

Sentencia T-090/10

DERECHOS DEL NIÑO-Fundamentales y prevalentes

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Reiteración jurisprudencial

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Los padres tienen la responsabilidad de proporcionar un ambiente adecuado para el desarrollo integral del niño

Los padres son los principales llamados a materializar la unidad familiar, dando protección y asistencia integral al menor para garantizar su desarrollo, teniendo un canal de comunicación y generando confianza. Cuando los padres se desentienden de sus responsabilidades con los hijos, tales como protegerlos, educarlos, apoyarlos y darles afecto, el menor de edad es el directamente afectado.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Recae en el Estado la responsabilidad de restablecer los derechos vulnerados del niño

Al faltar la familia, quien es la principal encargada de proteger los derechos del menor, es el Estado el responsable de intervenir para suplir esa falencia, por intermedio de las defensorías de familia, las cuales asumen la obligación legal de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Referencia: expediente T- 2.409.649

Acción de Tutela instaurada por Mayerly Jiménez Ruiz contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la localidad del barrio Santafé en Bogotá D.C. y contra el Juzgado 13 de Familia de Bogotá D.C.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil diez (2010).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y

Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

La señora Mayerly Jiménez Ruiz en representación de su hijo menor de edad, Giovanni Arévalo Jiménez, demanda del juez de tutela la protección de los derechos fundamentales de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella y al debido proceso, presuntamente vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Juzgado 13 de Familia de Bogotá al ordenar la pérdida de la patria potestad sobre su hijo por abandono. Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Aduce que el 19 de septiembre de 2008 el Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del barrio Santafé, en Bogotá D.C., ordenó realizar un allanamiento en el domicilio de la señora Aura Rosa Oliveros, con el fin de efectuar el rescate del niño Giovanni

Arévalo Jiménez.

1. Afirma que no se adelantó un proceso administrativo con todas las garantías constitucionales en el cual se pudiera defender, pues se omitió expedir un auto de apertura de investigación distinto al del allanamiento.

1. Asegura que el defensor de familia incurrió en un error procedimental al desconocer el artículo 99 del Código de la Infancia y la Adolescencia donde se ordena al funcionario abrir la respectiva investigación cuando tenga conocimiento de la vulneración de los derechos fundamentales de un menor, lo cual no ocurrió, pues sin efectuar ninguna citación, ni practicar pruebas, procedió a ordenar el rescate de su hijo.

1. Acusa al Juez 13 de Familia de Bogotá D.C por incumplir la normatividad aplicable, pues al homologar la actuación administrativa del defensor de familia, adujo que el auto de allanamiento es el mismo de apertura de investigación administrativa, cuando son dos actuaciones distintas.

1. Expone que no se le podía notificar el auto de apertura de investigación administrativa, pues tal actuación no existió. Por tanto, el defensor de familia no podía informarle que tenía 5 días para pedir pruebas desde cuando se realizó el rescate.

1. Explica que en el proceso administrativo, cuando se le pretendía notificar la resolución de rescate, no la aceptó, pues ésta no indicaba que fuera una apertura de investigación.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el 3 de julio de 2009, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, admitió la acción y ordenó correr traslado de la misma al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Santafé, para que enviara copia de las actuaciones administrativas y judiciales relacionadas con la declaratoria de adaptabilidad del niño. De igual forma, ordenó correr traslado al Juzgado 13 de Familia para que enviara una copia de la providencia de homologación y se pronunciara en cuanto los hechos de la tutela.

1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Afirma que de acuerdo con la solicitud firmada por la secretaria de esa sala, con fecha 3 de julio de 2009 y recibida en este despacho el día 6 de los corrientes, y dando cumplimiento a dicha solicitud, remitió a usted copia simple del expediente en cuestión.

1. El Juzgado Trece de Familia

Explica que en virtud del requerimiento hecho por el juez de tutela, remite copia de la providencia de homologación. Respecto a los hechos de la demanda no hizo ningún pronunciamiento.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

Documentos que obran en el expediente.

1. Copia de auto del 19 de septiembre de 2008 emitido por el defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familia de la localidad de Santafé en Bogotá D.C, en el cual consta lo siguiente:

No de registro 2008-340525 de fecha 29 de agosto se recibe comunicación de anónimo quienes informan que en la dirección se encuentra un niño a quien sus padres lo dejaron hace dos años, que no regresaron, se encuentra mal de salud y no le han brindado atención médica por la falta de papeles. Que de no recibir apoyo se presentaran a séptimo día para denunciar el caso.

El dos de septiembre se recibe en el Call Center nueva llamada informando que la persona que tiene a su cargo al niño lo va a esconder para que el ICBF no lo encuentre cuando haga su visita.

La trabajadora social realiza visita domiciliaria el 3 de septiembre de 2008 al lugar, se contacta con la señora que habita la casa que se llama Aura Rosa Oliveros conocida como "María de las arepas", la señora no permite el ingreso al hogar y se muestra agresiva con la funcionaria, sin embargo se le cita al centro zonal.

Se presenta la señora Aura Rosa Oliveros al centro zonal, informa que si tuvo a cargo al niño Giovanni, pero que no es su deseo decir donde está ni traerlo al ICBF, que lo tienen los padres y desconoce donde se encuentra. Se muestra agresiva con la servidora.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta el grave riesgo que puede estar corriendo la vida del niño por su estado de salud y la falta de atención médica, es necesario continuar con las diligencias tendientes a su ubicación y rescate.

Teniendo en cuenta que no hay información adicional sobre el posible paradero del niño distinta a la dirección de la señora que lo cuidaba, es necesario ingresar al hogar de la misma en compañía de la fuerza pública, para lo cual se deberá convocar y adelantar la diligencia realizando el allanamiento correspondiente si es pertinente de acuerdo con los establecido por el artículo 103 de 2008.

1. Copia de registro de información del 29 de agosto de 2008 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Santafé, suscrito por la trabajadora social Paola Camargo Castro. En aquel documento se indica:

Situación encontrada: se atiende a la denuncia en la dirección Barrio Santa Barbará

Centro, se ubica a la señora quien tiene al cuidado al niño, se percibe riesgo social, pésimas condiciones habitacionales, sin documento de identidad del niño, no está afiliado a seguridad social en salud, no reportan información precisa de los padres biológicos, manifiesta que el niño fue registrado en la Registraduría de San Carlos, no es familiar del niño, refieren los vecinos que la progenitora del niño .. es consumidora de SPA, es abandonica, negligente y al parecer habita en la calle, el papa comenta que él está lejos pero no precisan información.

1. Copia de la providencia fechada el 5 de junio de 2009 emitida por el Juzgado Trece de Familia de Bogotá en el proceso de homologación del trámite administrativo adelantado por el defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Santafé. Del fallo se desprenden las siguientes conclusiones:

Basta decir, que la homologación se ha instituido como mecanismo de revisión del debido proceso y no para descalificar las decisiones que en el fondo hubiere adoptado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de sus defensores de familia o de la dirección regional si hubiere sido desatado el recurso de apelación.

Es decir, al juez sólo le compete velar porque el proceso administrativo haya seguido su cauce normal, notificado todas las decisiones adoptadas, resuelto todas las peticiones elevadas por los interesados y garantizado los derechos fundamentales de los menores y los derechos al “debido proceso” y “defensa”.

Suficientemente se ha probado que durante el largo tiempo en que ha permanecido el menor en proceso de protección, su progenitora la señora Mayerly Jiménez Ruiz no ha mejorado sus condiciones de vida, ni ofrecido alternativa viable para reintegrarle su hijo, sin que se lograra durante este tiempo que asumiera de forma alguna su rol como madre y mucho menos sus obligaciones como tal.

Toda vez que una notificada del auto de apertura de la investigación administrativa que lo fue en el auto que ordenó el allanamiento, no deprecó la práctica de prueba alguna para desvirtuar los cargos allí endilgados, sino por el contrario en la exposición rendida, reconoció que el niño se encontraba sin registrar, que no había ejercido acción alguna para que el padre lo reconociera y así lograr el cumplimiento de los deberes de éste como tal, que desde

muy pequeño lo dejó al completo cuidado de una persona ajena de quien desconoce sus apellidos, no lo había ingresado a ningún lugar educativo ni jardín escolar, que no realizó ninguna demanda o gestión para que el padre biológico fuera obligado a contribuir con alguna suma de dinero, para que el diario vivir del menor de edad fuera un poco más óptimo y adecuado; no prestó la colaboración ni demostraron un verdadero interés en recuperar y ejercer su rol de madre, sino todo lo contrario presentó durante el curso del proceso un desinterés y abandono frente a las resueltas del mismo. No se comprometió con ofrecer una cuota alimentaria a favor de su menor hijo.

Considera el juzgado que en el caso materia de análisis lo que realmente se debe tener en cuenta es lo que fue probado y demostrado desde cuando el menor ingresó a protección en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ya que si de verdad hubiese querido recuperar a su hijo, hubiese sido otra la actitud a tener en el devenir de las actuaciones, máxime si se tiene en cuenta que fue notificada del auto de apertura, sin que desde entonces reclamara el derecho que como madre tiene, durante el largo tiempo de su institucionalización para prestarle asistencia moral cuanto menos, en aras de una integración personal.

1. Copia de la declaración rendida el 15 de octubre de 2008 ante el defensor de familia, en la cual constan los siguientes apartes:

Pregunta: ¿Cual es su actividad económica?

Respuesta: Yo trabajo haciendo arepas.

Pregunta: ¿Porque al momento de la diligencia usted nos dio otra información distinta?

Contesto: La verdad es yo normalmente cuido varios niños de las vecinas, entonces yo pensé que el ICBF me iba a quitar los niños, entonces les dije a los padres de los otros niños que se los llevaran por que de pronto el ICBF se los llevaba. Pero en el caso de Giovanni yo lo quiero mucho y el es mi compañero, por eso no le dije a la madre que se hiciera cargo de él. Yo tengo viviendo a Mayerly con migo desde hace como unos ocho años, lo que pasa es que ella tiene por ahí sus salidas, ella no es responsable como yo, que me dedico permanentemente al hogar. La verdad a mi se me olvidó todo cuando ustedes estuvieron en

las diligencias.

Pregunta: ¿Desde cuando conoce a usted a Mayerly?

Respuesta: Hace 8 años, en ese entonces ella no tenía hijos ella después tuvo el primer hijo que se lo quitaron en el ICBF. Mayerly que yo sepa ha tenido tres hijos, el que ya le dije y otro que se lo cuidé por unos días y en una ocasión una amiga le dijo que se cuidada gratis, como yo se lo cuidaba y le pedía \$5000 diarios ella se llevó al niño y se lo llevó a la amiga. Yo le advertí que corría riesgo que le robaron al niño. En efecto en una noche le quitaron el niños y en efecto recogió el ICBF. A ella se lo dejaron ver una vez y después ella se perdió por unos meses de la casa y del ICBF. Después yo me fui para Antioquia. A mi me llamaron del ICBF, pero como yo no estaba no me enteré, después se terminó perdiendo el niño.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA -TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C

El catorce (14) de julio de 2009, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C profirió el fallo de tutela, en el cual decidió no proteger los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella.

Consideró que las decisiones del defensor de familia están suficientemente fundamentadas, pues de acuerdo a una denuncia anónima, en el barrio Santafé en Bogotá D.C. se encuentra un niño en malas condiciones de salud. En consecuencia, una trabajadora social acude al lugar, pero se le niega el ingreso, ante el hecho, se cita a la persona que atiende a la funcionaria, para que informe si conoce o no a Giovany. En consecuencia, la señora Aura Rosa Oliveros asiste al Instituto de Bienestar Familiar y en entrevista con el defensor de familia, afirma haber cuidado al menor en cuestión, absteniéndose de indicar dónde se le puede ubicar. Ante esta renuencia, se ordena allanar el domicilio de Aura Rosa Oliveros con

el fin de rescatar al menor de edad.

Consideró que dentro de la actuación administrativa adelantada por el Instituto de Bienestar Familiar, se recibió declaración de la señora Mayerly Jiménez Ruiz en la cual no supo el nombre de la persona que cuidaba al menor. De igual forma, compareció al proceso el padre del menor, el señor Óscar Yesid Arévalo Sierra, quien aseguró no haber reconocido al menor por negligencia y por no saber de él desde cuando tenía 9 meses de edad.

Concluyó que en los procesos donde se controviertan los derechos fundamentales de los niños, siempre se debe optar por la protección del menor de edad de conformidad con la Convención Internacional de los Derechos del Niño y con la Constitución Política de 1991. Por ello, al no existir un compromiso de los padres con el menor de edad, el Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar procedió a proteger a Giovany, motivo por el cual no evidenció la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

1. IMPUGNACIÓN

La señora Mayerly Jiménez Díaz en ejercicio de su derecho de defensa, apela la decisión del juez de primera instancia, en cuanto no comparte los argumentos aducidos para negar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho fundamental del menor Giovany Arévalo Jiménez a tener una familia y a no ser separado de ella.

1. SEGUNDA INSTANCIA - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL

Aduce que lo pretendido por la actora es debatir un asunto ya definido por el juez competente, lo cual resulta improcedente al ser la tutela un mecanismo breve, procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Explica que al indagar en la homologación de la actuación administrativa, el juez se pronunció de una manera razonada y coherente, pues valoró las circunstancias del niño, desde cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar acogió la medida de protección

hasta la expedición de la resolución de estado de adaptabilidad. En cuyo proceso la accionante, después de notificarse del auto de apertura de investigación, no demostró interés en recuperar a su hijo, nunca se preocupó porque el padre lo reconociera, al igual éste no desplegó ninguna actuación para probar su capacidad para tener al menor en condiciones dignas, pues tiene otros tres hijos por los cuales tampoco responde.

Por último, coincide con el juez de primera instancia, en que al no demostrarse una superación de las condiciones de abandono, el Estado debe asumir la obligación de proteger al menor. Así las cosas, el Instituto de Bienestar Familiar realizó todos los trámites pertinentes para la adopción como una oportunidad de brindar al niño una familia idónea.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. PROBLEMA JURÍDICO

La señora Mayerly Jiménez Ruiz manifestó que se le desconoció el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto no se inició la apertura de la actuación administrativa de conformidad con el artículo 99 del Código de la Infancia y la Adolescencia, pues el 19 de septiembre de 2009 el defensor de familia ordenó el allanamiento a la casa de Aura Oliveros para efectuar el rescate del menor Giovany Jiménez Ruiz, sin tener en cuenta que debía primero abrir la respectiva investigación.

Es pertinente aclarar que, la demandante acusa al Juzgado 13 de Familia de Bogotá de incurrir en la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, por las mismas razones alegadas contra el defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la localidad de Santafé en Bogotá. D.C, por lo cual la Sala se concentrará en estudiar el procedimiento administrativo en los asuntos de restablecimiento de derechos de los menores de edad.

En ese contexto, la Sala determinará, si el defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Zonal Santafé, vulneró el derecho fundamental al debido proceso y el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella, por ordenar mediante el Auto del 19 de septiembre de 2008 el allanamiento al domicilio de Aura Oliveros con el fin de rescatar al niño Giovany Jiménez Ruiz.

1. Para resolver la controversia la Corte abordará: i) el derecho fundamental a la unidad familiar y ii) los fundamentos jurídicos de la iniciación de la actuación administrativa, en los asuntos en los cuales se presenta la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los niños.

1. El derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella depende de la unidad familiar. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de 1991 en el artículo 5° manifiesta que dentro de los principios del Estado Colombiano está proteger a la familia, por ser el núcleo fundamental de la sociedad (artículo 42 CP), puesto que no podría formar la vida en sociedad sin la participación de la familia. En efecto, es tan importante la institución familiar, que la comunidad internacional en numerosos instrumentos internacionales compromete a los Estados a proteger y a garantizar la conformación de familias como un elemento fundante de la sociedad, entre otros, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 indica:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la

sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas

En ese mismo orden, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 expone:

1. La familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por su parte el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 señala:

Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible.

Ahora bien, en armonía con lo anterior, el artículo 44 de la Constitución Política señala que, entre otros, los niños tienen el derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella. De donde se deduce que, los padres están en la obligación de garantizar y brindar una estabilidad emocional y física a los hijos, de tal forma que se le proporcione al menor una unidad familiar para su desarrollo.

Sobre la unidad familiar, la Corte Constitucional en la Sentencia T-608 de 19951 señaló:

La intención del Constituyente al consagrar en nuestra Carta Magna que la familia es el núcleo esencial de la sociedad, fue buscar la unión de los padres con sus hijos con el fin de que estos puedan ejercer sus derechos en pro de mantener la unidad familiar, considerada como derecho fundamental de los menores, utilizando para ello los mecanismos dados por la ley para hacerlos efectivos.

Por su parte, la Sentencia T- 278 de 19942 estableció que la unidad familiar debe anteceder para poder exigirse la efectividad de los derechos fundamentales de los niños. Al respecto indicó:

La unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños. La estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niño; un ambiente estable y seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos. A la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

La Corte Constitucional ha protegido el derecho fundamental a la unidad familiar en asuntos en los cuales se ha puesto en riesgo el bienestar de un menor por la decisión de la administración de trasladar al padre de lugar de trabajo. Tal fue el caso que se presentó en la Sentencia T-165 de 20043, donde el accionante, en representación de su hijo, consideró afectado el derecho fundamental a la unidad familiar, por la orden de traslado dada por la Fiscalía General de la Nación, respecto de su esposa y madre, quien venía laborando en una de las Fiscalías en Cúcuta y de repente se le ordenó trasladarse a las Fiscalías en Pasto y al Charco (Nariño).

En esas condiciones, el derecho fundamental de los niños a tener una familia esta intrínsecamente relacionado la con unidad familiar, la cual deposita en los padres, la responsabilidad de proporcionar un ambiente adecuado para el desarrollo integral del niño.

En este orden de ideas, en principio, los padres son los principales llamados a materializar la unidad familiar, dando protección y asistencia integral al menor para garantizar su desarrollo, teniendo un canal de comunicación y generando confianza. De igual forma, el Estado como salvaguarda de la institución de la familia, también tiene la responsabilidad de garantizar esa unidad familiar, mediante la implementación de políticas públicas que apoyen el desarrollo y el fortalecimiento de las mismas, con el objetivo de evitar al máximo su resquebrajamiento. No obstante, cuando los padres se desentienden de sus responsabilidades con los hijos, tales como protegerlos, educarlos, apoyarlos y darles afecto, el menor de edad es el directamente afectado. Razón por la cual, al encontrarse en una situación de vulnerabilidad, por no haber unidad de familia, es el Estado y la sociedad los encargados asistir y proteger al niño menor

de edad.

Al respecto la Sentencia T-572 de 20094 se indicó:

la familia, en primer término, debe proporcionarle la mejor protección fácticamente posible a los niños frente a cualquier forma de abuso, abandono y explotación. Al mismo tiempo, el Estado debe adoptar medidas para combatir la existencia de situaciones de desprotección y abandono, en tanto que amenazas reales contra el disfrute de los derechos fundamentales de los niños.

Desde esta perspectiva, las medidas estatales que impliquen la separación del niño de su familia, deben ser entendidas como excepcionales, requiriendo su aplicación el sometimiento a los principios de graduación y racionalidad.

En efecto, el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

En efecto, la jurisprudencia de esta Corte Constitucional, ha sido concreta en explicar que los derechos fundamentales del menor prevalecen sobre los derechos de los demás. En ese contexto, los niños tienen el derecho a exigir no ser separados de la familia, por ser la principal responsable de proporcionar y garantizar su bienestar, pero cuando ello no ocurre, la autoridad competente en representación del Estado, tiene la obligación constitucional para intervenir en la familia, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del niño.

1. Los fundamentos normativos del proceso administrativo de restablecimiento de derechos fundamentales del niño, de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia.

El Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, señala en el artículo 50, que cuando a un niño se le estén vulnerando sus derechos fundamentales, procede la iniciación de un proceso de restablecimiento de derechos para reintegrar la dignidad e integridad.

Por su parte, el artículo 51 del citado código dispone que recae en el Estado la responsabilidad de restablecer los derechos vulnerados, lo cual resulta consecuente con el mandato constitucional del artículo 44, pues al faltar la familia, quien es la principal encargada de proteger los derechos del menor, es el Estado el responsable de intervenir para suplir esa falencia, por intermedio de las defensorías de familia, las cuales asumen la obligación legal de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.⁵

Ciertamente, cuando el defensor de familia tenga conocimiento sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los niños, debe iniciar la respectiva actuación administrativa, para esclarecer las circunstancias de la irregularidad y tomar las medidas necesarias, en la cual, dependiendo del caso, podrá ordenar en el auto de apertura las medidas provisionales o cautelares que bien considere pertinentes. Sobre el punto, el artículo 99 Código de la Infancia y Adolescencia indica:

ARTÍCULO 99. INICIACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. El representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, podrá solicitar, ante el defensor o comisario de familia o en su defecto ante el inspector de policía, la protección de los derechos de aquel. También podrá hacerlo directamente el niño, niña o adolescente.

Cuando el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia; en caso contrario avisará a la autoridad competente.

En la providencia de apertura de investigación se deberá ordenar:

1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos.
2. Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente.
3. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente.

Posteriormente, al iniciar el procedimiento durante la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, el defensor de familia antes de tomar alguna decisión, debe verificar la garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, con el objeto de establecer fehacientemente la existencia de alguna vulneración para así no incurrir en una equivocación. En ese contexto, de conformidad con el artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia se deben examinar:

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.

Parágrafo 1°. De las anteriores actuaciones se dejará constancia expresa, que servirá de sustento para definir las medidas pertinentes para el restablecimiento de los derechos.

Parágrafo 2°. Si la autoridad competente advierte la ocurrencia de un posible delito, deberá denunciarlo ante la autoridad penal.

Ahora bien, el defensor de familia o la autoridad competente, después de valorar las anteriores circunstancias en que puede encontrarse el menor de edad, contará con los suficientes elementos de juicio para sustentar la posición que tome para restablecer sus derechos.⁶

No obstante, la ley reconoce algunas situaciones especiales en las cuales puede llegar a presentarse intempestivamente un peligro inminente a la integridad de un menor de edad, motivo por el cual se le concede al defensor o al comisario de familia, la facultad de ordenar, de manera preventiva, una medida cautelar de restablecimiento de derechos, para allanar y rescatar al menor, por encontrar indicios concretos y objetivos respecto a estar el niño, la niña o el adolescente en una circunstancia de peligro, que atente contra su bienestar y sus derechos fundamentales. Al respecto el artículo 106 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece:

Artículo 106. Allanamiento y rescate. Siempre que el defensor o el comisario de familia tengan indicios de que un niño, una niña o un adolescente se halla en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria. Cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite. Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite.

De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta.

En ese contexto, es pertinente resaltar que respecto a la constitucionalidad de la medida cautelar, la Corte Constitucional en sentencia C- 256 de 20087, condicionó la exequibilidad del citado artículo, pues determinó que en la estructura legislativa del artículo había una falencia, pues si bien la medida de allanamiento pretende proteger los derechos fundamentales de los niños que son de interés superior, no se desconoció que la medida se presta para arbitrariedades, pues el texto normativo no define con claridad en qué casos puede el defensor o el comisario de familia hacer uso de ella. El citado fallo indicó:

La ambigüedad de esta expresión transforma la figura excepcional del allanamiento

administrativo con fines de rescate por parte de las autoridades de familia en una regla de aplicación general y abre la puerta a la arbitrariedad.

En el marco de regulación de la medida de allanamiento y rescate que establecen los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, es posible distinguir tres circunstancias graves que darían lugar al ingreso de los defensores y comisarios de familia a un domicilio ajeno para rescatar a un menor de edad en una situación de peligro que amenace su vida o integridad personal: (i) en eventos de peligro objetivo, tales como incendios, inundaciones, o derrumbes; (ii) cuando el menor solicite auxilio; y (iii) frente a eventos que puedan constituir delitos, en los cuales el menor sea una posible víctima de la conducta delictiva.

En efecto, este tribunal Constitucional al observar la ambigüedad con que la norma se refiere a las situaciones en las cuales puede ordenarse una medida de allanamiento y rescate, señaló tres posibles circunstancias en las cuales sería objetivamente válida la medida. No obstante, se reconoce que pueden darse situaciones distintas, en las cuales existan los suficientes elementos de juicio para fundamentar la decisión del comisario o defensor de familia de allanar y rescatar a un menor, pues exigir el cumplimiento de todos los requisitos de un allanamiento judicial⁸ desnaturalizaría la medida provisional de allanamiento y rescate del menor, cuando el objetivo en sí mismo es contener el peligro grave para la vida o integridad del menor.

En ese contexto, la citada providencia indica:

Con el fin de evitar abusos y asegurar un control efectivo sobre las decisiones de allanamiento que realicen los comisarios y defensores de familia, es preciso que antes de proceder al allanamiento con fines de rescate haya una valoración juiciosa de la situación de peligro, e indicios serios sobre la existencia y gravedad del peligro, a la luz de las reglas civiles. También es indispensable que dicha valoración sea plasmada por escrito, con el fin de facilitar el control posterior de esa valoración y del procedimiento seguido durante el allanamiento.

De esta manera, en principio, se distinguieron las posibles ocasiones en las cuales puede darse la orden de allanamiento y rescate de un menor. No obstante, el artículo 44 de la Constitución Política señala expresamente que el menor se protegerá contra toda forma de

abandono, la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 19 también prevé que los Estados partes tienen la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y su reintegración social en caso de ser víctimas de cualquier forma de abandono, y el artículo 20 del Código de la Infancia y Adolescencia establece que se debe proteger a los niños, las niñas y a los adolescentes contra el abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres.

En esa misma línea argumentativa se encuentra la sentencia T-137 de 200610, donde la Corte consideró: No obstante, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44) no se configura con la sola pertenencia nominal a un grupo humano, “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. Por ello, cuando el peligro, la desprotección y el abandono del menor se producen en el contexto de su propia familia, el Estado se encuentra facultado, en aras de la conservación del interés superior del menor, para restringir el derecho de los padres a ejercer las prerrogativas que naturalmente les confiere su calidad. (Negrillas por fuera del texto original)

Esta concepción está presente en toda la jurisprudencia constitucional: en efecto, en oportunidades pasadas, la Corte Constitucional ha sostenido que el ejercicio de los derechos de los padres puede quedar en suspenso –e incluso, extinguirse- cuando aquellos incumplen los deberes correlativos. La Corte entiende que comportamientos abusivos, displicentes o agresivos que afecten la integridad del menor constituyen negación de la conducta debida hacia los hijos, pero, muy especialmente, negación del derecho que los mismos tienen al amor de sus padres. Por tanto, cuando dicha circunstancia se presenta, resulta legítimo para el Estado intervenir en la célula familiar con el fin de preservar el interés superior del menor.

En esas condiciones se concluye, que las circunstancias de abandono constituyen otra situación de peligro grave para la vida o integridad del menor, por ser una condición denigrante para un niño y rechazada por los tratados internacionales, la Constitución Política de Colombia, el Código de la Infancia y la Adolescencia y la misma jurisprudencia de esta Corporación.

En consecuencia, el comisario o el defensor de familia como autoridades competentes para proteger los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, previa recaudación de las pruebas que evidencien el abandono de un menor de edad, podrá ordenar como medida preventiva el allanamiento y rescate, sin desconocer que de la actuación se deba dejar constancia escrita, en la cual se valoren los indicios serios de los cuales se infiera razonablemente el estado de abandono, para que proceda el allanamiento, con la finalidad exclusiva de proteger al niño en peligro.

1. CASO CONCRETO

En el presente asunto, la señora Mayerly Jiménez Ruiz manifestó que el defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la localidad de Santafé en Bogotá D.C, vulneró su derecho fundamental al debido proceso por ordenar dentro del mismo auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos, el allanamiento y el rescate del menor en el domicilio de la señora Aura Rosas Oliveros. De igual forma manifestó su inconformidad por no notificársele explícitamente un auto de apertura de investigación, pues el documento que el defensor de familia pretendió notificarle se refería a la orden de allanamiento y rescate.

Antes de establecer si la actuación del defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se ajusta al procedimiento establecido en la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es importante referirse al derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, puesto que del incumplimiento de las obligaciones que de éste se originan, surge la obligación Estatal de interesarse, por intermedio del ICBF, para proteger los derechos fundamentales de los niños.

Ciertamente, el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella, implica garantizarle al menor una unidad familiar, la cual en principio es responsabilidad de los padres, quienes son los principales responsables de proteger de, darle afecto, educación, alimentación, cuidado, establecer lazos de comunicación y confianza. No obstante, cuando los padres desconocen la responsabilidad de mantener el vínculo familiar, al cometer actos de maltrato, abandono, explotación económica, y abusos sexuales, entre otros, sitúan al menor en un entorno de vulnerabilidad, donde el Estado, en virtud del interés superior de los derechos del niño, debe suplir la ausencia de los padres y amparar al

menor de edad.

En esas condiciones, de acuerdo con el expediente del proceso administrativo adelantado por el ICBF, el 29 de agosto de 2008, el defensor de familia conoció de una denuncia, en la cual se le indicaba que, a un menor de edad desde hace 2 años lo habían dejado al cuidado de una señora, sin que los padres lo hubieran recogido, y que, a su vez, padecía de gripa y por no estar afiliado a ningún sistema de seguridad social no era atendido en ningún hospital.

Posteriormente, el defensor de familia comisionó a una trabajadora social al domicilio donde presuntamente se encontraba el menor Giovanni Arévalo Jiménez. En ese lugar fue recibida por la Señora Aura Rosa Oliveros, quien no le permitió el ingreso para verificar si allí se encontraba el niño.

En consecuencia, el defensor de familia citó a la Señora Aura Rosa Oliveros en las oficinas del ICBF (localidad Santafé en Bogotá D.C), con el fin de solicitarle información respecto al menor Arévalo Jiménez. En la citación la señora Oliveros informa al defensor de familia haber tenido a su cargo el menor de edad, pero que no tiene la intención de explicar en donde está, ni entregarlo, pues afirma, que está al cuidado de los padres¹¹.

Así las cosas el defensor de familia contaba con los siguientes elementos de juicio:

1. La denuncia anónima en la cual se indica que el menor Giovanni Arévalo Jiménez estaba abandonado, en la casa de Aura Rosa Oliveros enfermo y sin documentos
2. El informe de la trabajadora social a quien se le negó el acceso al domicilio de Aura Rosa Oliveros para verificar si el niño se encontraba allí.
3. El reconocimiento de Aura Rosa Oliveros de haber cuidado al menor Giovanni Arévalo Jiménez, pero sin aclarar en donde se encuentra, pues afirma tenerlo los padres.

Dadas las anteriores circunstancias, el 19 de septiembre de 2008 el defensor de familia expide un auto, ordenando realizar el allanamiento al hogar de la señora Aura Rosa Oliveros con el fin de rescatar al menor Giovanni Arévalo Jiménez. Al practicarse el allanamiento y rescate, se encontró al niño en el domicilio de la señora Aura Rosa Oliveros, desnutrido, sin afiliación al sistema de seguridad social y sin registro civil de nacimiento.

Así las cosas, para la Sala es evidente que los padres desconocieron los derechos fundamentales del menor a tener una familia y no ser separados de ella por no proporcionarle una unidad familiar, pues los padres no cumplieron con la obligación de amparar al menor, darle afecto, cuidar de él para garantizar su bienestar. En efecto, tanto la madre como el padre lo dejaron al cuidado de una tercera persona, lo cual faculta la intervención del Estado, para salvaguardar los derechos fundamentales del niño por estar en peligro inminente su integridad física y psicológica.

En ese contexto, la medida de allanamiento y rescate del menor, expedida por el defensor de familia se ajusta al artículo 106 del Código de la Infancia y Adolescencia y su respectivo condicionamiento constitucional, pues obedeció a indicios serios y objetivos respecto a un posible estado de abandono por parte de los padres del niño Giovanni Arévalo Jiménez.

Ahora bien, respecto a la oportunidad de haberse expedido en un mismo momento procesal la medida de allanamiento y rescate con la iniciación de la actuación administrativa, no hay duda que el artículo 99 del Código de la Infancia y la Adolescencia, dadas las circunstancias de urgencia, permite la posibilidad de incluir en el mismo auto medidas provisionales como el allanamiento y rescate del menor, para evitar un peligro grave para su vida e integridad.

En este orden de ideas, aclarado que en el auto de apertura de investigación administrativa puede ordenarse el allanamiento y rescate del menor, se concluye que el 14 de octubre de 2008 fue notificado personalmente el auto del 19 de septiembre de 2008, con el cual comienza la actuación administrativa, para el proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño Giovanni Arévalo Jiménez.

En esas condiciones, la Sala considera que el defensor de familia del ICBF de la localidad de Santafé en Bogotá D.C. no incurrió en una vulneración al derecho fundamental al debido proceso al expedir el auto del 19 de septiembre de 2008, pues de conformidad con el artículo 99 del Código de la Infancia y Adolescencia, estaba facultado para ordenar una medida cautelar y comenzar la actuación administrativa. Por tanto, la actora al notificarse del auto que ordenó el allanamiento y rescate del menor quedó notificada del auto de iniciación de la actuación administrativa.

En lo referente a la presunta vulneración del derecho fundamental del debido proceso por parte del Juzgado 13 de Familia, por avalar el procedimiento de iniciación de la actuación administrativa, la Sala considera, que la misma queda sin fundamento pues, como se concluyó, el auto de iniciación de la actuación administrativa para la restablecimiento de los derechos fundamentales de los niños, puede incluir la práctica de una medida provisional, como el allanamiento y rescate del menor cuando se encuentra en peligro su vida e integridad física.

En consecuencia, se confirmará el fallo del de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante el cual se confirmó la negación del amparo de los derechos fundamentales del niño Giovanni Arévalo Jiménez, por la decisión del catorce (14) de julio de 2009 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo del de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante el cual se confirmó la negación del amparo de los derechos fundamentales del niño Giovanni Arévalo Jiménez por la decisión del catorce (14) de julio de 2009 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

SEGUNDO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Fabio Morón Díaz

2 M.P. Hernando Herrera Vergara

3 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

4 M.P. Huberto Antonio Sierra Porto

5 Código de la Infancia y Adolescencia en el artículo 79 señala: Las Defensorías de Familia son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.

Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial.

6 El artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 prevé el tipo de medida para restablecer los derechos de la siguiente forma:

“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.

5. La adopción.

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

7 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza

8 Según el artículo 221 de la Ley 906 de 2004, los motivos fundados que dan lugar al allanamiento deben “ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. || Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías.”

9 Según el artículo 221 de la Ley 906 de 2004, los motivos fundados que dan lugar al allanamiento deben “ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. || Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías.”

10 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

11 Al respecto, en la declaración rendida el 15 de octubre de 2008 ante el defensor de

familia, constan los siguientes apartes:

Pregunta: ¿Cual es su actividad económica?

Respuesta: Yo trabajo haciendo arepas.

Pregunta: ¿Porque al momento de la diligencia usted nos dio otra información distinta?

Contesto: La verdad es yo normalmente cuido varios niños de las vecinas, entonces yo pensé que el ICBF me iba a quitar los niños, entonces les dije a los padres de los otros niños que se los llevaran por que de pronto el ICBF se los llevaba. Pero en el caso de Giovanni yo lo quiero mucho y el es mi compañero, por eso no le dije a la madre que se hiciera cargo de él. Yo tengo viviendo a Mayerly con migo desde hace como unos ocho años, lo que pasa es que ella tiene por ahí sus salidas, ella no es responsable como yo, que me dedico permanentemente al hogar. La verdad a mi se me olvidó todo cuando ustedes estuvieron en las diligencias.

Pregunta: ¿Desde cuando conoce a usted a Mayerly?

Respuesta: Hace 8 años, en ese entonces ella no tenía hijos ella después tuvo el primer hijo que se lo quitaron en el ICBF. Mayerly que yo sepa ha tenido tres hijos, el que ya le dije y otro que se lo cuidé por unos días y en una ocasión una amiga le dijo que se cuidada gratis, como yo se lo cuidaba y le pedía \$5000 diarios ella se llevó al niño y se lo llevó a la amiga. Yo le advertí que corría riesgo que le robaron al niño. En efecto en una noche le quitaron el niños y en efecto recogió el ICBF. A ella se lo dejaron ver una vez y después ella se perdió por unos meses de la casa y del ICBF. Después yo me fui para Antioquia. A mi me llamaron del ICBF, pero como yo no estaba no me enteré, después se terminó perdiendo el niño.