

Sentencia T-044/14

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Caso en que ICBF da por finalizada la medida de restablecimiento de derechos adoptada en favor de unos menores y decide reintegrarlos a su núcleo familiar

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

De acuerdo con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y la Constitución Política de Colombia, las y los niños no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Determinación en casos concretos

Para establecer cómo se satisface el interés superior se deben hacer consideraciones de dos tipos: i) fácticas: referidas a las circunstancias específicas del caso en su totalidad; y ii) jurídicas: referidas a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños. Sobre este asunto, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que “las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés”.

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Implicaciones

Existe un derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Este derecho no es absoluto, de tal suerte que un niño o niña puede ser separado de su familia, cuando se verifican una serie de circunstancias definidas por la ley y la jurisprudencia. Además, por tener el derecho a la familia un carácter prestacional, el Estado tiene la

obligación de adoptar políticas públicas para la preservación del núcleo familiar y que faciliten a los padres el cumplimiento de sus deberes, de modo que las obligaciones del Estado en la materia van más allá del mero cumplimiento de la ley y de la implementación de medidas de restablecimiento de derechos.

DECRETO Y PRACTICA DE MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Alcance, finalidad y límites constitucionales

Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados. El objetivo de esta medida es proteger y garantizar los derechos de los niños, su fundamento es la solidaridad y una de sus principales características es su carácter temporal, esta última se justifica en la necesidad de no someter a los niños y niñas a una situación de interinidad en relación con la garantía de sus derechos.

DEBERES DE LOS PADRES DE FAMILIA-Derechos y obligaciones para con los hijos

De acuerdo con el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia, “la responsabilidad parental es (...) la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3.2, que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”. Con base en estos fundamentos, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes oportunidades para establecer que los padres tienen una serie de deberes respecto de sus hijos, orientados a la satisfacción de sus derechos y su bienestar general.

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Orden al ICBF garantizar la inclusión de los niños en los programas de asistencia, acompañamiento y/o restablecimiento de derechos desde el momento es que sean entregados a su núcleo familiar y hasta que la situación de la familia lo amerite

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Orden al ICBF acompañar al núcleo familiar en el proceso de adaptación a este cambio, mediante las acciones que estime pertinentes

Referencia: expediente T-4.051.870

Acción de tutela instaurada por Patricia contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, DC., treinta y uno (31) de enero de dos mil catorce (2014).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido el 18 de julio de 2013, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ibagué (Tolima), que resolvió en única instancia, la acción de tutela promovida por la señora Patricia obrando en nombre propio y en representación de los niños Alejandro y Daniela.

La Corte como medida de protección de la intimidad de los niños involucrados en este proceso, adopta la decisión suprimir de esta providencia y de toda futura publicación, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. Debido a que son varias las personas a quienes se les debe suprimir el nombre, la Sala de Revisión reemplazará los nombres reales por nombres ficticios que se escribirán en cursiva.

I. Antecedentes

De los hechos y la demanda

1. La señora Patricia, interpuso una acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), por considerar que esa Entidad desconoció los derechos de los niños Alejandro y Daniela, por los hechos que se relacionan a continuación:

1.1 Los niños Alejandro y Daniela (de 8 y 6 años de edad, respectivamente), vivían con su madre, señora Rosa, en la ciudad de Bogotá, hasta que el señor Juan, padre de los niños, encontró en mal estado de salud a Alejandro y decidió retirarlo del hogar materno[1]. Posteriormente, la tía materna de los niños, señora Ana, encontró que Daniela estaba en “pésimas condiciones de aseo, encontrándose con rasgos (sic) de pegante en sus pies, sin comida”[2].

De acuerdo con el relato hecho en el trámite del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, la madre de los niños consumía sustancias psicoactivas[3]. La señora Rosa falleció en marzo de 2013, según consta en el certificado de defunción que obra en el expediente[4].

1.2 El padre de los niños, señor Juan, se encuentra en libertad condicional, trabaja en oficios varios y afirma que percibe ingresos mensuales por -aproximadamente- \$440.0000. La abuela paterna, señora Patricia, trabaja como empleada de servicios generales y se encarga del cuidado de Sebastián, el mayor de los hermanos[5] y de la bisabuela de los niños.

1.3 Luego de que los menores de edad fueran retirados del hogar materno, la abuela y el padre se presentaron ante la Defensoría de Familia – Centro Zonal de Ibagué, para solicitar su protección y cuidado porque no podían asumirlos. Por esta razón, la Defensoría de Familia ordenó abrir un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, en el marco del cual dispuso la ubicación de los niños en un hogar sustituto.

Adicionalmente, ordenó realizar estudios socio-familiares e informes sociales para establecer las condiciones, económicas y ambientales del grupo familiar; ubicar familiares que pudieran acoger a los niños; adelantar un dictamen pericial sobre su salud y estado nutricional; y emitir concepto sobre la medida definitiva a adoptar[6].

1.4 El 6 de mayo de 2013, en la Defensoría de Familia Regional Tolima, se llevó a cabo la audiencia de fallo dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos. En la audiencia se preguntó a la señora Patricia, si consideraba que estaba preparada para asumir la custodia de sus nietos Alejandro y Daniela, a lo que respondió negativamente[7]. Igual pregunta se hizo al padre de los niños, quien respondió que estaba dispuesto a hacerse cargo de ellos, pero manifestó que requería la colaboración del ICBF. El señor Juan también pidió que no entregaran a la niña a su abuela materna, pues a su juicio ese no es lugar para su adecuado desarrollo. Señaló que le gustaría que dejaran a la niña con su tía materna, pero que no sabía donde encontrarla, o en un internado, caso en el cual estaría dispuesto a pagarlo.

1.5 Mediante Resolución No. 158 del 6 de mayo de 2013, la Defensoría de Familia declaró en situación de vulnerabilidad los derechos de los niños Alejandro y Daniela y en consecuencia decidió confirmar la medida provisional de restablecimiento de derechos inicialmente adoptada, es decir, la ubicación de los niños en un hogar sustituto. Además ordenó i) realizar las investigaciones necesarias para establecer si el núcleo familiar de los niños estaba en condiciones de asumir su custodia y cuidado; ii) la publicación de los datos y fotografía de los niños en el espacio institucional de televisión “Los niños buscan su hogar”; y iii) hacer seguimiento e intervenciones terapéuticas y psicosociales a los niños y a su entorno familiar.

1.6 El 19 de junio de 2013, la Regional Tolima del ICBF, remitió a la señora Patricia y al señor Juan, citación a una diligencia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos que se adelantaba a favor de los niños Alejandro y Daniela[8].

El día 25 de junio de 2013, comparecieron ante el ICBF la señora Patricia y el señor Juan. A este último se le citó el 4 de julio a las 4 p.m para realizar el reintegro de los niños[9].

1.7 El día 5 de julio de 2013, la señora Patricia interpuso la acción de tutela de la referencia, solicitando garantizar los derechos a la dignidad e integridad de sus nietos, y en consecuencia, suspender la entrega de los niños al núcleo familiar, lo anterior porque no está en capacidad de hacerse cargo de ellos.

Respuesta de la Entidad demandada

2. Mediante comunicación remitida 11 de julio de 2013, el director del ICBF – Regional Tolima, hizo las siguientes aclaraciones sobre los hechos que motivaron la acción de tutela:

2.1 El ICBF tuvo conocimiento de la situación de los niños Alejandro y Daniela, quienes ingresaron a los programas de protección por solicitud de los señores Juan, Patricia y Ana, padre, abuela paterna y tía materna, respectivamente. Los citados familiares, reportaron al ICBF que los niños se encontraban con su progenitora, señora Rosa, en la ciudad de Bogotá, en estado de “total descuido”[10], razón por la cual los llevaron a Ibagué. En el mismo sentido, manifestaron que la madre de los menores de edad no reunía las condiciones para asumir el cuidado de los niños.

2.2 La Defensoría de Familia decidió, mediante auto del 8 de enero de 2013, abrir un proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de los niños Alejandro y Daniela, ordenando su ubicación en un hogar sustituto. Con el fin de garantizar el debido proceso, se dispuso notificar el contenido del auto a los padres de los niños.

2.3 Durante el proceso administrativo “el padre, la abuela y la bisabuela paterna han estado pendiente de los niños, de su desarrollo y acompañamiento, han sido valorados e intervenidos por el equipo psicosocial”. Además, dentro del término establecido en la Ley 1098 de 2006 (4 meses), se dispuso la realización de una audiencia de pruebas y fallo, la cual tuvo lugar el día 6 de mayo de 2013. En la Audiencia, comparecieron el padre y la abuela paterna de los niños “quienes manifestaron su disposición por asumir los niños, pero dificultad en cuidarlos, incluso en la audiencia, refirieron alternativas familiares que probablemente ayudarían con el cuidado de los niños”[11].

El ICBF informó el plazo máximo de permanencia de los niños bajo la medida de restablecimiento de derechos y que la decisión que se debe tomar al finalizar este plazo, es la declaratoria de vulneración, reintegro o adoptabilidad.

2.4 De acuerdo con el representante del ICBF, los familiares de los niños manifestaron su oposición a la medida de adoptabilidad y en consenso con el equipo psicosocial, “se solicitó la confirmación de la medida [de ubicación en hogar sustituto], mientras se buscaban alternativas familiares, y/o el padre o la abuela paterna asumían su rol como tal”[12]. Adicionalmente, los señores Juan y Patricia, remitieron un memorial en el que exponen las

razones por las cuales no pueden hacerse cargo de los niños y hacen un ofrecimiento voluntario de alimentos al ICBF.

2.5 Con base en los anteriores hechos, el director del ICBF regional Tolima, consideró infundadas las pretensiones de la accionante, pues con ellas “pretende desdibujar la función del ICBF dentro del ámbito de sus funciones, delegando en el instituto obligaciones que solo le corresponde a los padres asumir en representación de sus hijos”[13]. Adicionalmente indicó que, si los familiares de los niños Alejandro y Daniela continúan con su deseo de no hacerse cargo de los niños y de no existir alternativas familiares extensas en condiciones de asumir su custodia y cuidado, “la Defensoría a cargo del proceso de restablecimiento de derechos, se vería obligada a definir su situación con la DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD”.

2.6 Con base en las anteriores consideraciones, el director del ICBF regional Tolima, señaló que no es procedente “decretar la suspensión de la entrega de los menores a su núcleo familiar” y solicitó que fuera declarada improcedente la acción de tutela.

Las decisiones dentro del proceso de tutela

3. El conocimiento de la acción de tutela correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) que en sentencia de única instancia, proferida el 18 de julio de 2013, negó por improcedente el amparo solicitado. A juicio del Juzgado, la accionante no demostró que la decisión de reintegrar los niños a su núcleo familiar, le afectara de manera grave. Adicionalmente el juzgado consideró que la señora Patricia, contaba con otros medios de defensa, entre ellos, la posibilidad de solicitar la anulación del acto administrativo y su suspensión provisional.

Pruebas que obran en el expediente

4. Mediante Auto del veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013), la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, ordenó oficiar a la Defensoría de Familia – Regional Tolima, con el fin de que remitiera a esta Corporación información sobre la situación actual de los niños Alejandro y Daniela, en relación con la medida de restablecimiento de derechos vigente, si la hubiere; copia de los estudios socio-familiares e informes sociales realizados para establecer las condiciones sociales, económicas y ambientales del grupo

familiar de los niños; informe sobre la existencia de familiares que puedan acogerlos; copia del dictamen pericial sobre la salud y estado nutricional de los niños; copia de los conceptos elaborados sobre la medida de protección definitiva a adoptar; copia de los informes sobre el seguimiento e intervenciones terapéuticas y psicosociales realizados; copia de las actas de la diligencia adelantada el 19 de junio de 2013, dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos; y copia de la Historia Familiar No. 73C11010468230-2012.

La Defensoría de Familia – Regional Tolima, remitió a esta Corporación sendas carpetas, con la información correspondiente a los niños Alejandro y Daniela. De la información remitida se destacan los siguientes documentos:

- Acta de seguimiento al encuentro sostenido entre el niño Alejandro, su padre, abuela y bisabuela el 12 de abril de 2013. En el acta se indica que “se evidencia un lazo afectivo fuerte de parte de la abuela paterna señora Patricia quien manifiesta que ella trabaja toda la semana, pero pidió permiso para poder ver al niño, también manifiesta la necesidad de ver a la niña Daniela y que ella apoya en lo que pueda si es económicamente (sic) al señor Juan para pagar un internado donde cuidan los niños ya que ella no puede tenerlos a su lado por su horario de trabajo. // Al finalizar la visita la abuela se mostró muy conmovida, fueron afectuosos con el niño y se mostraron preocupados por su bienestar e interesados por el proceso y por la niña Daniela”[14].
- Ficha de seguimiento del Estado Nutricional de la niña Daniela en el que se registra que muestra signos de maltrato y descuido, así como riesgo de talla baja[15].
- Reporte de actuación del ICBF, de acuerdo con el cual el 25 de junio de 2013, luego de ser citados por el ICBF, comparecieron los señores Juan y Patricia a una entrevista con la psicóloga de la institución. De acuerdo con la profesional, “durante la intervención se sensibiliza al padre y a la abuela paterna para la posibilidad de reintegro de los niños, en lo cual se mostraron receptivos puesto que se les explicó en forma clara la necesidad a nivel afectivo que los niños permanecieran con su red familiar (sic)”. De acuerdo con el reporte “el padre de los niños se mostró comprometido, por lo cual se deja citación para el día 4 de julio a las 4 de la tarde, para realizar el reintegro de los niños”[16].
- Acta firmada por el Defensor de Familia, Centro Zonal Galán (Ibagué) el 2 de septiembre de 2013, en la que solicita al Coordinador del grupo jurídico de la regional

Tolima del ICBF, prorrogar la medida provisional de ubicación en medio familiar (hogar sustituto), de los niños Alejandro y Daniela, en razón de la acción de tutela instaurada por la señora Patricia[17].

- Acta firmada por el Defensor de Familia, Centro Zonal Galán (Ibagué) el 23 de septiembre de 2013, en la que resuelve prorrogar la medida de restablecimiento de derechos en favor de los niños Alejandro y Daniela hasta el día 7 de enero de 2014[18].

- Propuesta para la protección de los niños Alejandro y Daniela, remitida por el señor Juan al ICBF. En ella manifiesta que tanto él como la abuela de los niños están preocupados por sus hijos; que no están en capacidad de brindarles atención y cuidados y que está dispuesto a entregar como cuota mensual al ICBF la suma de \$200.000 pesos para contribuir a la protección de sus hijos. Pide que los ubiquen en un lugar donde puedan visitarlos y compartir con ellos.

Adicionalmente, mediante Auto del cuatro (4) de diciembre de dos mil trece (2013), se ordenó poner en conocimiento del señor Juan, la solicitud de tutela instaurada por la accionante, para que pudiera exponer su posición en relación con los hechos y las pretensiones elevadas por la accionante. El término para responder venció en silencio.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico y esquema de resolución

2. La señora Patricia, interpuso una acción de tutela solicitando la garantía de los derechos de sus nietos Alejandro y Daniela, presuntamente desconocidos por el ICBF. A juicio de la accionante, dicha entidad, después de haber ingresado a los niños en el programa de restablecimiento de derechos, decidió reintegrarlos a su núcleo familiar por el vencimiento del plazo establecido en la ley, sin considerar su incapacidad para cuidar de

ellos.

3. Teniendo en cuenta los hechos y circunstancias descritas con anterioridad, la Sala debe establecer si la decisión del ICBF de dar por finalizada la medida de restablecimiento de derechos adoptada en favor de los niños Alejandro y Daniela, desconoce sus derechos a la dignidad e integridad. Para ello, la Sala se referirá a i) el principio del interés superior de las y los niños; ii) el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; iii) las medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en nuestro ordenamiento jurídico; y iv) los deberes de los padres respecto de sus hijos.

El principio del interés superior de las niñas y los niños

4. Como se indicó recientemente en la sentencia T-955 de 2013[19], el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es relativamente reciente. Antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se consideraba que niños y niñas eran sujetos en proceso de convertirse en ciudadanos, mientras los adultos ejercían potestad sobre ellos. En contraste, hoy en día existe consenso sobre el hecho de que los niños y niñas tienen los mismos derechos que todos los seres humanos, además de prerrogativas especiales por el hecho de no haber alcanzado la mayoría de edad. Esas prerrogativas, se derivan de los cuatro principios básicos que orientan la Doctrina de la Protección Integral a los niños, niñas y adolescentes, consolidada a partir de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Estos son: a) la igualdad y no discriminación[20]; b) el interés superior de las y los niños[21]; c) la efectividad y prioridad absoluta[22]; y d) la participación solidaria[23].

5. En particular, en lo que respecta al principio de primacía del interés superior de los niños[24], la Convención Internacional sobre Derechos del Niño indica en su artículo 3º:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

“2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus

padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

“3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (negrilla fuera de texto).

Es decir, de acuerdo con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y la Constitución Política de Colombia, las y los niños no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico.

7. En el plano legal, a partir de la expedición del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), el Estado colombiano armonizó su legislación a los postulados internacionales en la materia. Sobre el principio de interés superior de los niños, el artículo 8º del Código de infancia y adolescencia señala que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Esta disposición es similar a la contenida en el derogado Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), que en su artículo 20 disponía que “las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”.

Las que en principio parecen pequeñas diferencias entre el Código del Menor y el Código de Infancia y Adolescencia, permiten evidenciar que este último “ha implicado un cambio sustancial en varias percepciones, incluso semánticas, sobre las relaciones de la sociedad con los sujetos de especial protección, respecto de quienes van dirigidas sus disposiciones. Por citar un ejemplo, con la nueva legislación se reemplaza el uso de la expresión menor, arraigada en nuestra cultura jurídica, por las categorías niño, niña o adolescente, en razón a la connotación peyorativa que puede desprenderse de la primera al momento de referirse a aquellas personas con una edad inferior a los dieciocho años”[25].

8. Ahora bien, en desarrollo del principio de supremacía del interés superior de las y los

niños esta Corporación, en sentencia T-510 de 2003[26], expedida bajo la vigencia del “Código del Menor”, desarrolló unos criterios generales para orientar a los operadores jurídicos en sus decisiones en cada caso concreto, los cuales mantienen toda vigencia al amparo del Código de Infancia y Adolescencia.

De acuerdo con la citada sentencia, para establecer cómo se satisface el interés superior se deben hacer consideraciones de dos tipos: i) fácticas: referidas a las circunstancias específicas del caso en su totalidad; y ii) jurídicas: referidas a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños. Sobre este asunto, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que “las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés”[27].

9. Adicionalmente, la misma sentencia T-510 de 2003, identificó las reglas que podían ser aplicadas para establecer en qué consistía el interés superior en el caso que ocupaba a la Corte[28], estas reglas han sido reiteradas y decantadas por la jurisprudencia, identificándolas como criterios decisorios generales en casos que involucran los derechos de menores de edad[29] y se pueden sintetizar en los siguientes deberes a cargo del juez de tutela:

- a. Deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña;
- b. Deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña;
- c. Deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos;
- d. Deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares[30], teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños;
- e. Deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña; y

f. Deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales.

g. Deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados[31].

10. En conclusión, si al resolver un caso concreto se encuentran involucrados los derechos de un menor de edad, al adoptar la decisión se debe apelar al principio de primacía del interés superior de los niños, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia. Cuando no sea claro cómo se satisface dicho interés, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, se deben hacer las consideraciones fácticas y jurídicas necesarias, contando el juez con un amplio margen de discrecionalidad, que lo lleve a adoptar una decisión siguiendo los criterios generales trazados por la Corte Constitucional.

El derecho a tener una familia y no ser separado de ella

11. Recientemente, en la sentencia T-955 de 2013[32], esta Sala de Revisión hizo algunas consideraciones sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. En ese sentido destacó que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hace referencia expresa en dos artículos a la protección a la familia. Así, establece en su artículo 11.2 que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”, y en el artículo 17.1 señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

En el mismo sentido, en nuestro ordenamiento jurídico interno, la Constitución Política de 1991 señala en su artículo 42, que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que es deber del Estado y la sociedad garantizar su protección integral. Además, el artículo 44 indica que los niños tienen derecho a “tener una familia y no ser separados de ella”.

Con base en los anteriores postulados, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reivindicado la exigencia de respeto y garantía de la unidad familiar, especialmente cuando

están de por medio derechos de niños y niñas[33], de modo que “la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”[34].

12. Ahora bien, esa protección no es absoluta, porque “el derecho constitucional preferente que le asiste a las niñas y niños, consistente en tener una familia y no ser separados de ella, no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”[35].

13. Es decir, de acuerdo con el marco jurídico sobre la materia, existe una protección reforzada a la familia, en particular, cuando su conformación incluye niños y/o niñas, así como por la convivencia entre padres e hijos. Esta regla admite como excepción que los niños o niñas puedan ser separados de sus padres y/o de su núcleo familiar, cuando así lo imponga su interés superior.

14. Así, la Corte Constitucional en sentencia T-408 de 1995, conoció el caso de una niña a quien no se le permitía ver a su mamá, quien se encontraba privada de la libertad. De acuerdo con la decisión adoptada por esta Corporación, el padre de la niña “vulneró el derecho fundamental de su hija a mantener su relación filial con su madre, al impedirle que tuviera contacto con ella, no obstante perseguir el fin loable de que su hija ‘no sufriera un trauma’. [Lo anterior porque], en ninguna parte del expediente aparece acreditado que tales relaciones afectaran negativamente la personalidad de la menor, hasta el punto de que la separación de su madre fuere necesaria”. De modo que, la ruptura del vínculo familiar no se justifica, por ejemplo, por el solo hecho de que el padre o la madre estén privados de la libertad.

15. De manera más sistemática la sentencia T-510 de 2003[36], diferenció entre una serie de hechos que i) son suficientes para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia; ii) pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de

protección; o iii) no son suficientes para adoptar la decisión de separar a un niño de su familia. Cabe destacar que ninguna de estas categorías contiene un listado exhaustivo ni taxativo.

Dentro de la primera, la Corte identificó los siguientes hechos, que constituyen circunstancias suficientes para decidir en contra de la ubicación de un niño en una familia:

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

Dentro de las circunstancias que pueden constituir motivos de peso para separar a un niño de su familia, la Corte incluyó “aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres”.

Finalmente, respecto de las circunstancias cuya verificación no es suficiente para justificar una decisión de separar a un niño, niña o adolescente de su familia biológica, la Corte identificó las siguientes:

- i. Cuando la familia biológica es pobre;
- ii. Cuando los miembros de la familia biológica no cuentan con educación básica;
- iii. Cuando alguno de los integrantes de la familia biológica ha mentado ante las autoridades con el fin de recuperar al menor;

iv. Cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar).

De acuerdo con la citada sentencia, estas últimas circunstancias, con excepción de la primera “pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño”.

16. Esta serie de situaciones, que permiten establecer si un niño debe o no ser separado de su familia biológica, son reflejo del carácter fundamental de este derecho. En este sentido, la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-502 de 2011[37], que “las autoridades públicas, en tanto que se está ante un derecho fundamental, deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”, salvo que sea estrictamente necesario.

Ahora bien, en dicha sentencia la Corte Constitucional destacó, siguiendo lo formulado en sentencia T-572 de 2009[38], que el derecho a la familia además de ser un derecho fundamental tiene facetas prestacionales, pues comprende elementos de contenido económico y asistencial[39]. Al respecto indicó:

“Desde la faceta prestacional del derecho a la unidad familiar, [las autoridades] se encuentran constitucionalmente obligadas a diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar, medidas positivas que apunten, precisamente, a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que merecen los niños, en especial, aquellos de menor edad. En otras palabras, las autoridades nacionales,

departamentales y municipales deben contar con programas sociales dirigidos a brindar a las familias opciones para que los niños permanezcan en un ambiente sano y seguro, mientras que sus progenitores cumplen con sus deberes laborales.

“En este orden de ideas, la acción estatal no puede encaminarse exclusivamente hacia la implementación de medidas de restablecimiento de derechos (ubicación del menor en centros de emergencia, hogares de paso, adopción, etc.), en tanto que mecanismos legítimos y necesarios dirigidos a proteger los derechos de los niños frente a peligros o amenazas verdaderamente reales contra sus derechos fundamentales, sino que igualmente, y de manera prioritaria, debe encausar su accionar, presupuestal y burocrático, hacia la puesta en marcha de medidas que, como se ha señalado, les faciliten a los padres poder cumplir con sus deberes constitucionales y legales en relación con la prole, y al mismo tiempo, suplir las necesidades económicas del núcleo familiar (vr. Programas de madres comunitarias, jardines del ICBF, etc.)[40].

17. Conforme a lo anterior, concluye esta Sala que existe un derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Este derecho no es absoluto, de tal suerte que un niño o niña puede ser separado de su familia, cuando se verifican una serie de circunstancias definidas por la ley y la jurisprudencia.

Además, por tener el derecho a la familia un carácter prestacional, el Estado tiene la obligación de adoptar políticas públicas para la preservación del núcleo familiar y que faciliten a los padres el cumplimiento de sus deberes, de modo que las obligaciones del Estado en la materia van más allá del mero cumplimiento de la ley y de la implementación de medidas de restablecimiento de derechos.

Medidas de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes

18. Como se señaló en apartados precedentes, con la expedición del Código de Infancia y Adolescencia, el Estado colombiano armonizó su legislación a los mandatos internacionales y desarrolló sus obligaciones en la materia. Este Código en su Capítulo II, establece en qué consisten y cuáles son las medidas de restablecimiento de los derechos de las y los niños. En este sentido, el artículo 50 indica que “se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido

vulnerados”.

Para establecer la procedencia de una medida de restablecimiento de derechos, las autoridades competentes deben, conforme al artículo 52 de la ley, verificar el estado de la garantía de los derechos de las y los niños, en particular:

“1. El Estado de salud física y psicológica.

“2. Estado de nutrición y vacunación.

“3. La inscripción en el registro civil de nacimiento.

“4. La ubicación de la familia de origen.

“5. El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos.

“6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social.

“7. La vinculación al sistema educativo”[41].

Luego, procede determinar si puede adoptarse alguna o varias de las medidas de restablecimiento de derechos, que de acuerdo con el artículo 53 del Código de Infancia y Adolescencia son:

“1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

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

“3. Ubicación inmediata en medio familiar.

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

“5. La adopción (...)”[42].

Además, el Código de Infancia y Adolescencia, de manera particular, indica lo siguiente sobre la medida de ubicación inmediata en medio familiar mediante hogares sustitutos:

“ARTÍCULO 59. UBICACIÓN EN HOGAR SUSTITUTO. Es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.

Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En ningún caso podrá otorgarse a personas residentes en el exterior ni podrá salir del país el niño, niña o adolescente sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa de la autoridad competente (...).” (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, el objetivo de esta medida es proteger y garantizar los derechos de los niños, su fundamento es la solidaridad[43] y una de sus principales características es su carácter temporal[44], esta última se justifica en la necesidad de no someter a los niños y niñas a una situación de interinidad en relación con la garantía de sus derechos.

19. Ahora bien, la Corte Constitucional ha analizado los casos de acciones de tutela interpuestas por los encargados de hogares sustitutos, actuando en nombre de niños y niñas beneficiarios de estos programas, cuando el ICBF los ha dado por terminados de manera abrupta. En estos casos, la Corte ha estimado que la decisión del ICBF de dar por finalizado de esta forma el programa, desconoce los derechos de los menores de edad[45]. También ha conocido los casos de padres que califican de arbitraria la adopción de este tipo de medidas y ha establecido que ésta debe ser estrictamente necesaria y proporcionada, así como garantizar el derecho al debido proceso[46].

20. Es decir, en los casos en los que la dignidad y/o integridad de un niño o niña es amenazada, el Estado, en cabeza del ICBF, debe adoptar las medidas necesarias para restablecer sus derechos. Estas medidas van desde la amonestación hasta la declaratoria de adoptabilidad y dentro de ellas se destaca la posibilidad de que un niño o niña sea

ubicado en un hogar sustituto, medida de carácter temporal.

Los deberes de los padres respecto de sus hijos

21. De acuerdo con el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia, “la responsabilidad parental es (...) la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3.2, que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”.

Con base en estos fundamentos, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes oportunidades para establecer que los padres tienen una serie de deberes respecto de sus hijos, orientados a la satisfacción de sus derechos y su bienestar general.

22. En ese sentido, en sentencia T-116 de 1995, conoció el caso de una niña que sufría continuos maltratos por parte de su padre, quien llegó incluso a raptarla. Si bien, la Corte negó el amparo solicitado, pues se orientaba a que invadiera competencias a cargo de la Fiscalía, al pronunciarse sobre los deberes parentales, indicó que “no se agotan en la obtención de los recursos económicos indispensables para garantizar a sus miembros elementos materiales como la vivienda digna, la manutención, el vestuario y la educación contratada con establecimientos públicos o privados, sino que entre aquéllos se destacan como esenciales a su función los relacionados con la formación moral e intelectual de los hijos, desde las primeras edades” (negrilla fuera de texto).

23. Luego, en la sentencia T-182 de 1999, la Corte conoció el caso de dos niñas de 11 y 13 años de edad que alegaban el desconocimiento de los derechos fundamentales de los niños, así como de los derechos a la igualdad y no discriminación y a una vivienda digna por parte de su padre, quien había incumplido sus obligaciones alimentarias y había manifestado su deseo de desalojarlas de su lugar de habitación. En esa oportunidad, estableció que “la decisión que en forma libre y espontánea puede adoptar una pareja acerca de la tenencia de unos hijos y, por supuesto, respecto de la definición del número

esperado de ellos, debe estar acompañada de altos niveles de responsabilidad y compromiso, en razón a la incidencia que la misma acarrea”. Además, de acuerdo con la Corte, “ser padre y madre supone, además de la consecución y ofrecimiento de una situación económica favorable para resolver las necesidades materiales que requieren las personas para su desarrollo integral, tales como una vivienda digna, manutención, vestuario y educación, satisfacer unas necesidades intangibles que sin duda alguna influyen en forma determinante en la construcción de un ser humano, como son las de orden moral, afectivo, psicológico e intelectual”. Conforme a lo anterior, la Corte ordenó conceder transitoriamente el amparo solicitado, mientras se adelantaban las respectivas solicitudes ante las autoridades correspondientes para determinar si la conducta del padre era motivo de sanción.

24. Finalmente, en la sentencia T-688 de 2012, la Corte conoció el caso de una acción de tutela interpuesta en nombre de una menor de edad, a quien le negaron estudiar en la jornada sabatina por no cumplir la edad requerida para ello. La solicitud se fundamentaba en el hecho de que la niña, por ser la mayor de sus hermanos, debía encargarse de su cuidado, pues su madre los había abandonado y su padre debía trabajar. Atendiendo a las particularidades del caso, la Corte resolvió ordenar al Colegio accionado autorizar la inscripción de la niña en la jornada sabatina, mientras la familia superaba las circunstancias por las que atravesaba. Para ello, hizo una serie de consideraciones sobre los deberes de los padres, recalcando que “el ser padre y madre implica una serie de derechos y deberes que en principio deben ser asumidos de manera conjunta, con la finalidad de proporcionarle a los menores un adecuado desarrollo físico, psicológico, una vivienda digna, educación, vestuario, recreación, salud y en general un compromiso por parte de los padres de proporcionarle a los hijos un clima favorable que le garantice un desarrollo integral que más adelante permita que sean sujetos que le contribuyan de manera positiva a la sociedad”.

Respuesta al caso concreto

25. En esta oportunidad la Corte Constitucional conoce el caso de los niños Alejandro y Daniela, debido a que su abuela paterna interpuso una acción de tutela solicitando que no fuesen reintegrados a su núcleo familiar, después de vencido el término de la medida de restablecimiento de derechos decretada a su favor.

Tanto la abuela como el padre de los niños, han manifestado reiteradamente que no están en capacidad de hacerse cargo de ellos, sin embargo, se oponen a que sean declarados en adoptabilidad. Asimismo, el padre ha hecho un ofrecimiento voluntario de alimentos.

Teniendo en cuenta el anterior marco fáctico y las consideraciones hechas en esta sentencia, corresponde establecer si la decisión del ICBF de dar por finalizada la medida de restablecimiento de derechos adoptada en favor de los niños Alejandro y Daniela, desconoce sus derechos fundamentales.

26. Antes de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala debe hacer un análisis sobre la procedibilidad de la acción, en particular en cuanto a la legitimación por activa y al principio de subsidiariedad. Lo anterior, teniendo en cuenta i) que la solicitud de amparo fue interpuesta por la abuela de los niños, y ii) que el juez de instancia decidió negar el amparo por considerarlo improcedente, bajo el argumento de que la accionante contaba con otros medios de defensa.

27. Sobre la legitimidad de la abuela para interponer la presente acción de tutela, esta Sala reitera que, tratándose de derechos de menores de edad, la informalidad de la solicitud de amparo es mayor, de modo que quien represente sus intereses no necesariamente debe afirmar expresamente que lo hace. Antes bien, en virtud del principio de primacía del interés superior de los niños, puede iniciarse esta acción por quien considere que sus derechos están siendo desconocidos.

En este sentido encuentra la Corte que la señora Patricia, abuela de los niños, busca la garantía de sus derechos fundamentales, razón por la cual está legitimada para interponer la acción de tutela[47].

28. Respecto del principio de subsidiariedad, cabe destacar que al igual que ocurre con la legitimación en la causa, este requisito se hace menos exigente tratándose de la garantía de los derechos de menores de edad. Esto porque la “procedibilidad de la acción de tutela se torna más flexible cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como los niños”[48]. En este sentido, “la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que los trámites administrativos realizados por los funcionarios del I.C.B.F, si bien se desarrollan por medio de la intervención de órganos legalmente señalados, deben ajustarse a la Constitución; por tanto, si en cumplimiento de sus funciones se viola la Constitución o la

ley, o se vulnera un derecho fundamental, esta actuación es susceptible de ser controvertida judicialmente. En principio, ante la justicia administrativa o de familia; pero también ante la jurisdicción constitucional cuando se ha violado o se encuentra amenazado un derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial, o de existir su utilización puede permitir que se ocasione un perjuicio de carácter irremediable”[49](negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, a juicio de esta Sala, si bien la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, existen graves riesgos para la garantía de los derechos a la dignidad e integridad de los niños, pues su abuela afirma que su núcleo familiar no está en condiciones de darles cuidado y protección, razón por la cual el ejercicio de la acción de amparo se encuentra justificado y pasará la Corte a resolver el problema jurídico planteado.

29. Como se señaló, los derechos de los niños Alejandro y Daniela pueden ser desconocidos por la decisión del ICBF de reintegrarlos a su núcleo familiar, según se desprende de las afirmaciones de la abuela. También por la eventual decisión de declararlos en adoptabilidad, porque el derecho a la familia implica privilegiar a la familia biológica y porque el padre se opone a esta medida. De modo que es necesario establecer qué hacer frente a la negativa del padre y abuela a hacerse cargo de los niños y también a que los niños sean retirados definitivamente del núcleo familiar, teniendo en cuenta que la opción intermedia, esta es, mantener a los niños indefinidamente en el programa de Hogar Sustituto, no es viable, pues desnaturaliza la medida, ubica a los menores de edad en una situación de inestabilidad e interinidad respecto a su ubicación familiar y contribuye a romper los lazos existentes entre los menores de edad y su padre.

30. Ahora bien, la protección y garantía de los derechos de las y los niños es, por mandato del Código de Infancia y Adolescencia, responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado. En este sentido, el artículo 10º del citado Código establece:

Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos

los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

31. Ello quiere decir que, cuando las familias no están en capacidad de asumir las obligaciones que le corresponden, el Estado y la sociedad deben concurrir a ello “y esto se hace ateniéndose al régimen legal que regula las situaciones en las que deben restablecerse los derechos de los menores que han sido vulnerados y los mecanismos de protección encaminados a superar tales situaciones”[50], por eso existen diferentes tipos de medidas de restablecimiento de derechos que permiten una mayor o menor participación familiar según sea el caso, o incluso, la ruptura de la relación paterno-filial y el establecimiento de una nueva, como sucede con la adopción.

Ahora bien, cuando es necesario imponer una medida de restablecimiento de derechos (o una prórroga), debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga el interés superior del niño o la niña.

32. Como se señaló en los considerandos de esta sentencia, la Corte Constitucional ha desarrollado unos criterios generales para orientar a los operadores jurídicos en la determinación del interés superior en cada caso concreto. Lo primero es entonces hacer una valoración fáctica y jurídica, teniendo en cuenta que el juez cuenta con un amplio margen de discrecionalidad. Es decir, si bien existen normas orientadas a establecer los términos de los programas de restablecimiento de derechos, en este caso de los hogares sustitutos, los operadores jurídicos deben hacer valoraciones especiales sobre las circunstancias excepcionales que rodean el caso.

33. Así, el artículo 59 del Código de Infancia y Adolescencia indica que la ubicación de un niño en un hogar sustituto debe decretarse por el menor tiempo posible, sin que pueda exceder los 6 meses y pudiendo prorrogarse por un periodo igual. Por otra parte, tenemos el caso de dos menores de edad, cuya madre falleció y quienes integran un núcleo familiar compuesto por i) su hermano mayor, ii) su padre, quien goza de libertad condicional y no tiene un empleo fijo, iii) su abuela, quien devenga un poco más del salario mínimo y asume

la mayoría de los gastos familiares y iv) su bisabuela. Tanto el padre como la abuela de los niños se han negado recurrentemente a asumir su cuidado, pues carecen de recursos para ello.

34. Para esta Sala, en uso del amplio margen de discrecionalidad que se ha dispuesto para estos casos, no es posible atenerse estrictamente al tenor literal de la norma para resolver el caso concreto, lo cual implicaría reintegrar inmediatamente a los niños a su hogar. Antes bien, resulta necesario apelar a dos de los criterios decisivos que debe tener en cuenta el juez de tutela al momento de decidir casos en los que están involucrados menores de edad, estos son i) el deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares; y ii) el deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña.

Respecto del deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares, tenemos que tanto los niños involucrados en este caso, como sus familiares, tienen derecho a tener una familia y a que el vínculo paterno-filial no sea roto. Incluso el padre y la abuela de los niños han manifestado su deseo de ejercer ese derecho. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado:

“A la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado”[51].

Adicionalmente, de acuerdo con la sentencia T-510 de 2003, para establecer “la aptitud o ineptitud de un determinado núcleo familiar para proveer el cuidado y atención requeridos por un menor” debe tenerse en cuenta “la forma en que los padres o acudientes han cumplido en el pasado con los deberes que les corresponden frente a los menores de edad”.

A juicio de la Sala, el padre y la abuela de los niños han cumplido, en la medida de sus posibilidades, con sus deberes frente a los niños. Evidencia de ello es que el padre de los niños los retiró de hogar materno al constatar las condiciones en que vivían y los llevó al ICBF argumentando su incapacidad de asumir su cuidado y protección. Además, el padre de los niños ha hecho un ofrecimiento voluntario de alimentos. Es decir, ha adoptado las decisiones que a su juicio, mejor satisfacen el interés superior de los niños.

Sin embargo, respecto de la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño, que hace referencia a que se les debe garantizar una familia “en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección”[52], se ha pronunciado el núcleo familiar de los menores de edad, y ha comunicado su imposibilidad de asumir esos deberes. Por ello, el ICBF le ha informado que de seguir en esta posición, procedería la declaratoria de adoptabilidad.

Es decir, aunque el padre y la abuela de los niños han tratado de cumplir con sus obligaciones, han manifestado su incapacidad para proveer un ambiente familiar apto para el desarrollo de los niños, lo que indicaría que su núcleo familiar no está en capacidad de garantizar sus derechos.

35. No obstante, no es claro que en este caso se reúnan los requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia para tomar la decisión de retirar a un niño de su familia, estos son, la existencia de i) claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del niño o la niña; ii) antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; o iii) las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena protección (abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos). Razón por la cual no sería procedente –en principio- la adopción de una medida de este tipo.

Así las cosas, nos enfrentamos a un caso en el que el padre manifiesta que no desea que sus hijos sean entregados en adopción y además no existe ninguna circunstancia que imponga inequívocamente al ICBF retirar los niños de la familia biológica. Tan es así que dicha entidad resolvió reintegrarlos a su núcleo familiar.

36. Por lo anterior, y considerando que el padre y la abuela de los niños deben garantizar el componente fundamental del derecho a la familia, lo que implica prodigar el amor y cuidados necesarios para la preservación de la unidad familiar, y que el Estado debe, en función del contenido prestacional del derecho, diseñar e implementar políticas públicas orientadas a que los niños permanezcan en un ambiente adecuado, mientras los adultos se encargan de proveer económicamente, esta Sala ordenará reintegrar –aunque no de forma abrupta- a los menores de edad a su núcleo familiar. Además dispondrá que se adopten

medidas orientadas a que los señores Juan y Patricia, reúnan las capacidades necesarias para asumir las obligaciones que se derivan del cuidado de los niños.

37. Así, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la última prórroga de la medida de restablecimiento de derechos ordenada por el ICBF, los niños debieron ser entregados a su núcleo familiar el pasado 7 de enero, la Corte Constitucional ordenará al ICBF Regional Tolima que a través de un equipo especializado, identifique programas de asistencia, acompañamiento y restablecimiento de derechos diferentes al Hogar Sustituto, en los que puedan participar los niños Alejandro y Daniela (tales como los hogares amigos, hogares padrinos, comedores comunitarios, entre otros) y que mejor se adapten a su situación familiar. El ICBF deberá garantizar la inclusión de los niños en alguno de estos programas, informar al padre de los niños al respecto y acompañar al núcleo familiar en el proceso de adaptación.

De no haberse hecho efectiva la entrega de los niños a su padre, el ICBF deberá diseñar un cronograma orientado al reintegro efectivo de los niños a su núcleo familiar en un plazo máximo de tres meses, tiempo en el cual deberán hacerse las gestiones necesarias para que los niños sean incluidos en los programas de asistencia, acompañamiento y restablecimiento de derechos que el Instituto considere pertinentes.

A su vez, el ICBF deberá orientar al padre y a la abuela de los niños sobre la existencia de programas de subsidios y/o transferencia condicionada de dinero (v.gr Familias en Acción) a los que puedan aplicar, así como programas de apoyo psicosocial que consideren las especiales condiciones familiares, con el propósito de que reúnan las capacidades necesarias para asumir el cuidado de los niños. Lo anterior, porque si bien el derecho a tener una familia requiere de prestaciones positivas, orientadas a la preservación del núcleo familiar, también impone obligaciones a los padres de familia.

38. Finalmente, se advertirá que si el núcleo familiar de los niños Alejandro y Daniela, persiste afirmar su incapacidad de asumir su cuidado y protección, bien sea i) porque cumplido el plazo de tres meses definido en esta sentencia (supra. 33) el padre y la abuela de los niños persisten en no recibirlos bajo su cuidado; porque ii) de haber recibido a los niños, se niegan a adelantar las gestiones pertinentes para reunir las condiciones necesarias para su cuidado; o iii) porque se configuren las circunstancias que de manera

inequívoca justifiquen retirar a los niños de su núcleo familiar (supra. 15), el ICBF deberá continuar los trámites pertinentes en el marco del proceso de restablecimiento de derechos.

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia adoptada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) el 18 de julio de 2013 y que negó por improcedente el amparo solicitado.

Segundo.- TUTELAR los derechos al interés superior y a tener una familia y no ser separados de ella, de los niños Alejandro y Daniela y en consecuencia, ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que:

- i) En un plazo máximo de un mes, contado a partir del momento en que sea notificada esta sentencia, a través de un equipo especializado, identifique programas de asistencia, acompañamiento y restablecimiento de derechos diferentes al Hogar Sustituto, en los que puedan participar los niños Alejandro y Daniela;
- ii) Garantice la inclusión de los niños en los programas de asistencia, acompañamiento y/o restablecimiento de derechos desde el momento en que sean entregados a su núcleo familiar y hasta que la situación de la familia lo amerite; y
- iii) Acompañe al núcleo familiar en el proceso de adaptación a este cambio, mediante las acciones que estime pertinentes.

Para garantizar el cumplimiento de esta orden, el ICBF deberá remitir informes trimestrales al juzgado de primera instancia, informando los programas de asistencia, acompañamiento y/o restablecimiento de derechos de los que sean beneficiarios los menores de edad, durante los próximos dos años.

Tercero.- ORDENAR al ICBF que de no haberse hecho efectiva la entrega de los niños a su padre, diseñe un cronograma orientado al reintegro efectivo de los niños a su núcleo familiar en un plazo máximo de tres meses, tiempo en el cual deberán hacerse las gestiones necesarias para que los niños sean incluidos en los programas de asistencia, acompañamiento y restablecimiento de derechos que el Instituto considere pertinentes, en los términos de la segunda orden.

Cuarto.- ORDENAR al ICBF que en un plazo máximo de un mes, contado a partir del momento en que sea notificada esta sentencia, oriente al padre y a la abuela de los niños Alejandro y Daniela, sobre la existencia de programas de subsidios y/o transferencia condicionada de recursos (v.gr Familias en Acción). EL ICBF deberá informar al juzgado de primera instancia, sobre el cumplimiento de esta orden en un plazo de tres meses.

Quinto.- ORDENAR al ICBF que en un plazo máximo de un mes, contado a partir del momento en que sea notificada esta sentencia, vincule al padre y a la abuela de los niños Alejandro y Daniela, a programas de apoyo psicosocial orientados a lograr que reúnan las capacidades necesarias para asumir el cuidado de los niños. Para ello deberá garantizar por lo menos una sesión de acompañamiento y apoyo psicosocial trimestral durante los próximos dos años, salvo que se evalúe la necesidad de variar dicha periodicidad.

Sexto.- ADVERTIR al ICBF que, si el núcleo familiar de los niños Alejandro y Daniela, continúa en incapacidad de asumir su cuidado y protección, en los términos definidos en esta sentencia (párrafo 38), deberá continuar con los trámites pertinentes en el marco del proceso de restablecimiento de derechos.

Séptimo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1] De acuerdo con el acta de conciliación y restablecimiento de derechos, suscrita el 17 de septiembre de 2012 entre los padres de los niños y la abuela paterna, se acordó que la custodia, tenencia y cuidado personal del mayor de los hermanos, identificado como Sebastián, estaría a cargo del padre del niño, mientras que la de sus hermanos, estaría a cargo de la madre. Folio 6 del cuaderno de pruebas No. 1.

[2] Folio 16 del cuaderno principal. En adelante, a menos que se indique lo contrario, se entenderá que se hace referencia al cuaderno principal.

[3] De acuerdo con una comunicación remitida al ICBF por la madre sustituta asignada a los niños Alejandro y Daniela, ellos “comentan que la mamá los ponía a inhalar pegante en Bogotá, y que a ellos les gusta inhalar, porque se sienten bien”. Folio 19, cuaderno de pruebas No. 1.

[4] Folio 37, cuaderno de pruebas No. 1.

[5] De acuerdo con la documentación allegada por el ICBF, el señor Juan certificó que trabaja como ayudante de construcción por días, percibiendo un pago de \$22.000 pesos por cada día trabajado. Por su parte, la señora Patricia se desempeña en servicios generales en la empresa Agrovar S.A.S, percibiendo un salario mensual de \$612.000 pesos. Folios 35 y 36, cuaderno de pruebas No. 1.

[6] Folio 18.

[7] Folio 19.

[8] Folio 2.

[9] Folio 98, cuaderno de pruebas No. 2.

[11] Folio 10.

[12] Folio 11.

[13] Folio 12.

[14] Folio 42, cuaderno de pruebas No. 1.

[15] Folio 53, cuaderno de pruebas No. 1.

[16] Folio 57, cuaderno de pruebas No. 1.

[17] Folio 67, cuaderno de pruebas No. 1.

[18] Folio 71, cuaderno de pruebas No. 1.

[19] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[20] Artículo 2.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

[21] Artículo 3.1. Ibídem.

[22] Artículo 4. Ibídem.

[23] Artículo 5. Ibídem.

[24] Aunque es la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, la que consolida la doctrina integral de protección de la niñez, incluyendo como principio orientador el interés superior de las y los niños, el primer instrumento internacional que hizo referencia a ese postulado fue la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño. Después fue reproducido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25. 2), la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 2º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19).

[25] Sentencia T-572 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[26] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[27] Sentencia T-580A de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[28] En esa oportunidad la Corte conoció el caso de una mujer que, sin haber sido asesorada adecuadamente por el ICBF, entregó a su hija recién nacida en adopción. Posteriormente revocó su consentimiento, pero ello no fue aceptado porque a juicio del

ICBF, transcurrido un mes desde la entrega en adopción de un menor de edad, el consentimiento se hace irrevocable. La mujer, identificada como Beatriz, solicitó mediante la acción constitucional de amparo, que la niña no fuera dada en adopción y le fuera entregada. La Corte ordenó reintegrar a la niña al seno de su familia biológica.

[29] Estas reglas han sido reiteradas en las sentencias T-292 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda; T-497 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-466 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda; T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle; T-580A de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, y C-900 de 2011, entre muchas otras.

[30] La jurisprudencia de manera general ha reiterado la regla referida a la necesidad de equilibrar los derechos de los niños y los de sus padres. Sin embargo, en sentencia T-397 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda y T-572 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao, se reformuló esta regla para hablar de la necesidad de equilibrar los derechos de los parientes biológicos o de crianza, con los derechos de las y los niños.

[31] Esta regla fue formulada en las sentencias T-397 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda y T-572 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

[32] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[33] Ver sentencia T-572 de 2010, M.P. Juan Carlos Heno Pérez.

[35] Sentencia C-997 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[36] M.P. Manuel José Cepeda.

[37] M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[38] M.P. Humberto Sierra Porto.

[39] Dicha sentencia indica que existe “una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquella pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido

prestacional. // En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. // Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales”.

[40] Sentencia T-502 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[41] Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 52.

[42] Ibídem. Artículo 53.

[43] Sentencia T-715 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

[44] Al respecto ver: Sentencias, T-941 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-893 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

[45] Al respecto, la sentencia T-715 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero señaló que “cuando abruptamente se la separa de la pareja A-B, (así fuera un hogar sustituto), tal comportamiento violenta los derechos de la niña porque el rompimiento, además de inhumano, significó la violación al derecho fundamental a la imagen de una familia, a no ser separado de ella y al cuidado y al amor que el artículo 44 de la C. P. consagra como parte de los derechos fundamentales del niño”. Ver también: sentencia T-941 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[46] Ver entre otras, sentencia T-276 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[47] En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-120 de 2009, M.P. Clara Inés

Vargas, indicó que, de acuerdo con su jurisprudencia, “cuando se agencian los derechos fundamentales de menores de edad, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, y por tanto no interesa realmente una especial calificación del sujeto que promueve la solicitud de amparo. En esta medida, no es forzosa la manifestación acerca de que el afectado no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, pues ello puede ser obvio tratándose de niños”

[48] Sentencia T-580 A de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[49] Sentencia T-497 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[50] Sentencia T-1028 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy.

[51] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Sentencia del 27 de abril de 2012. Párr. 119.

[52] Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda.