígenas KEILA CRISTINA Y JUAN FELIPE AGUABLANCA, por medio del presente escrito me permito manifestarle lo siguiente:**
>
> **"1. En diálogo con la comunidad indígena de Aguablanca, las autoridades tradicionales y los padres de los menores, acordaron no permitir proceso de adopción.**
>
> **"2. Informo que mediante oficio de fecha 04 de marzo, el Asesor Jurídico de la Asociación previa reunión con los interesados, solicitó a Bienestar Familiar Saravena mantener transitoriamente a los menores por el término de siete meses, tiempo suficiente para adelantar proceso de consulta con la comunidad en general y tomar decisión definitiva.**
>
> **"3. Así mismo, solicitó que los menores regresen a Bienestar Familiar Saravena, ya que el traslado de estos menores a la ciudad de Santa Fe de Bogotá fue una acción inconsulta."[14]**

Posteriormente, en junio de 1999, el Presidente del Cabildo Mayor le envía a la Directora de la Casa de la Madre y el Niño una nueva comunicación,[15]

---

[13] Ver copia de la comunicación al folio 112 del Expediente.
[14] Ver copia de dicha comunicación al folio 93 del Expediente.
[15] Ver folio 37 del Expediente.

en la que le manifiesta, en respuesta a los interrogantes por ella planteados, lo siguiente:

> **“ 1. Los menores deben regresar a Bienestar familiar de Saravena, porque fue una solicitud especial de los padres de los menores, de la comunidad indígena de Aguablanca y el Cabildo Mayor U´WA. Conforme a la Constitución Nacional en especial el artículo 7 y cc; la Ley 21 de 1991 y la Ley 89 de 1990, toda decisión legislativa o administrativa de las entidades públicas en que se ventilen casos de comuneros indígenas deben ser concertadas, acto administrativo que se omitió en este caso.**
>
> **“ 2. La comunidad puede decidir que los mismos sean entregados a los padres biológicos y éstos autónomamente tomar la decisión de darlos en custodia y cuidados personales a una familia en particular.**
>
> **“ 3. Una de las alternativas es buscarle una familia que les pueda garantizar el desarrollo normal a que tiene derecho toda persona en sus diferentes etapas. Así mismo, será responsabilidad de la Asociación U'WA, darle seguimiento a los acuerdos que previamente se adopten con la familia que decida tenerlos en custodia.”**

Ante esa situación, la directora y representante legal de la Casa de la Madre y el Niño, decidió, en su calidad de agente oficiosa de los menores, interponer acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, la cual radicó el 8 de junio de 1999. A través de dicha acción la actora solicitó protección inmediata para los derechos fundamentales a la vida, a la salud y para el derecho a tener una familia de los menores indígenas que bajo medida de protección le habían sido encomendados, a los cuales la Constitución Política, de conformidad con lo establecido en su artículo 44, les da el carácter de prevalentes.

La demandante le solicitó al Juez constitucional de primera instancia, que impidiera el regreso de los menores a la comunidad **U´WA**, pues el mismo, según ella, implicaría exponerlos a graves amenazas contra su vida, a torturas y a tratos crueles e inhumanos o degradantes. Así mismo, que se ordenara a Bienestar Familiar declarar el abandono de los menores, con el fin de iniciar el proceso de adopción, y como medida provisional, que se negara la petición de traslado a Saravena, dado el delicado estado de salud de los menores, para lo cual adjuntó varias certificaciones médicas que se refieren a su estado de salud .

2. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

- **La Decisión Judicial de Primera Instancia**

Mediante sentencia del 23 de junio de 1999, la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, decidió tutelar los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a tener una familia, de los menores **KEILA CRISTINA Y JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA**, para quienes la accionante había solicitado protección en su calidad de agente oficiosa, directora y representante legal de la Casa de la Madre y el Niño, institución a la cual los remitió la Defensora de Familia de Barrios Unidos de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, bajo medida de protección.

La Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Cucutá resolvió tutelar los derechos de los gemelos, ordenándole al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de la dependencia competente, continuar con la definición de la situación legal de los menores, "...mediante el trámite o proceso administrativo de protección correspondiente". Así mismo, que ante un eventual traslado de los menores éste no se efectuara sin la anuencia de los peritos médicos que los atendían.

Los argumentos que sirvieron de base a la decisión del a-quo son los que se resumen a continuación:

La acción de tutela, anota el juez constitucional de primera instancia, "...fue concebida por el Constituyente para dar solución inmediata y suficiente a todas aquellas situaciones de hecho, creadas por actos u omisiones que conllevan en si mismos la transgresión o la amenaza de un derecho constitucional fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo judicial que pueda ser legalmente invocado ante los jueces para lograr su protección".

De otra parte, la misma Carta Política, a través de lo dispuesto en sus artículos 7 y 8, protege de manera especial los valores culturales y sociales encarnados en las distintas comunidades indígenas y para ello impone como imperativos valores como el de la tolerancia y el respeto a la diferencia, cuyo desarrollo efectivo permite la coexistencia pacífica de las distintas formas de ver el mundo, no obstante éstas sean antagónicas o incompatibles entre sí. Ese, dice el juez constitucional de primera instancia, es el caso de los gemelos U´WA, en el cual el Estado tiene la obligación de

"...hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de todos los asociados".

Ello indicaría, manifiesta el a-quo, que la solución al conflicto fuera el planteamiento de un diálogo intercultural, el cual, sin embargo, en el caso específico no es posible intentar, por cuanto "...no se dan los estandartes mínimos de tolerancia que hagan posible un arreglo conveniente para los menores, la cultura **U´WA** y el Estado en general, ya que priman diferentes sistemas de valores..."

Por eso, señala el a-quo, lo que le corresponde en este caso específico al Juez constitucional, es establecer, previo un ejercicio de ponderación entre todos los principios y derechos constitucionales que en sí gozan de igual jerarquía, si prima el derecho a la vida de los gemelos o la cultura y creencias de los **U´WAS**.

Manifiesta el a-quo, que el artículo 246 de la C.P. establece que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando ellas no sean contrarias a la Constitución y la ley. Teniendo como base ese presupuesto, se remite a la jurisprudencia que sobre el tema ha producido la Corte Constitucional, para sostener, que teniendo en cuenta que los padres de los gemelos Aguablanca no pudieron asumir su cuidado personal, crianza y educación, por los arraigados principios religiosos y culturales de la comunidad a la que pertenecen, los cuales hacen que dichos niños sean considerados una "maldición", y que por eso ellos decidieron abandonarlos en el puesto de salud de Cubará, procederá, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, a través del cual se le da prevalencia a los derechos de los niños, a proteger el derecho a la salud y por conexidad a la vida de los menores y su derecho a tener una familia, que se traduce en el derecho a tener un hogar estable y permanente, el cual, dadas las características del caso "...sólo puede lograrse por fuera del territorio y de las costumbres de su pueblo indígena".

Ese hogar, anota el juez constitucional de primera instancia, en el caso específico de los gemelos **U´WA**, "...se obtiene única y exclusivamente con las herramientas legales con las que cuenta el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y según lo derroteros señalados por el Código del Menor, el cual garantiza la intervención de todos los interesados", herramientas que debe utilizar de manera inmediata, pues "... la decisión de las autoridades **U´WA**, de solicitar la suspensión del proceso administrativo de protección de los menores por el término de siete meses,

no encuentra razón ni explicación lógica alguna, puesto que es aventurado creer que la comunidad pueda modificar en dicho lapso, un concepto cultural tradicional y arraigado entre ellos".

- **La Impugnación**

Mediante escrito fechado el 25 de junio de 1999[16], el Presidente del Cabildo Mayor **U´WA**, Roberto Peréz Gutiérrez, impugnó la decisión adoptada por el a-quo en el proceso de tutela de la referencia. Al efecto presentó los argumentos que se resumen a continuación:

Manifiesta el impugnante, que si bien en principio su tradición les indicaba que este tipo de nacimientos múltiples era contrario a las leyes de naturaleza, en la actualidad y específicamente frente al caso de los gemelos Aguablanca, sus padres, las autoridades tradicionales de la comunidad y ésta en general, en ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos, reconocido expresamente por nuestra Constitución y nuestras leyes, decidieron "...analizar profundamente el hecho a fin de no violar los preceptos normativos vigentes, razón que obligó a esta asociación [a] solicitar al **I.C.B.F.** Saravena tener en protección a los menores por el término de siete meses...sin que a la fecha se tenga respuesta alguna."

Que a través de posteriores escritos, uno fechado el 19 de mayo y otro el 31 (sic) de junio de 1999, las autoridades tradicionales de la comunidad **U´WA** informaron al **I.C.B.F.** y al mismo despacho del a-quo, del desarrollo de la situación, propendiendo "...por proteger los derechos de los menores, de los padres y ...el derecho a la integridad familiar, el cual es fundamento de la sociedad colombiana."

Las decisiones de las autoridades tradicionales, de los Cabildos indígenas y de los entes que conforme a las leyes son los representantes legales de los pueblos indígenas, señala el impugnante, "...deben tenerse en cuenta al momento de tomar decisiones administrativas y/o judiciales."

En virtud de lo expuesto y en su calidad de Presidente del Cabildo Mayor de la Asociación **U´WA**, dice el impugnante, solicita que se acoja la petición "...presentada mediante escrito de fecha 04 de marzo de 1999 (término transitorio de siete (7) meses para que las autoridades tradicionales, los padres de los menores, la comunidad de Aguablanca y este despacho en ejercicio de autoridad legítimamente constituida decida),

[16] Copia del texto de la impugnación reposa al folio 335 del Expediente.

en este sentido impugno la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Cúcuta, en la acción de tutela de la referencia."

- **La Decisión de Segunda Instancia**

La Sala de Casación Civil y Agraria de la H. Corte Suprema de Justicia, conoció de la impugnación presentada contra el fallo del a-quo en el proceso de tutela de la referencia, y decidió, a través de sentencia fechada el 3 de agosto de 1999, confirmar la decisión apelada, teniendo como base los siguientes argumentos:

Señala el ad-quem, "...que uno de los fundamentos de la organización jurídico-constitucional, es el de la disposición de las funciones públicas que le son propias, para asegurar a los asociados el respeto a sus derechos y libertades sociales."

Esa característica, agrega, se garantiza desde el mismo Preámbulo de la Constitución, en el que se señala que la misma se decreta y promulga, entre otros fines para asegurar la vida de los integrantes de la Nación, igual responsabilidad, en cabeza del Estado, se consagra en el artículo 2 de la Carta Política.

Los derechos fundamentales componen, dice el juez Constitucional de segunda instancia, "...el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares, a tanto que para protegerlos se haya establecido por el Constituyente de 1991, un mecanismo judicial extraordinario conocido como acción de tutela, a la cual puede acudir, según el tenor del artículo 86 de la norma superior, toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, cuando quiera que dichas prerrogativas resulten vulneradas o amenazadas por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares encargados de la prestación de un servicio público..."

Tales derechos, señala el ad-quem, cuando se trata de niños son además prevalentes, según lo dispone el artículo 44 de la Constitución, siendo responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia garantizarlos. Esa norma se ratifica en el principio general consagrado en el artículo 20 del Código del Menor, denominado "interés superior del menor", que obliga a las persona y entidades públicas y privadas, que desarrollen programas relacionados con menores "...a tomar en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor", norma que como las demás del citado código, son de orden público y por lo tanto irrenunciables y de aplicación preferente frente a otras leyes.

Considera la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, que si bien la Carta Magna reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley, en el evento de que tal derecho se contraponga a la realización de los derechos constitucionales fundamentales, especialmente al derecho a la vida de menores de edad, "...fácil resulta colegir que tienen preeminencia los fundamentales, en especial los de los niños..."

Es por eso, anota el ad-quem, que habiéndose dado el supuesto fáctico contemplado en el artículo 31-3 del Código del Menor, esto es el abandono de los niños por parte de los padres, no obstante las especiales circunstancias que dieron origen a esa decisión, corresponde al I.C.B.F., por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentren los menores, "...abrir inmediatamente la investigación correspondiente y, si fuere el caso, declarar la situación de abandono..."

En esa perspectiva, anota el juez de tutela de segunda instancia, no se puede acceder a la solicitud de las autoridades tradicionales de la comunidad U´WA referida a que se les conceda un plazo de siete meses (7) mientras la misma toma una decisión definitiva, mucho menos si se tiene en cuenta el dictamen de los psicólogos especialistas, que señalan que tal plazo repercutirá negativamente en el desarrollo psico-afectivo de los menores.

- **El cumplimiento de los fallos de tutela**

En cumplimiento del fallo de tutela del Juez Constitucional de primera instancia, posteriormente confirmado por la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, la Defensora de Familia de Saravena continuo con el proceso administrativo de protección y en desarrollo del mismo expidió la Resolución No. 161 de 30 de junio de 1999, mediante la cual declaró en situación de abandono a los gemelos Aguablanca Correa y ordenó que se iniciaran los trámites de adopción. Dicha decisión fue impugnada por los padres de los menores en el momento de la notificación y posteriormente por el Asesor Jurídico de la Comunidad U´WA, del recurso le correspondió conocer a la Directora Seccional de la Agencia Arauca de I.C.B.F., quien a través de la Resolución No. 01 de 20 de septiembre de 1999, revocó la decisión de la Defensora de Familia de Saravena, y en su lugar ordenó que los menores retornaran al seno de su familia y de su comunidad.

3. PRUEBAS

Para mejor proveer, la Sala de Revisión decretó la práctica de varias pruebas, cuyo análisis y valoración servirán para sustentar la decisión que se derive del estudio del acervo probatorio que reposa en el expediente.

En efecto, la Sala a través de Auto de fecha 5 de noviembre de 1999, ordenó lo siguiente:

- Comisionar a la Defensora de Familia del Centro Zonal de Saravena del I.C.B.F., para que tomara declaración al señor **ARTURO AGUABLANCA** y a la Señora **MARCIANA CORREA**, padres de los menores.

- Delegar al Despacho del Magistrado Sustanciador, para que tomara declaraciones a la accionante, señora **BARBARA ESCOBAR DE VARGAS**, al Presidente de la Asociación de Autoridades Tradicionales U´WA, señor **ROBERTO PEREZ GUTIERREZ**, y a la antropóloga que a solicitud del **I.C.B.F.** emitió concepto técnico sobre el caso, doctora **ESTHER SANCHEZ**.

- Solicitar al director General del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, doctor **JUAN MANUEL URRUTIA**, la documentación relativa al caso.

Posteriormente, a través de Auto de fecha 16 de noviembre de 1999, la Sala de Revisión, teniendo en cuenta los informes médicos que reposan en el expediente sobre la salud de los menores y las certificaciones remitidas por la accionante en el mismo sentido al Despacho del Magistrado Sustanciador, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, suspendió, hasta tanto esta Corporación falle de fondo en el proceso de revisión de la tutela de la referencia, los efectos de la Resolución No. 001 de 20 de septiembre de 1999, a través de la cual la Directora Seccional de la Agencia Arauca de Bienestar Familiar revocó la Resolución No. 161 de 30 de junio de 1999, expedida por la Defensora de Familia de Saravena, en la que ésta declaraba en situación de abandono a los gemelos U´WA para los cuales se solicita protección, y ordenó el retorno de dichos menores al seno de su familia y su comunidad.

A través de Auto de fecha 17 de noviembre de 1999, la Sala de Revisión delegó al Despacho del Magistrado Sustanciador, para tomar declaración al Asesor Jurídico de la Asociación de Autoridades Tradicionales **U´WA**, doctor **EBARISTO TEGRIA** y a la Subdirectora Nacional de Protección del I.C.B.F. doctora **LINA GUTIERREZ DE POMBO**. Así mismo

solicitó concepto técnico sobre el caso a los siguientes funcionarios e instituciones:

- Al director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

- A la directora del Instituto Colombiano de Antropología

- Al director del Departamento de Antropología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de los Andes

- Al director del Departamento de Psicología de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1) Competencia

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, es competente para revisar los fallos producidos en el proceso de tutela de la referencia, según lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2) La Materia

En esta oportunidad le corresponde a la Sala revisar los fallos de primera y segunda instancia, producidos dentro del proceso de tutela de la referencia, a través de los cuales los jueces constitucionales, coincidiendo en los fundamentos que sirvieron de sustento a sus respectivas decisiones, consideraron, que dados los supuestos de hecho antes referidos, era procedente, en el caso de los gemelos **U´WA**, tutelar sus derechos a la vida, a la salud y a tener una familia, ordenándole al efecto al **I.C.B.F.**, **"...continuar con el proceso administrativo de protección que ordena la ley", "...y si fuere el caso declarar la situación de abandono".**

Ahora bien, esa orden de los jueces constitucionales de primera y segunda instancia, dio origen, por parte de las funcionarias del I.C.B.F. encargadas del asunto, a dos decisiones no sólo distintas sino contradictorias, tanto que la primera, adoptada por la Defensora de Familia de Saravena, a través de la Resolución No. 161 de 30 de junio de 1999, mediante la cual declaraba la situación de abandono de los menores y ordenaba iniciar el proceso de adopción de los mismos, fue revocada por su superior jerárquica, la

Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F., al resolver el recurso de apelación que contra la misma habían interpuesto las autoridades tradicionales U´WA, y los padres de los menores accionados en el proceso de tutela; decidió entonces dicha funcionaria, a través de la Resolución No. 001 de 20 de septiembre de 1999, revocar la decisión adoptada por la Defensora de Familia, y en su lugar ordenar el retorno de los menores al seno de su comunidad y su familia.

Así las cosas, y teniendo como principal fundamento el contenido en el artículo 44 de la Constitución Política, que con carácter prevalente y especial consagra los derechos fundamentales de los niños, es claro que lo que debe determinar la Sala en el proceso de revisión que adelanta es lo siguiente:

Primero, si el fallo del Juez Constitucional de primera instancia, confirmado por la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, a través del cual tuteló los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a tener una familia de los menores para los cuales la actora solicitó protección, ordenándole al efecto al **I.C.B.F., continuar con la definición de la situación legal referente a los menores KEILA CRISTINA Y JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA**, **"...mediante el trámite o proceso administrativo de protección correspondiente"**, es armónico con las disposiciones del ordenamiento superior, y si él mismo dio vía de manera efectiva, al propósito fundamental de la acción de tutela, que no es otro que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales de las personas, en este caso de los menores para los cuales la demandante solicitó amparo.

En segundo lugar, si esa decisión de los jueces de tutela implicaba, necesariamente, tal como lo interpretó la Defensora de Familia de Saravena y lo solicitaba la actora, que dicha funcionaria procediera de manera inmediata a declarar la situación de abandono de los menores y a ordenar la iniciación del proceso de adopción, o si por el contrario, dicha orden se traducía en un llamado categórico al funcionario administrativo responsable, para que, previa revisión del caso específico, ordenara la aplicación de cualquiera de las medidas de protección que contempla el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, incluida, si ese era del caso y se cumplían los presupuestos de ley, la de la declaratoria de abandono y posterior adopción.

Es decir, que la Sala debe revisar las medidas adoptadas por las funcionarias competentes del I.C.B.F. y definir cuál de ellas correspondía a la decisión de los jueces constitucionales y cumplía con el cometido de

garantizar y proteger los derechos fundamentales de los menores involucrados, pues, como se anotó antes, las mismas fueron contradictorias, dado que mientras la Defensora de Menores de Saravena procedió de manera inmediata a la declaratoria de abandono de los menores [17], ordenando que se iniciaran los trámites de adopción, su superior jerárquica, la Directora Seccional de la Agencia Arauca, desatando el recurso de apelación interpuesto por el Presidente del Cabildo Mayor de la Asociación de Autoridades Tradicionales de la Comunidad U´WA, a nombre de los padres y de la misma comunidad, revocó esa decisión y ordenó el inmediato reintegro de los niños al seno de su familia y de su comunidad.[18]

En tercer lugar, le corresponde a la Sala de Revisión establecer, si dado que los menores a los que se brindó protección vía tutela provienen de una comunidad indígena, los U´WA de Aguablanca, la decisión de los jueces de instancia y el cumplimiento de la misma por parte de los funcionarios responsables del proceso administrativo, desconoció o vulneró los preceptos constitucionales consagrados en el artículo 7 de la C.P., que reconoce y protege la diversidad étnica de la Nación; en el artículo 40 de la misma que garantiza el derecho de participación social y comunitaria; en el artículo 246 de la Carta que señala que los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República; y en el artículo 330 superior, que consagra el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Así las cosas, lo primero que determinará la Sala es el contenido y alcance de la decisión de los jueces constitucionales de primera y segunda instancia, esto es, qué fue lo que éstos le ordenaron al I.C.B.F. al señalarle a los funcionarios administrativos responsables del caso, que debían **continuar con la definición de la situación legal de los menores KEILA CRISTINA y JUAN FELIPE AGUA BLANCA CORREA**, **"...mediante el trámite o proceso administrativo de protección correspondiente**", pues según la actora la decisión de la Directora Regional de la Agencia Arauca del I.C.B.F., de revocar lo dispuesto por la Defensora de Familia de Saravena al acatar el fallo de tutela, que había procedido a declarar la situación de abandono de los menores y a ordenar la iniciación del trámite de adopción, no sólo pone en serio y grave peligro la integridad y la vida de

---

[17] Resolución No. 161 de 30 de junio de 1999, folio 84 Cuaderno No. 2 del Expediente

[18] Resolución No. 001 de 20 de septiembre de 1999, folio 174 Cuaderno No. 2 del Expediente

dichos menores, sino que se traduce en un claro desacato de la decisión de los jueces constitucionales.

3) El proceso administrativo de protección de menores en el ordenamiento jurídico colombiano. En qué consiste, a quién le corresponde adelantarlo y cuáles son sus modalidades.

La decisión del Juez constitucional de primera instancia, posteriormente confirmada por la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, que conoció el proceso de tutela de la referencia en segunda instancia, en el caso concreto que se revisa, fue tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a tener una familia, de los menores indígenas para los cuales la actora solicitó protección. Al efecto le ordenó al I.C.B.F., "...continuar con la definición de la situación legal [de los menores] **mediante el trámite o proceso administrativo de protección correspondiente.**"

Cuál es el alcance de esa determinación a la luz del ordenamiento jurídico vigente?, es decir, de conformidad con las normas constitucionales y legales que rigen la materia en qué consiste el **"...proceso administrativo de protección..."** ?. Acaso la orden impartida por el Juez constitucional de primera instancia debía interpretarse como el llamado perentorio a la Defensora de Familia, para que ésta procediera de manera inmediata a declarar el abandono de los gemelos y ordenar la iniciación de los trámites de adopción?. O por el contrario, su orden implicaba que de manera inmediata la funcionaria administrativa responsable, teniendo en cuenta los supuestos de hecho específicos, la normatividad jurídica vigente, el acervo probatorio y su propio criterio, procediera a aplicar aquélla medida de protección que considerara más conveniente y eficaz para la realización de los superiores intereses de los menores para los que se había solicitado amparo?

Lo primero que hay que señalar, es que cuando el fallo del juez constitucional, contenido en la respectiva providencia, presenta contradicciones entre la parte motiva y la resolutiva, la autoridad pública encargada de darle cumplimiento deberá acoger lo dispuesto en la segunda, que es la que contiene en sentido estricto la decisión. La anterior aclaración viene al caso, dado que en el proceso objeto de revisión, específicamente en la sentencia de primera instancia, la orden impartida por el a-quo, como se había señalado antes, fue la de continuar **"con la definición de la situación legal mediante el trámite o proceso administrativo de protección correspondiente",** no obstante la misma estuvo precedida, en la parte motiva, por una serie de argumentos y razonamientos que bien

pudieron orientar a la funcionaria administrativa que debía acatar a la decisión, en el sentido de que necesariamente debía proceder a la declaratoria de abandono y ordenar el inició de los trámites de adopción. En efecto, se lee por ejemplo en la parte motiva de dicha sentencia lo siguiente:

> **"...debe afirmarse categóricamente que el derecho de éstos niños a tener una familia sólo puede lograrse por fuera del territorio y de las costumbres de su pueblo indígena; y esta privilegiada condición se obtiene única y exclusivamente con las herramientas legales con las que cuenta el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y según los derroteros señalados por el Código del Menor..."**[19]

Por lo anterior, para el estudio que le corresponde adelantar a la Sala de Revisión, ésta entenderá que la decisión del Juez Constitucional de primera instancia , confirmada por el ad-quem, es la que se encuentra consignada en la parte resolutiva de la misma, esto es, continuar **"con la definición de la situación legal mediante el trámite o proceso administrativo de protección correspondiente**", pues asumir que la orden era proceder a la declaratoria de abandono y al inicio de los trámites de adopción, no sólo no correspondería a lo dispuesto en la parte resolutiva, sino que implicaría desconocer la legislación vigente sobre procesos de protección de menores, consignada en las respectivas normas.

Así las cosas, para responder los interrogantes propuestos al inicio de este numeral, es necesario establecer en qué consiste el proceso administrativo de protección que consagra el Código del Menor.

Mientras rigió la Ley 98 de 1920 y hasta 1964, año en que se expidió el decreto 1818, por el cual se creó el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia y se reorganizó la entonces denominada División de Menores del Ministerio de Justicia, las situaciones de abandono de menores o peligro físico o moral de los mismos, le correspondió conocerlas y definirlas al Juez de Menores. Sin embargo, a partir de la vigencia de ésta última norma, tales situaciones fueron sustraídas de la órbita de lo judicial y se encomendaron a las correspondientes autoridades administrativas.

El Código del Menor actualmente vigente, Decreto 2737 de 1989, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias

---

[19] Página 25 Sentencia del a-quo, cuyo texto reposa en los folios 293 a 321 del Cuaderno No. 1 del Expediente.

concedidas a través de la Ley 56 de 1988, mantuvo el régimen administrativo para el tratamiento y definición de las situaciones de abandono y de peligro en las que puedan estar incursos los menores. Así, los artículos 29 y 36 de dicho estatuto establecen lo siguiente:

> "**Artículo 29. El menor que se encuentre en alguna de las situaciones irregulares definidas en este título, estará sujeto a las medidas de protección tanto preventivas como especiales, consagradas en el presente Código.**
>
> **"Artículo 36º. Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentra el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida. Para este propósito, actuará de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de una de tales situaciones."**

En concordancia con lo dispuesto en dichas normas, dispone el mencionado Estatuto en su artículo 57, que una vez el Defensor de Familia establezca y declare la situación de abandono o peligro en que se encuentre un menor, éste podrá ordenar "...una o varias de las siguientes medidas de protección":

> **1. La prevención o amonestación a los padres o las personas de quienes dependa.**
>
> **2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.**
>
> **3. La colocación familiar**
>
> **4. La atención integral en un centro de protección especial.**
>
> **5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.**
>
> **6. Cualesquiera otra cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral."**

Ahora bien, distinguió el legislador extraordinario entre la situación de abandono y la situación de peligro físico o moral, siendo la primera

requisito esencial para proceder a ordenar el trámite de adopción, (artículo 92 Código del Menor), entre otras cosas, dado que sólo así se da cabida a la realización plena de preceptos constitucionales tales como los consagrados en el artículo 5 y 42, protección y amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y en el artículo 44, que además de consagrar la prevalencia de los derechos de los niños, establece como uno de ellos el derecho que éstos tienen a tener una familia y a no ser separados de ella.

Cuando la situación de abandono o de peligro es declarada por el Defensor de Familia o por el Director Regional de la Seccional de I.C.B.F. a la que le corresponde conocer del caso, ésta como tal tiene el valor de una simple instancia administrativa, cuyos efectos jurídicos pueden ser confirmados o anulados por el Juez de Familia, mediante la homologación o el control jurisdiccional, según lo disponen los artículos 56 y 64 del Código del Menor.

La declaratoria de abandono es entonces una de las medidas de protección que puede adoptar el Defensor de Familia, la más drástica, teniendo en cuenta, según se desprende del texto del artículo 31 del Código del Menor, que ésta sólo se produce cuando el menor carece, definitivamente, de personas que por ley deben satisfacer sus necesidades básicas. Así las cosas, como lo ha señalado la doctrina especializada, la situación o estado de abandono de un menor **"debe ser siempre presente"**, lo que implica que el Defensor de Familia, en un caso específico y no obstante que al iniciar la correspondiente investigación administrativa haya verificado los presupuestos de hecho que configuran esa situación, no puede, por sustracción de materia, hacer tal declaratoria, si al momento de proferir el correspondiente acto administrativo conoce de la disposición de los padres o personas legalmente obligadas a velar por el menor, de reivindicar ese derecho y cumplir con esa obligación. Ello, sin embargo, no es óbice para que dicho funcionario pueda declarar una situación de peligro físico o moral, la cual puede darse aún cuando no se produzca abandono en sentido estricto.

> "La declaración de abandono -acompañada de la medida de protección consistente en la iniciación de los trámites de adopción - produce *ipso iure* la pérdida de la patria potestad (C. del M. artículo 60), salvo que se presente oportunamente oposición a la resolución administrativa por parte de las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza o la educación del menor (C. del M. artículo 61). La drasticidad de una decisión semejante para la familia y los derechos de sus miembros llevó al legislador a prever el mecanismo de la homologación judicial como garantía judicial en esta clase de resoluciones." (Corte

Constitucional, Sentencia T-079 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Para definir cuál medida de protección es la pertinente y aplicable en cada caso concreto, el Defensor de Familia o el funcionario administrativo responsable del caso, deberá tener en cuenta los derechos del menor, cuya prevalencia consagra el artículo 44 de la Carta Política, los cuales se establecen de manera expresa, entre otros, en los siguientes artículos del Código del Menor:

> "Artículo 3º. Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental , moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción .
>
> "Cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo los asumirá el estado con criterio de subsidiaridad."
>
> "Artículo 4º. Todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar su supervivencia y desarrollo.
>
> "Artículo 6º. Todo menor tiene derecho a crecer en el seno de una familia. El Estado fomentará por todos los medios la estabilidad y el bienestar de la familia como célula fundamental de la sociedad."
>
> "El menor no podrá ser separado de su familia sino en las circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlo.
>
> "Son deberes de los padres, velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social.
>
> "Artículo 8º. El menor tiene derecho a ser protegido contra toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual, y explotación. El Estado, por intermedio de los organismos competentes, garantizará esa protección.

También, al tomar una decisión en desarrollo del correspondiente proceso administrativo de protección, el funcionario responsable deberá dar

aplicación a los principios rectores que para la materia establece el Código del Menor:

> "Artículo 18º. Las normas del presente Código son de orden público y, por lo mismo, los principios en ella consagrados son de carácter irrenunciable y se aplicarán de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes.
>
> "Artículo 19º. Los Convenios y Tratados internacionales ratificados y aprobados de acuerdo con la Constitución y las leyes, relacionados con el menor, deberán servir de guía de interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código."

Pero si además el caso concreto se refiere a niños indígenas, el juez o el funcionario administrativo responsable, deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 21 y 93 del C. del M.

Con base en lo anterior, es claro que la decisión del Juez Constitucional de primera instancia, confirmada posteriormente por la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, de tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la familia de los menores para los cuales la actora solicitó protección, ordenando al efecto que se continuara con el proceso administrativo de protección, no puede entenderse como una orden impartida a las funcionarias administrativas que debían acatarla y cumplirla, de proceder necesariamente a la declaratoria de abandono y a ordenar el inicio del proceso de adopción, como lo entiende la actora, pues ello implicaría obligarlas a desconocer las disposiciones legales vigentes sobre la materia y en consecuencia a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la C.P., de los menores, de su familia y de su comunidad.

Ellas, con base en los mandatos legales que consagran y desarrollan tal procedimiento administrativo, previa la evaluación de la situación particular, debían aplicar la medida de protección que a su juicio fuera la más conveniente y propicia para la defensa de los derechos fundamentales de los menores. No obstante, ese ejercicio que desarrollaron previa la evaluación de los hechos y pruebas por ellas recopiladas, las condujo, a la Defensora de Familia de Saravena y luego a la Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F., a quien le correspondió resolver el recurso de apelación que contra la primera interpusieron los accionados, a adoptar decisiones diferentes, a punto, que la que tomó la primera fue revocada por la segunda.

En esa perspectiva, encuentra la Sala que las decisiones de primera y segunda instancia en el proceso de tutela de la referencia, de tutelar los derechos de los menores gemelos **AGUABLANCA CORREA**, a la salud, a la vida y a tener una familia y **para el efecto ordenar que se continuara con el proceso administrativo de protección correspondiente**, así expresada, no sólo se ajustan plenamente al ordenamiento jurídico, sino que viabilizan el cumplimiento de la función esencial de la acción de tutela, que no es otro que la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de los menores para los cuales la demandante solicitó protección.

Ahora bien, problema diferente es establecer cuál de las decisiones adoptadas por las funcionarias administrativas responsables del caso, producidas ambas en cumplimiento de los fallos de tutela, servía efectivamente a los propósitos esenciales de dicha acción, de brindar protección inmediata y eficaz a los derechos fundamentales de los menores para los cuales se solicitó protección. Lo anterior por cuanto en el debate que planteó la actora al presentar su demanda, se cuestiona por inconstitucional la posibilidad de que las autoridades administrativas encargadas del caso o los mismos jueces, decidan ordenar el regreso de los niños a su comunidad, dado que en su criterio tal medida atentaría de manera grave contra la integridad e incluso contra la vida de los gemelos, aún si aquella manifiesta que ha modificado sus prácticas. Dice la accionante en la demanda de tutela que presentó:

> "...en este caso específico creemos que los menores deben ser separados de la comunidad y por ende de sus padres naturales. si los gemelos son vistos como "impuros" por la comunidad consideramos que nunca deberían regresar a su seno ya que en consecuencia estarían expuestos a una violencia moral con lo cual se estaría violando el artículo 44 de la Carta. Mientras los indígenas U´WA persistan en una actitud de rechazo al considerar que los gemelos "presentan una contaminación en la comunidad" éstos se encuentran en la imposibilidad de cumplir con el mandato del artículo 44 de la Carta en el sentido de "garantizar su desarrollo armónico e integral".
>
> "Aún más en el caso de que se declarasen inconstitucionales las costumbres U´WA o que la misma comunidad adujera que ha cambiado sus prácticas de repudio de hijos gemelos es innegable que esta tradición ancestral tan arraigada permanecería viva en la mentalidad de los indígenas. Esto por supuesto sería perjudicial para

la integridad emocional y psicológica de los menores y por ende nos sostenemos en [que] éstos no deben volver jamás a la comunidad."[20]

Por lo anterior, la Sala procederá a establecer, si la declaratoria de abandono y la iniciación de los trámites de adopción, medidas que adoptó la Defensora de Familia de Saravena, correspondían a lo ordenado por los jueces constitucionales, y si ellas encontraban soporte en el cumplimiento de los presupuestos jurídicos que para las mismas prevé la ley. O si por el contrario, como se desprende de la motivación que consignó la Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F. en la resolución a través de la cual revocó la decisión de la Defensora de Familia, no sólo tales presupuestos de ley en el caso concreto no se cumplían, sino que esa decisión desconocía principios rectores que consagran la Constitución y la ley, en especial aquéllos que garantizan la autonomía de las comunidades indígenas y las reconocen como jurisdicciones especiales, llegando a la conclusión que la mejor manera de proteger los derechos de los menores en cuestión, es ordenando el retorno de los mismos al seno de su familia y de su comunidad, que los reclaman y se oponen a la adopción.

Al análisis del contenido de esas decisiones administrativas procederá la Sala a continuación.

4) En el caso específico que se revisa, la declaratoria de abandono y la orden de iniciar los trámites de adopción de los menores a quienes el juez constitucional tuteló sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a tener una familia, medidas adoptadas por la Defensora de Familia de Saravena, desconocieron preceptos de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, al igual que normas legales contenidas en el Código del Menor.

Los argumentos que sirvieron de base a la decisión de la Defensora de Familia de Saravena, de declarar en situación de abandono a los menores **KEILA CRISTINA y JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA**, hijos de **ARTURO y MARCIANA**, miembros activos de la comunidad indígena de los **U´WA** de Aguablanca, y ordenar la iniciación de los trámites de adopción de los mismos, fueron en síntesis las siguientes:

- Que dichos menores habían sido entregados por su progenitor, **ARTURO AGUABLANCA CORREA**, aduciendo que la comunidad indígena a la que pertenecían no aceptaba gemelos por considerarlos

[20] El original del texto de la demanda de tutela reposa en los folios 1-9 del expediente.

una maldición, motivo que lo llevó a firmar una autorización para que se realizaran las gestiones legales de adopción.

- Que una vez iniciada la correspondiente investigación, se citó al padre de los menores para que rindiera declaración, diligencia en la que éste reiteró que no podía llevar los niños a su comunidad, dado que la misma consideraba que ellos, por ser gemelos, la contaminaban, situación que lo había motivado a dejarlos al cuidado de Bienestar Familiar, decisión que compartía la madre de los niños.

- Que en cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la materia, contenidas en el Código del Menor, específicamente en al artículo 21, la Defensora solicitó concepto a las Autoridades Tradicionales U´WA, con el objeto de establecer si los menores debían ser reincorporados a su comunidad, obteniendo como respuesta la solicitud de que los gemelos se mantuvieran al cuidado de Bienestar Familiar, al menos por siete meses, tiempo durante la cual ellos realizarían las consultas internas necesarias y tomarían una decisión, solicitud que para dicha funcionaria implicaba un plazo demasiado largo, como tal perjudicial para lo menores, por lo que procedió entonces a solicitar el pronunciamiento de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Interior, en cumplimiento de lo que ordena la ley.

- Que dicha entidad le manifestó, que se abstenía de producir el concepto hasta tanto no se produjera la decisión de las Autoridades Tradicionales de la Comunidad U´WA, limitándose a exponer en detalle las características y el alcance de la tradición de esa comunidad, respecto de niños nacidos en partos múltiples. Que por ese motivo, la Defensoría a su cargo no había definido la situación jurídica de los menores.

- Que el 24 de junio de 1999, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta le notificó a la Defensoría de Familia, la decisión que adoptó al resolver la tutela interpuesta por la Señora Bárbara Escobar de Vargas, directora de la Casa de la Madre y el Niño, institución a la que se le había encomendado el cuidado de los menores, ordenándole que en el término de 48 horas su Despacho debía continuar con la definición de la situación legal de los menores, mediante el trámite o proceso administrativo correspondiente.

- Que en cumplimiento de dicha decisión, dictó un auto ordenando la continuación del proceso administrativo. En desarrollo del mismo y en

cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38 del C. del M., el equipo técnico del Centro Zonal emitió concepto, recomendando como medida de protección, la iniciación de los trámites para la adopción de los niños por considerar que éstos se encontraban abandonados por sus padres y marginados de su comunidad indígena.

- La Defensora de Familia, con fundamento en los supuestos de hecho a los que se ha hecho mención, determinó que existía "una situación clara de abandono", pues hasta ese momento los padres de los gemelos no habían expresado su interés ni una mínima "inquietud por prohijarlos", motivo por el cual procedió, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 31 del C. del M., a declararlos en situación de abandono y a ordenar que se iniciaran los trámites de adopción.

En la motivación que sirvió de base a la decisión adoptada por la Defensora de Familia de Saravena, en cumplimiento de los fallos de tutela que son objeto de revisión, se encuentran consignados diversos elementos que configuran una situación de por sí compleja, en la que están de por medio los intereses y derechos fundamentales de dos menores de edad pertenecientes a una comunidad indígena, la de los U´WA, la cual, no obstante que durante mucho tiempo mantuvo como tradición el rechazo a los niños nacidos en partos múltiples, cuya presencia, creían, contaminaría su comunidad, motivo por el cual éstos eran dejados en el lugar de nacimiento con el objeto de que la madre naturaleza se encargara de ellos, frente al caso específico que se analiza manifestaron su voluntad de replantearse dicha práctica, para lo cual solicitaron un plazo de siete meses, tiempo durante el cual, de acuerdo con las características de organización propias de su cultura, llevarían a cabo un proceso de reflexión conjunta, en el que participarían las autoridades tradicionales, los padres de los menores y los demás miembros de la comunidad. Al efecto, pidieron al I.C.B.F. que durante ese lapso acogiera a los menores y de manera expresa manifestaron que el traslado de los mismos a la capital de la República había sido una medida no consultada con ellos, tal como lo ordena la ley, y que se oponían al proceso de adopción.

No obstante que en el acto administrativo que se analiza se mencionan esos múltiples elementos, configurativos de una situación compleja, que compromete la realización de varios preceptos constitucionales y en consecuencia exigía un ejercicio de interpretación jurídica y de ponderación exhaustivo y cuidadoso, que garantizara la protección efectiva de los menores cuyos derechos habían sido tutelados y el cumplimiento de los objetivos propios del paradigma que singulariza el Estado social de derecho, considera la Sala que el estudio realizado por la Defensora de

Familia, autoridad administrativa que tenía a su cargo el caso, fue superficial y desconoció aspectos fundamentales de la normativa y la jurisprudencia constitucionales, e incluso de la legislación vigente que rige la materia, que la llevaron a tomar una decisión precipitada y contraria a derecho.

En efecto, la Defensora de Familia de Saravena al tomar las mencionadas medidas, presumió, sin previa verificación, la existencia de dos supuestos de hecho: el primero, que la tradición a la que aludía el padre de los menores, persona iletrada, con escaso dominio del español y en esos momentos sometida a la presión que se derivaba del peligro en el que creía que se encontraban sus hijos, se seguía practicando tal como se describía en la transmisión oral que de la misma se hacía, desconociendo con ello las manifestaciones expresas de la comunidad, que al enterarse del asunto le solicitó a los funcionarios de I.C.B.F., a través de sus autoridades tradicionales, mantener bajo su cuidado los niños, mientras, como es su costumbre, la comunidad en pleno tomaba una decisión sobre el caso. El segundo, que la entrega que de los menores hizo el padre a Bienestar Familiar, no obstante los pronunciamientos y requerimientos que posteriormente hizo la comunidad indígena a través de sus autoridades, reunía los elementos necesarios para que se configurara una situación de abandono, interpretación que se desvirtúa al analizar el acervo probatorio allegado durante el proceso de amparo y el solicitado por la Sala en el proceso de Revisión que se adelanta, como se demostrará a continuación.

4.1) La tradición que señalaba a los integrantes de la comunidad indígena de los U´WA, que debían rechazar a los menores nacidos en partos múltiples y dejarlos en el lugar de nacimiento para que la madre naturaleza se encargara de ellos, ha perdido arraigo, por eso al presentarse el caso de los gemelos AGUABLANCA CORREA, la misma decidió adelantar un proceso de consulta y reflexión interna, con miras a evaluar su pertinencia y a reelaborar y recontextualizar su contenido.

Del análisis del contenido de las diferentes declaraciones tomadas durante el proceso administrativo de protección que adelantó la Defensora de Menores de Saravena, la Directora Regional del I.C.B.F. Agencia Arauca y durante el proceso de tutela objeto de revisión, es fácil concluir que la decisión de los padres de los menores se originó en el temor que tenían de que la tradición se hiciera efectiva tal como ellos la conocían a través de los relatos de sus mayores, lo que hizo que procedieran sin consultar a sus autoridades y órganos de gobierno.

Sólo hasta que se inició el proceso administrativo de protección, esos órganos internos de gobierno de la comunidad indígena y sus autoridades se enteraron del asunto y procedieron, no a negar la existencia de esa creencia, sino a expresar su disposición de replantear sus alcances por dos razones específicas: una de carácter antropológico[21], que implica que el contacto de esa comunidad con colonos y en general con la "civilización", les había enseñado que no es cierto que los gemelos "contaminen" la comunidad o sean "portadores de mala suerte"; y otra de carácter jurídico-político, que les impone la obligación de replantear aquéllas tradiciones y costumbres que vulneren principios constitucionales y que no obstante el reconocimiento que la Carta hace de su derecho a la autodeterminación, desbordan los mínimos establecidos para la armónica convivencia en un contexto de respeto a la diversidad y a la diferencia.

Así, a manera de ejemplo, basta remitirse a la comunicación suscrita el 10 de mayo de 1999 por el Presidente del Cabildo Mayor de la Asociación de Autoridades Tradicionales U´WA, dirigida a la demandante en el proceso de tutela, cuya copia reposa al folio 33 del expediente, en la cual manifiesta lo siguiente:

> **"Frente a su inquietud de definir la situación jurídica de los menores KEILA CRISTINA Y JUAN FELIPE AGUABLANCA por medio del presente escrito me permito manifestarle lo siguiente:**
>
> **"1. En diálogo con la comunidad indígena de Aguablanca, las autoridades tradicionales y los padres de los menores en cita, acordaron no permitir proceso de adopción.**

---

[21] Sobre el particular, la antropóloga Esther Sánchez, experta consultada por la Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F., cuyo concepto sirvió, junto con otros para que ésta tomara la decisión de revocar las medidas adoptadas por la Defensora de Familia de Saravena, señala lo siguiente: " Las culturas no son ni étnica ni culturalmente estáticas; ello significa que una sociedad en el contacto con otras sociedades o por invención y/o adaptación interna, modifica maneras de pensar y actuar que en el eje del tiempo son posibles de registrar como nacientes o como terminales en su existencia. Los indígenas de Aguablanca registran en su historia el momento histórico en que incorporaron la posibilidad de existencia de estos niños, muy seguramente por el conocimiento internalizado de que entre sus vecinos colonos esta práctica no conlleva las categorías de sujetos distintos y de sujetos desconocidos." Copia del concepto, cuyo contenido ratificó su autora en la declaración que rindió ante el despacho del Magistrado Sustanciador reposa en los folios 149 a 157 del Cuaderno No. 2 del Expediente.

"2. Informo que mediante oficio de fecha 04 de marzo, el Asesor Jurídico de la Asociación previa reunión con los interesados, solicitó a Bienestar Familiar Saravena mantener transitoriamente a los menores por el término de siete meses, tiempo suficiente para adelantar procesos de consulta con la comunidad en general y tomar decisión definitiva.

"3. Así mismo solicito que los menores regresen a Bienestar familiar Saravena, ya que el traslado de estos menores a la ciudad de Santa Fe de Bogotá fue una acción inconsulta."

El oficio de 04 de marzo al que se refiere el Presidente del Cabildo Mayor de la Comunidad U´WA, suscrito por el Asesor Jurídico de la misma y dirigido a la Defensora de Familia de Saravena, dice lo siguiente:

"Con fundamento en el artículo 21 del Código del Menor y atendiendo el requerimiento de parte, manifiesto a Usted, que conforme a lo prescrito en la Constitución Nacional, tratados internacionales sobre pueblos indígenas y el derecho interno que los asiste como comunidades con costumbres diferentes, informo que a la fecha es imposible emitir concepto jurídico de fondo que defina la situación jurídico- administrativa de los menores KEILA CRISTINA Y JUAN FELIPE AGUABLANCA.

"Mi condición de vocero y asesor jurídico del pueblo U´WA me permite comunicarle la decisión transitoria de la Autoridad Tradicional de Aguablanca; éste solicita que los menores sean tenidos bajo protección del I.C.B.F. por el término de siete meses, tiempo suficiente para hacer las consultas necesarias que se tendrán en cuenta en el momento de tomar decisión definitiva."[22]

Así las cosas, si bien no cabe duda sobre la tradición que practicaba la comunidad U´WA respecto de niños nacidos en partos múltiples, y de que la misma, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico es inaceptable, pues el derecho a la vida prima sobre el derecho de las comunidades indígenas a autodeterminarse e imponer sus propios usos y costumbres dentro de los límites de su jurisdicción, como se desprende del mandato superior contenido en el artículo 330 de la Carta, no lo es menos que la comunidad no pretendía darle cumplimiento, razón por la cual, ante el hecho concreto, se introdujo en un proceso de reflexión y consulta, al parecer motivado entre otras muchas cosas por la experiencia que han

[22] Copia de esta comunicación reposa al folio 40 del Cuaderno 2 del Expediente.

tenido a partir de su contacto intenso con otras culturas, que la llevó a concluir que puede, sin riesgo, aceptar en su seno a dichos menores, los cuales no son distintos a sus otros niños, exigiendo entonces su retorno y oponiéndose expresamente a la adopción.

Lo anterior lo corrobora el Director del Instituto Colombiano de Antropología, en el concepto técnico que produjo sobre el caso a solicitud de la Sala de Revisión:

> " En el caso de los U´WA es indudable que sus tradiciones aún las más sagradas y profundas son sujetas de reinterpretaciones y transformaciones en el contexto de los procesos de resistencia, contacto y organización en los que este pueblo se encuentra inmerso desde la llegada del colonizador español.
>
> "De acuerdo a lo expresado en el comunicado de las autoridades U´WA en el que piden el retorno de los niños al seno de la comunidad y el peritaje expedido por la doctora Esther Sánchez, los ancianos, autoridades tradicionales y la comunidad en general emprendieron un proceso ritual y reflexivo de purificación después del cual decidieron que era posible el reingreso de los niños a la comunidad y su futuro desarrollo como miembros plenos de ésta.
>
> "...es claro que desde el principio la preocupación tanto de los padres de los niños como de las autoridades U´WA, fue la de proteger la vida de los menores. el padre de los niños cuando los dejó a cargo del hospital fue claro en su insistencia en poder acceder a verlos en el futuro. Fue así también como los U´WA solicitaron al Estado a través de Bienestar Familiar un apoyo y una colaboración en dicha protección mientras la comunidad se abocaba a las prácticas necesarias para subsanar una situación de peligro cósmico que el nacimiento de mellizos implica tanto para los infantes en sí como para sus padres y el resto de la comunidad.
>
> "La falta de cabal conocimiento tanto de la complejidad de los procesos en los que se hallan inmersas las prácticas y tradiciones indígenas, como de los escenarios de relaciones interculturales que establece la Constitución del 91 y otras piezas de la legislación, por parte de los medios de comunicación y de las autoridades hospitalarias y de Bienestar Familiar rodearon este caso de una serie de confusiones y circunstancias infortunadas.

> "...es claro para el Instituto Colombiano de Antropología que los menores KEILA CRISTINA y JUAN FELIPE, pueden y deben regresar al seno de su comunidad y de su hogar sin que ello represente un peligro para su desarrollo integral como personas. Considerando que las tradiciones y creencias no son esencias inmutables ancladas en el pasado sino parte integrales de la práctica contemporánea de las sociedades, es indudable que el pueblo U'WA así como alguna vez originó sus creencias y prácticas cerca de los peligros asociados a los gemelos, ha emprendido ahora desde un sector de la comunidad una relectura y transformación de esas prácticas para por medios rituales y de examen comunitario permitir la crianza y desarrollo de gemelos dentro de este grupo humano."[23]

No se puede olvidar, que la tradición se mantiene arraigada y se practica en una determinada comunidad, en la medida en que detenta el estatus de "pauta o criterio moral", cuyo grado de "importancia", según H. L. A. Hart, es el que determina que se impongan, propaguen y mantengan su vigencia. Esa "importancia" "...se manifiesta de muchas maneras: primero, en el hecho simple de que las pautas o criterios morales son observados en contra del impulso de las fuertes pasiones que ellos limitan, y al costo de sacrificar considerable interés personal; en segundo lugar, en las serias formas de presión social ejercidas no sólo para obtener conformidad en los casos individuales, sino para asegurar que las pautas o criterios morales sean enseñados o transmitidos como cosa corriente a todos los miembros de la sociedad; en tercer lugar, en el reconocimiento general de que si las pautas o criterios morales no fueran generalmente aceptados, ocurrirían cambios considerables, y poco gratos, en la vida de los individuos."[24]

En el caso que ocupa a la Sala, la actitud de los padres de dejar a sus hijos en el Centro de Salud de Cubará, dado el temor de que se hiciera efectiva la tradición que sabían durante siglos habían practicado sus antepasados, la cual antes que un abandono constituyó una decidida acción de protección, refleja como dicha tradición, en el seno de la comunidad de U'WA de Aguablanca, perdió esa "importancia" a la que alude Hart, lo cual ocasionó que progresivamente se debilitara y perdiera vigencia.

---

[23] El original del concepto emitido por el Director del Instituto Colombiano de Antropología, a solicitud de la Sala de Revisión consignada en Auto de fecha 17 de noviembre de 1999, reposa a los folios 68 a 69 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

[24] Hart, H.L.A. El Concepto del Derecho. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977. Pp. 215-216.

En efecto, en el caso que se analiza, ante el hecho concreto del nacimiento de los gemelos Aguablanca Correa, los padres no estuvieron dispuestos a sacrificar su interés personal, que no era otro que salvaguardar la vida de sus hijos; las autoridades tradicionales no quisieron presionar su cumplimiento y la aceptación social del mismo, pues eran conscientes de que las consecuencias que sus antepasados le atribuían al hecho no correspondían a la realidad y que además esa práctica sería contraria al ordenamiento superior vigente en nuestro país, el cual no sólo aceptan sino quieren acatar y cumplir; en cuanto a la comunidad, ésta dio claras muestras de que en su imaginario no tiene cabida la creencia ancestral, de que de permitir la permanencia de gemelos en su interior, les acarrearía cambios no deseados en su cotidianidad, todo lo cual se tradujo en un profundo cuestionamiento y posterior rechazo a la prolongación y vigencia en el tiempo de esa tradición.

La reacción de las autoridades tradicionales y de la comunidad, antes que presionar a los individuos para obtener conformidad con su práctica, implicó proponer un proceso de consulta y reflexión interno, dada su decisión de recontextualizar su contenido, pues el contacto con otras culturas le había permitido saber que aceptar a los niños gemelos en su seno, esto es desconocer su "tradición", no les ocasionaría ningún cambio o perjuicio. En esas condiciones, como bien lo señala el citado autor, sería absurdo pensar "... que una regla forma parte de la moral de una sociedad aún cuando ya nadie la considerara importante o digna de ser conservada..."[25]

4.2) El proceso de reflexión y de consulta que desarrolló la comunidad indígena de los U´WA, no sólo corresponde a una plena realización de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 7, 40, 246 y 330 de la C.P., sino que en el caso específico que ocupa a la Sala, desvirtúa la situación de abandono que sirvió de base a la decisión de la Defensora de Familia de Saravena.

Ya en varias oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre el significado y alcance de los preceptos del ordenamiento superior, con los cuales quiso el Constituyente proteger y garantizar los derechos de las minorías y específicamente de las comunidades indígenas, entendiendo que la diversidad que se origina en ellas ha marcado el proceso de consolidación de la Nación y es insumo principal en el proceso de integración y fortalecimiento de una sociedad, que como la nuestra, lucha por lograr el equilibrio y la convivencia armónica, a partir de la realización

[25] Ibídem

plena de principios tales como el pluralismo, la igualdad en la diferencia, la solidaridad y la participación. Ha dicho la Corte:

> **"El proceso participativo y pluralista que llevó a la expedición de la Constitución de 1991, en el que intervinieron directamente representantes de las comunidades indígenas, dio lugar al reconocimiento expreso de la diversidad étnica y cultural y a su protección efectiva mediante la creación de una jurisdicción especial indígena. En efecto, el artículo 1 de la Carta consagra el pluralismo como uno de los pilares axiológicos del Estado social de derecho colombiano, mientras que el artículo 7 afirma que "el Estado reconoce y protege la diversidad ética y cultural de la Nación colombiana." (Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)**

Esa jurisdicción especial indígena, de conformidad con lo establecido en el artículo 246 de la C.P., se traduce en la posibilidad de que ésta pueda ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Sobre el alcance de la misma, ha dicho esta Corporación, que son cuatro los elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional:

> **"...la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas - que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de "creación de normas y procedimientos - ..." (Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)**

Al analizar el caso específico que ocupa a la Sala a la luz de los presupuestos enunciados, es viable concluir lo siguiente: la imposibilidad absoluta de que la tradición, que durante siglos practicó la comunidad de los U´WA con los niños nacidos en partos múltiples, se asuma como legítima y se acepte en la medida en que se alegue que constituye un uso o costumbre propio de esa cultura, lo cual, valga reiterarlo, no ocurre en la situación objeto de estudio, pues riñe de plano con el fundamento ético que

subyace en el paradigma propio del Estado social de derecho, esto es con el ordenamiento constitucional y legal vigente, y sobre ella, desde luego, se impondría la protección a la vida y a la integridad de los menores.

No obstante, el debate y la definición del mismo, sobre la manera en que la comunidad replantee y recontextualice el contenido de esa noción cultural y sobre el destino de los menores, si le corresponde desarrollarlo a esa jurisdicción, la cual al decidir deberá tener en cuenta que las medidas que adopte no desconozcan o vulneren el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, que es plenamente compatible con el ordenamiento superior y con la ley, la solicitud que elevaron las autoridades tradicionales U´WA ante el Estado, representado en este caso por el I.C.B.F., en el sentido de que mantuviera transitoriamente a los gemelos bajo su cuidado, exactamente por siete meses, tiempo durante el cual ellos realizarían un proceso de reflexión y de consulta interno para tomar una decisión definitiva, decisión que obviamente no podía ser la de proceder conforme lo señalaba la tradición, pero en cambio si podía consistir en encargar el cuidado de los menores a personas o familias que no pertenecieran a la comunidad, manteniendo contacto con ellos, como en efecto ha sucedido, que se autorizara la adopción, o, como se presenta ahora, que exigieran el retorno de los niños a su seno.[26]

Alegar que el plazo solicitado para realizar la consulta era excesivo y en consecuencia proceder a la declaratoria de abandono, no sólo implicó desconocer la específica cosmovisión de esa comunidad, su concepción del tiempo y del espacio y la trascendencia que le da a las decisiones producto del consenso interno, en suma desconocer los mandatos de orden constitucional que garantizan el reconocimiento y protección a la diversidad étnica (art. 7 C.P.) y el derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas (art. 330 C.P.), sino incumplir con lo dispuesto en la misma ley para que proceda la aplicación de una medida de protección que se caracteriza por su drasticidad e irreversabilidad.

---

[26] En la declaración que rindió el Asesor Jurídico de la Comunidad U'WA ante el Despacho del Magistrado Sustanciador, cuyo texto reposa al folio 24 del Cuaderno 4 del expediente, éste se refirió a la manera como la comunidad manejó dos casos precedentes; así, dijo, en una ocasión en la que se presentó alumbramiento de gemelas, hijas de una autoridad tradicional Tegría, una de las cuales murió, por intervención de la autoridad eclesiástica se rescató la sobreviviente y actualmente vive en Cubará; en otra ocasión, al nacer mellizos de una pareja conformada por blanco e indígena, uno de los cuales también murió, se decidió que el otro permaneciera vivo y actualmente vive en el área del resguardo.

En efecto, la Defensora de Familia de Saravena declaró la situación de abandono de los gemelos U´WA y ordenó que se iniciaran los trámites de adopción, sin que se cumpliera ninguno de los presupuestos de procedibilidad que para el efecto señala el artículo 31 del Código del Menor, pues si bien dichos niños, por los motivos expuestos, fueron encomendados transitoriamente por su familia y por la comunidad indígena a la que pertenecen, al cuidado del Estado, mientras resolvían el manejo que le darían a una situación que no podían ni querían resolver siguiendo la ancestral tradición de "entregarlos a la madre naturaleza para que ella se encargara de ellos", sino reflexionando para recontextualizar su contenido, a partir de una percepción actual diferente del hecho que les permite aceptar que los gemelos son iguales a los demás niños y que no acarrean contaminación o mala suerte pues también son hijos de su dios, ello no puede interpretarse como un abandono, mucho menos cuando la comunidad y los padres insistente y expresamente han reclamado su retorno y se oponen a la adopción.

Sobre el problema de la recontextualización y replanteamiento de las tradiciones en el seno de una comunidad indígena como la de los U´WA, el Director del Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes, que emitió concepto a solicitud del Despacho del Magistrado Sustanciador[27], dijo lo siguiente:

> **" Se hace evidente la participación y el interés de las Autoridades tradicionales U´WA por abordar, discutir, consultar y dirimir el asunto del nacimiento de mellizos, solicitando un tiempo para llevar a cabo una discusión, y haciendo al final una solicitud explícita sobre los niños. Este procedimiento de participación , interés y manejo de un problema - el cual es visto como capaz de afectar la salud de la comunidad dentro de su visión cosmológica - se constituye en un ejemplo mas de una práctica compleja, rica e inmensamente valiosa, propia de los desarrollos sociales y culturales de los U´WA, que es consecuente con varias de sus tradiciones.**
>
> **"En el desarrollo de dicha participación e intervención - que por otra parte concibe al individuo como miembro de una colectividad cuyos valores y proyectos sociales da sentido a su existencia - las Autoridades Tradicionales después de un tiempo de consulta,**

[27] Copia del concepto emitido sobre el caso por el Director del Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes, solicitado a través de Auto de fecha 17 de noviembre de 1999, reposa al folio 71 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

solicitan la devolución de los mellizos a la comunidad. Es evidente en la lectura de los argumentos que presentan que dicha solicitud de regresarlos ocurre después de un ejercicio de reflexión, consulta y elaboración de parámetros y criterios novedosos, que se constituye en un ejemplo más de la forma a la vez principista y casuística como se abordan varias de las responsabilidades colectivas e individuales de miembros de la comunidad U´WA de Aguablanca.

"En este caso, con relación al nacimiento de mellizos, las aprehensiones y juicios culturales sobre su peligrosidad "tradicionales" - comunes a varios pueblos amerindios - son revaluados y recontextualizados, expresando los representantes de las Autoridades Tradicionales - vale recalcar y repetir que después de un período de consulta y reflexión en el cual quedan comprometidos no sólo los padres sino la comunidad - su deseo de incorporarlos a la vida social de la misma.

"Dicho ejercicio muestra así mismo como la comunidad U´WA de Aguablanca es plenamente consciente de su existencia como comunidad dentro de, y en relación con, un Estado nacional, cuyo ordenamiento jurídico en varios aspectos no sólo reconocen sino acatan , pero frente al cual está en su derecho como etnia de interpelar.

" (...)

" ...desde nuestra perspectiva la solicitud de las Autoridades tradicionales de la comunidad U´WA, y de los padres, de la devolución de los mellizos debe ser atendida.

" Ella representa de una forma por demás clara la capacidad de una comunidad de procesar y dirimir asuntos fundamentales de su existencia y de su futuro como comunidad y como sociedad viable, cuando se dan ciertas condiciones -entre otras, algo de espacio no violento por parte de los grupos de la sociedad hegemónica que las rodea.

"En estas circunstancias la elaboración de nuevos criterios colectivos y culturales enriquece la experiencia social de la comunidad misma y sin duda hace posible la elaboración de nuevas formas culturales, cumpliendo así aquello que es fundamental de los procesos culturales: dar sentido a la existencia

de los individuos de estas comunidades, que abarca la elaboración de *nuevos* sentidos y perspectivas. A esta dinámica no es suficiente ni válido enfrentarle una concepción de "la tradición", como algo resistente al cambio. Los U´WA han conocido varias experiencias nuevas; frente a ellas han reelaborado sus conocimientos, tratando de preservar su capacidad de respuesta en concordancia con su profunda concepción de ser responsables frente al universo del cual hacen parte. "

Los jueces y funcionarios administrativos que tienen a su cargo la definición de las medidas de protección aplicables a menores indígenas, tienen la obligación de incorporar al análisis que realizan, no sólo los fundamentos mismos del orden constitucional y todos y cada uno de sus preceptos, y el contenido de los tratados internacionales aprobados por Colombia sobre la materia, sino el desarrollo jurisprudencial que de ese marco normativo ha producido esta Corporación, pues sólo así será viable trascender la mera formalidad a la hora de evaluar los conceptos y los resultados de los procesos consultivos y participativos que prevé la Constitución y la ley, cuyo real sentido es dar cabida a la diferentes concepciones y proyectos de vida, sea cual sea su fundamento ideológico y siempre que éste respete y no desborde el ordenamiento jurídico que rige nuestra sociedad.

"...la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predican de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace "a la diversidad étnica y cultural de la nación Colombiana."[28]

5) La orden impartida por la Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F., al revocar la Resolución No. 161 de 1999, expedida por la Defensora de Familia de Saravena, de que los gemelos U´WA retornaran de inmediato al seno de su familia y de su comunidad, no sólo acata el fallo de los jueces constitucionales que tutelaron los derechos a la salud, a la vida y a tener una familia de dichos niños, sino que se ajusta en todo al ordenamiento superior y a las disposiciones de ley.

---

[28] Sentencia T-84771 de 1997 y T-380 de 1993, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Al conocer del recurso de apelación que contra la Resolución No. 161 de 30 de junio de 1999 interpuso el Asesor Jurídico de la Comunidad **U´WA**, a nombre de los padres de los menores y de la misma comunidad, por la cual la Defensora de Familia de Saravena declaró en situación de abandono a los menores **KEILA CRISTINA y JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA** y ordenó que se iniciaran los trámites de adopción, la Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F. consideró pertinente solicitar varias pruebas; así, a través de auto de fecha 19 de julio de 1999 dicha funcionaria ordenó la recepción del testimonio del Presidente del Cabildo Mayor de la Asociación U´WA, un peritazgo antropológico y la valoración médica de los menores.

El resultado de estas pruebas le permitió verificar a la funcionaria administrativa que resolvió el recurso de apelación, que, por ejemplo, desde el punto de vista antropológico, "...los indígenas de Aguablanca registran en su historia el momento histórico en que incorporaron la posibilidad de existencia de estos niños [los gemelos], muy seguramente con el conocimiento internalizado de que entre sus vecinos colonos esta práctica no conlleva categorías de sujetos distintos y de sujetos desconocidos ..." y que los niños, "...tienen posibilidad de vida en Aguablanca de idéntica manera que en nuestra sociedad...". Así mismo, que existe plena y clara disposición de la comunidad **U´WA** de recibir a los menores, garantizándoles un trato igualitario y digno, tal como lo consignaron en el acta correspondiente al proceso de reflexión y consulta interna que remitieron a la Dirección Seccional a solicitud de ésta.[29]

Sobre esos presupuestos y dando aplicación a los artículos 21 y 93 del C. del M., que obligan a los jueces y funcionarios administrativos que conozcan de los procesos o asuntos referentes a menores indígenas, a apreciar los hechos, los usos y las costumbres propios del correspondiente medio cultural y a tener en cuenta su legislación y tradiciones, lo mismo que a procurar en todo caso su reincorporación a la comunidad en cuanto no se perjudique el interés superior del niño, la Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F., a través de la Resolución No. 001 de 1999,

---

[29] En efecto, en el acta que recogió los resultados del proceso de reflexión que adelantó la comunidad U´WA de Aguablanca, para decidir sobre la situación de los gemelos, la cual solicitó la Directora Seccional de la Regional Arauca del I.C.B.F. como prueba para resolver el recurso de apelación, cuya transcripción reposa al folio 116 del Cuaderno 2 del expediente, se lee lo siguiente: "... que los mellizos son de la comunidad y por lo tanto se recibirán por parte de la misma, "...de acuerdo con nuestras propias leyes y organización interna" y que se proponen "...no repetir la historia que ha venido a través de la historia, los hechos de matanzas de tiempos antepasados los mellizos en esa época no olvidamos estos sucesos...".

revocó la decisión de la Defensora de Familia y determinó que los gemelos Aguablanca Correa debían retornar al seno de su familia y de su comunidad, dado que ellos no habían sido abandonados, pues la "entrega" que de los mismos hizo el padre debe entenderse como un acto de protección, y que es evidente el respaldo que a esa decisión da la comunidad, la cual presenta significativos cambios en sus tradiciones, que, anota la funcionaria "..son confiables para afirmar que en efecto, estos mellizos indígenas no serán objeto de esas viejas prácticas..."

Considera también dicha funcionaria, con base en la evaluación médica que de los menores solicitó a Medicina Legal, que en la zona de influencia de la comunidad U´WA, se cuenta con una red de servicios médico asistenciales suficiente para garantizar el cuidado y tratamientos que los menores requieran.

Para la Sala los argumentos que sirvieron de base a la decisión de dicha funcionaria son jurídicos, razonables y pertinentes, no obstante, teniendo en cuenta que la determinación compromete intereses y derechos fundamentales de menores de edad, protegidos de manera prevalente por la Constitución, consideró necesario corroborar los supuestos que sustentaron la revocatoria y la decisión, para lo cual solicitó los correspondientes conceptos técnicos especializados, entre ellos los ya citados emitidos por la Dirección del Instituto Colombiano de Antropología y del Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes.

Así mismo, consideró importante la Sala solicitar concepto sobre el estado psicológico de los menores y sobre las implicaciones que en ese aspecto implicaría su retorno al seno de su familia y de su comunidad; al efecto se dirigió al Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia, en el cual por intermedio de una de sus especialistas y previa revisión de los menores, se manifiesta lo siguiente:

> **" (...)**
>
> **"Desde la tercera semana de vida, Keila Cristina y Juan Felipe han permanecido en un medio institucional que si bien les brinda la atención y cuidados necesarios, no deja de ser un contexto social particular y diferente del que ofrece el medio familiar y cultural propio. esta situación debe tenerse en cuenta puesto que, como es bien sabido, los niños criados en instituciones tienden a presentar ciertas características en el campo de las relaciones sociales y en su comportamiento.**

“Dichas características se derivan de un hecho fundamental: ninguna de las personas que cuida al niño establece con él una relación afectiva única y profunda que trascienda la satisfacción de necesidades, razón por la cual las personas aparecen como “intercambiables”. Se dice entonces que hay ausencia de vínculos, lo cual trae como consecuencia una inseguridad del niño que reduce su capacidad de explorar e interactuar con el mundo social y físico. ...”

“ Si a ello se agregan los episodios de hospitalización por enfermedad, puede comprenderse fácilmente porque Keila Cristina y Juan Felipe muestran poca iniciativa para “no tomar muchos riesgos”, por lo que permanecen en un mismo sitio o actividad por cierto tiempo. Sin embargo, su comportamiento frente a diferentes situaciones permite afirmar que su desarrollo psicológico se encuentra dentro de los límites aceptables para la edad: permanecen sentados y realizan movimientos coordinados, se interesan por los objetos a través de la manipulación y exploración visual y establecen intercambios comunicativos con los adultos.

“Las diferencias observadas entre los niños pueden explicarse por el estilo personal de cada uno: Keila Cristina muestra más interés y facilidad para el intercambio social y tiene mayor desarrollo gestual y vocal, mientras que J. Felipe se irrita frente a las personas y prefiere la exploración de los objetos y sus relaciones.

“RECOMENDACIONES

“ 1. El único “tratamiento psicológico” que requieren los niños, es ser acogidos lo más pronto posible por personas que puedan ofrecerles relaciones afectivas personales y significativas que les permitan reconstruir la base afectiva necesaria para su futuro desarrollo. Es de esperarse que los niños se adapten fácil a esta nueva situación.

“ 2. Para los niños el proceso de integración a una familia sería equivalente si se trata de la familia biológica o una familia adoptiva. Sin embargo debe reconocerse el proceso de reflexión que condujo a los padres, a las autoridades tradicionales y a la comunidad U´WA a solicitar el regreso de los niños a su familia. En consecuencia no recomiendo la adopción.”

En cuanto a la situación de salud de los menores y las implicaciones que sobre la misma tendría su regreso al seno de su familia y de su comunidad, aspecto en el que a lo largo del proceso ha hecho énfasis la actora de la tutela, pues considera que la eventual decisión de que los gemelos sean reintegrados a su familia pondría en serio peligro sus vidas, dado su delicado estado de salud, la Sala de Revisión consideró necesario solicitar a la Dirección General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses[30], un concepto actualizado en el que se le informara sobre el estado de salud de los menores, sobre los riesgos que para sus vidas o integridad significaría ordenar su reintegro a su comunidad, y sobre la necesidad de que les sean suministrados tratamientos médicos especializados.

Con fecha 3 de diciembre de 1999, previa la evaluación individual de cada uno de los menores, efectuada por parte de un grupo interdisciplinario de especialistas, la Dirección Regional Bogotá Grupo Clínico Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, remitió los respectivos conceptos[31], cuyos principales apartes se transcribirán a continuación:

" (...)

" Paciente: JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA
" EXAMEN PRACTICADO EL 26 DE NOVIEMBRE DE 1999

" (...)

" CONCLUSION
" Para el momento del examen físico medico legal practicado el 26 de noviembre de 1999 el niño indígena U´WA, JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA tiene un examen físico dentro de parámetros normales, no hay signos de infección, no hay signos de desnutrición, el desarrollo psicomotor está acorde con la edad real

"...se recomienda control periódico por médico oftalmólogo. Por el antecedente de haber sufrido un síndrome broncoobstructivo recurrente, se recomiendan controles médicos periódicos con médico pediatra.

---

[30] El mencionado concepto lo solicitó la Sala de Revisión a través de Auto fechado el 17 de noviembre de 1999.
[31] Los originales de los conceptos emitidos por Medicina Legal, reposan en los folios 13 a 17 y 23 a 27 del Cuaderno No. 3 Pruebas, del expediente.

A la pregunta de la Sala de si los niños podrían, sin riesgo para su vida o integridad física retornar al seno de su familia y de su comunidad, Medicina Legal manifiesta lo siguiente:

> **“ Desde el punto de vista clínico-médico el niño JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA, en este momento es un niño con un examen físico dentro de parámetros normales; desde el punto de vista psicológico en esta etapa de la vida, fase oral, el niño requiere estar específicamente en contacto con la madre.**
>
> **“ ...Con respecto a si los niños corren peligro para su vida al retornar al seno de su familia y de su comunidad. Deberá analizarse el caso dentro de un contexto socio-cultural, debe orientarse el caso a buscar el bienestar integral del niño, no sólo desde el punto de vista médico sino desde el punto de vista antropológico, psicosocial, familiar, espiritual teniendo en cuenta que el niño es un indígena U´WA. Es de anotar que ...los padres aclaran que los niños han sido aceptados dentro de la comunidad ...”**
>
> **“ ...se requiere que el niño asista a control periódico con médico pediatra o si no es posible con un médico general. Es importante ayudar a la familia para ubicar donde se pueden hacer dichos controles en el Departamento de Arauca.**

A la pregunta de si el menor requiere tratamiento médico especializado que pueda ser suministrado en hospitales de primer nivel, se respondió lo siguiente:

> **“En los hospitales de primer nivel se cuenta generalmente únicamente con médicos generales, es decir el primer nivel corresponde a un nivel de Centro de Salud. Teniendo en cuenta que el niño presenta un defecto visual puede hacerse un control actual con médico oftalmólogo y programar una nueva cita para un tiempo posterior en Santa Fe de Bogotá o ... en el Departamento de Arauca, en Cubará o Saravena ...”**

En cuanto al diagnóstico y valoración de KEILA CRISTINA AGUABLANCA CORREA, Medicina Legal manifiesta en su concepto lo siguiente:

> **“ (...)**

“ Paciente: KEILA CRISTINA AGUABLANCA CORREA

“CONCLUSION: La niña KEILA CRISTINA AGUABLANCA CORREA, según consta en los resúmenes de historia clínica del hospital Cardio Infantil, sufre una patología pulmonar y cardiaca ...severa alteración de la transmisión de estímulos visuales a corteza en ojo izquierdo ...lesión de grado moderado de la vía auditiva periférica bilateral. Teniendo en cuenta lo anterior consideramos que la paciente debe ser valorada nuevamente con el fin de descartar alteraciones anatómicas de la vía respiratoria.

A la pregunta de la Sala de si los niños podrían, sin riesgo para su vida o integridad física retornar al seno de su familia y de su comunidad, Medicina Legal manifiesta lo siguiente:

“ En este momento la niña KEILA CRISTINA AGUABLANCA CORREA, debe recibir primero la atención médica especializada; para posteriormente explicar a la familia los controles tratamientos médicos que necesita la niña y así poder definir las condiciones médicas que se requieren para el bienestar físico de la niña. Es de anotar que el caso debe evaluarse en conjunto observando aspectos sociales, culturales, antropológicos con el fin de lograr el bienestar tanto físico , como mental, espiritual, social de la niña dentro de su comunidad U´WA. En esta etapa la niña requiere de su madre para lograr desarrollar bien la fase oral de la personalidad futura.

“ (...)

“Desde el punto de vista médico la niña KEILA CRISTINA AGUABLANCA CORREA si tiene peligro de sufrir complicaciones de tipo respiratorio como sobreinfecciones pulmonares, en este momento suspender los cuidados que recibe en el Hogar Casa de la Madre y el Niño, así como el examen médico que le realiza diariamente un médico pediatra, la niña requiere aún controles periódicos por médico neumólogo.”

A manera de conclusión general, se anota en el concepto, que presentado el caso al grupo de responsabilidad médica, éste opina lo siguiente:

“...que teniendo los niños sus padres y su familia indígena U´WA, debe analizarse el caso a la luz de los comportamientos, costumbres indígenas U´WA. No se comparte el punto de que

exista desinterés por los padres U´WA se manifiesta que dichos padres tienen barreras del idioma, barreras culturales, no poseen medios de comunicación para estar averiguando por los niños."

Del análisis integral de las pruebas y testimonios recopilados por la Sala y en general del acervo probatorio que reposa en el expediente, se concluye, que desde el punto de vista jurídico fue acertada la decisión de la Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F., consignada en la Resolución No. 001 de 20 de septiembre de 1999, de revocar la declaratoria de abandono de los menores **KEILA CRISTINA Y JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA** y la orden de que se iniciaran los respectivos trámites de adopción, decisiones tomadas por la Defensora de Familia de Saravena a través de la Resolución No. 161 de 1999, y en cambio ordenar su reintegro al seno de su familia y su comunidad, como ellas lo solicitaban, pues esa determinación da pleno cumplimiento a preceptos constitucionales tales como los consagrados en los artículos 7, 40, 446 y 330 de la C.P., pero muy especialmente a lo dispuesto en el artículo 44 superior, que le da prevalencia a los derechos de los menores y consagra como uno de ellos el derecho que ellos tienen a tener una familia y a no ser separados de ella, a tiempo que reivindica el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta, no sólo de los menores, sino de sus padres y de su comunidad, dado que la decisión revocada desconoció presupuestos esenciales de la ley que rige los procesos y medidas de protección aplicables a menores de edad.

Pero además, es importante señalar, que como quedó demostrado, hay consenso entre los especialistas de las diferentes áreas consultadas (médica, antropológica, psicológica), en el sentido de que la mejor decisión para los niños es que se ordene su reintegro al seno de su familia y a su comunidad, pues son fundamentales los cuidados de la madre y su reincorporación al grupo social al que pertenecen, el cual con insistencia los reclama.

Ahora bien, dados los problemas de salud que presentan los menores, especialmente KEILA CRISTINA, su regreso deberá estar condicionado a la práctica de los exámenes y tratamientos que al efecto dictaminen los especialistas, y a un proceso de entrenamiento a los padres y a la comunidad, que les permita brindarle los cuidados necesarios. De ello son plenamente conscientes las Autoridades Tradicionales U´WA, las cuales a través del Presidente del Cabildo Mayor, citado por la Sala a rendir declaración, manifestaron su disposición de proveer a los menores no sólo

un contexto de respeto y amor sino el tratamiento y medicinas que requieran, para lo cual incluso ya hicieron las previsiones necesarias. [32]

Así las cosas, la Sala de Revisión procederá a levantar la suspensión que ordenó a través de Auto de fecha 16 de noviembre de 1999[33], de los efectos de la Resolución No. 001 de 20 de septiembre de 1999, expedida por la Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F., mediante la cual dicha funcionaria revocó lo dispuesto por la Defensora de Familia de Saravena en la Resolución No. 161 de 30 de junio de 1999 y en cambio ordenó "...el reintegro de lo menores mellizos **JUAN FELIPE Y KEILA CRISTINA AGUABLANCA CORREA** a su medio familiar, social y comunitario."

Sin embargo, ordenará la Sala, que el cumplimiento de lo dispuesto en la citada Resolución No. 001 de 20 de septiembre de 1999, deberá estar precedido de la conformación de un grupo de especialistas, (médicos, psicólogos, antropólogos, nutricionistas) que bajo la coordinación de la Dirección Seccional del I.C.B.F. Agencia Arauca, señalará el momento en que sea oportuno el traslado de los menores, recomendará los tratamientos a seguir e ilustrará a la familia y a la comunidad U´WA sobre los cuidados que deban ser suministrados a los menores una vez éstos retornen a su comunidad y tendrá a cargo, al menos por un año, el seguimiento del proceso, rindiendo informes periódicos a la Sala de Decisión Civil - Familia del Tribunal Superior de Cúcuta, Juez Constitucional de primera instancia en el proceso de tutela que se revisa.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

---

[32] Ver declaración del señor Roberto Peréz Gutiérrez, Representante Legal y Presidente del Cabildo Mayor de la Asociación de Autoridades Tradicionales U´WA, rendida en el Despacho del Magistrado Sustanciador el día 5 de noviembre de 1999, la cual reposa en los folios 108-111 del Cuaderno 4 Pruebas del expediente.

[33] El Auto en cuestión reposa al folio 13 del Cuaderno 4, Pruebas, del Expediente.

Primero**. CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de junio de 1999 por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a su vez confirmada por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante la cual tuteló los derechos a la salud, a la vida y a tener una familia, de los **menores KEILA CRISTINA Y JUAN FELIPE AGUABLANCA CORREA**, para lo cual le ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, continuar con la definición de la situación legal de los menores, "...mediante el trámite o proceso administrativo de protección correspondiente".

Segundo**. LEVANTAR** la suspensión que de los efectos de la Resolución No. 001 de 20 de septiembre de 1999, había ordenado a través de Auto de fecha 16 de noviembre de 1999, advirtiendo que el cumplimiento de lo dispuesto en la citada resolución, deberá estar precedido de la conformación de un grupo de especialistas, (médicos, psicólogos, antropólogos, nutricionistas), que bajo la coordinación de la Dirección Seccional del I.C.B.F. Agencia Arauca, señalará el momento en que sea oportuno el traslado de los menores, recomendará los tratamientos a seguir, e ilustrará a la familia y a la comunidad U´WA sobre los cuidados que deban ser suministrados a los menores, una vez éstos retornen a su comunidad, y tendrá a cargo, al menos por un año, el seguimiento del proceso, rindiendo informes periódicos a la Sala de Decisión Civil - Familia del Tribunal Superior de Cúcuta.

Tercero**.** Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General