DERECHOS DEL NIÑO-Medida administrativa desproporcionada y arbitraria de ubicación en hogar sustituto por cuanto el estado de abandono nunca fue probado

(…) la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la unidad familiar del menor de edad, y a la unidad familiar de la agenciada… no se comprobó de manera previa a la adopción de la medida provisional que existiera una situación de riesgo, peligro o abandono y que vulnere sus derechos fundamentales… En caso de haberse argumentado y evidenciado que la actitud pasada de la progenitora la hacía inepta para el desarrollo y crianza de su hijo, no se entiende cómo no se gestionó una medida menos lesiva del derecho del menor de edad a tener una familia y no ser separado de ella… esta circunstancia se agrava teniendo en cuenta que la ubicación del hogar sustituto impedía las visitas de la agenciada a su hijo recién nacido.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Reiteración de jurisprudencia/CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-No se configura el hecho superado por acatar fallos de tutela

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Reiteración de jurisprudencia

INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Características

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Protección constitucional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Autoridades y particulares deben abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro los derechos de los niños

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Lineamientos

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Medidas de protección

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Circunstancias que deben evaluarse en proceso de restablecimiento de derechos, antes de ordenar la separación del entorno familiar

HOGAR SUSTITUTO-Objeto y fundamento/HOGAR SUSTITUTO-Colocación familiar provisional

DERECHO DE LOS PADRES BIOLOGICOS A MANTENER EL VINCULO FAMILIAR CON SUS HIJOS E HIJAS-Sentido y alcance

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A LA UNIDAD FAMILIAR-Reiteración de Jurisprudencia

DERECHO A LA PRESERVACION DE LA UNIDAD FAMILIAR-Reiteración de jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Quinta de Revisión-

SENTENCIA-T-240 de 2023

Referencia: Expediente T-9.152.894

Acción de tutela interpuesta por JJCV contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional **.

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Nota previa: En observancia de la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Presidencia de la Corte Constitucional sobre la anonimización de nombres en las providencias disponibles al público en la página web de la Corte Constitucional, la Sala dispuso que la presente providencia fuera presentada en dos ejemplares. Una con el nombre real y la información completa de las personas involucradas en los casos objeto de examen, y otra con nombres ficticios. La razón para anonimizar el nombre de la agenciada y su hijo menor de edad consiste en que se podrían afectar los derechos a su intimidad personal y familiar. Al tratarse de la versión de la providencia objeto de publicación, en esta no se revelan los nombres de los involucrados en el proceso constitucional.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. La señora JJCV (en adelante, la “agente”), interpuso acción de tutela, el 3 de noviembre de 20221, en calidad de agente oficiosa2 de la mayor de edad Laura (en adelante, la “agenciada”) en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, indistintamente el “ICBF” o la “accionada”), por considerar que se le vulneraron sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la integridad física, a la dignidad humana, a la

unidad familiar y los derechos de su hijo menor de edad a una familia y a no ser separada de ella, en razón a una medida provisional decretada el día 19 de octubre de 2022 por el ICBF consistente en la ubicación en medio familiar de hogar sustituto mientras se adelanta el proceso de restablecimiento de los derechos del menor de edad iniciado por la misma entidad.

1. En consecuencia, por medio de la acción de tutela solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la agenciada y para dichos efectos (i) desde la admisión del amparo se ordene al ICBF reintegrar inmediatamente al menor de edad a la agenciada; o, en caso de no prosperar la pretensión anterior, (ii) (a) reintegrar al menor de edad a la "familia extensa materna en cabeza de la hermana de la agenciada"3; y (b) "se le disponga un cupo [al menor de edad] en el municipio de ** para que la madre pueda tener fácil acceso, contacto permanente y suministrarle la alimentación con leche materna a libre demanda al recién nacido"4.

A. HECHOS RELEVANTES

1. Sostiene la agente que el ICBF inició un proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad de la agenciada en razón a un oficio de una funcionaria del Hospital Universitario ** de *** enviado a la entidad en referencia. Sostiene que en dicho oficio se expresó preocupación por el bienestar del hijo de la agenciada dado que esta solicitó una interrupción voluntaria de su embarazo.

1. Con base en lo anterior, la agenciada solicita que se le amparen sus derechos fundamentales y para dichos efectos solicita las pretensiones a las que se hizo referencia en el numeral 2 de esta sentencia.

A. ADMISIÓN, REPARTO Y RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y REQUERIDAS

Admisión de la demanda de tutela

1. El 3 de noviembre de 2022 se repartió el expediente al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Pereira.

1. Mediante auto de fecha 4 de noviembre de 2022 el juzgado en referencia asumió conocimiento de la acción de tutela. En dicho auto, entre otros, (i) se admitió la demanda en contra del ICBF; y (ii) se vinculó al Hospital Universitario ** de ** al existir un reproche por parte de la agente respecto de un presunto actuar negligente del hospital. Adicionalmente5, (iii) se denegó la pretensión consistente en el reintegro a la agenciada desde la admisión del amparo en la medida en que la pretensión se identifica con la pretensión principal por lo que se debe respetar el derecho de defensa y contradicción de la accionada, y al constatar el proceso de restablecimiento de derechos del menor en curso, sostuvo la necesidad de verificar las condiciones particulares en aras del interés superior del menor de edad. El auto otorgó el término de dos días hábiles para surtir el derecho de defensa y contradicción.

Respuesta de la entidad accionada y de la entidad vinculada

1. ICBF. El 9 de noviembre de 2022, la directora del ICBF regional ** se pronunció sobre la demanda. Respecto a los hechos, sostuvo, entre otros, que el 19 de octubre de 2022 se avocó conocimiento de diligencias de restablecimiento de derechos a favor del hijo de la agenciada. Lo anterior, en razón a “conceptos de profesionales del área psicosocial de la Defensoría, en los cuales se refería vulneración de sus derechos y se dispuso su ubicación

inmediata en hogar sustituto”6. Entre los conceptos en referencia, la directora señaló que se reportó un diagnóstico de toxoplasmosis y alto riesgo obstétrico por embarazo abandonado sin paraclínicos ni ecografías.

1. Asimismo, señaló que no era cierto que no se haya cumplido el artículo 52 del Código de Infancia y Adolescencia, ya que mediante auto de fecha 11 de octubre de 2022 se ordenó la verificación de los derechos del menor de edad. Advirtió sobre la limitación en materia de verificación de derechos con el que cuenta la entidad al tener asignado un solo vehículo. Sin embargo, sostuvo que el 11 de octubre se recibió oficio por parte del Hospital Universitario ** de ** y el 18 del mismo mes se hizo la verificación en dicho hospital, en los términos señalados por el artículo 52 en referencia.

1. Producto de la verificación, se constató, entre otros, que “El concepto de amenaza del derecho a la vida (…) y un ambiente sano, y del derecho a la integridad personal se sustenta en el abandono del embarazo, y la ausencia de los controles prenatales, ecografías y paraclínicos, lo que ocasionó riesgo asociado a su diagnóstico de toxoplasmosis. No se evidencia en la progenitora una actitud de cuidado durante su embarazo, refiriendo, además, distanciamiento de su red de apoyo social y familiar”7. Ante dicha valoración, se recomendó “medida de protección para el niño en modalidad de hogar sustituto, de modo tal que se pueda garantizar la protección de sus derechos, se proporcione acceso a los servicios de atención en salud que requiera, y se vincule al grupo familiar, de modo tal que adquiera herramientas para el cuidado del niño (…)”.

1. Con base en los informes efectuados, la directora señaló que se avocó el conocimiento de las diligencias de protección a favor del menor de edad en referencia, ordenó la práctica de pruebas y la medida de restablecimiento consistente en hogar sustituto donde permanece. Entre las pruebas ordenadas, se ordenó a la Comisaría de Familia de ** y al Procurador Judicial de Familia verificar las condiciones del medio familiar de la hermana de la agenciada.

1. En esta medida, señaló que, de conformidad con la Ley 1878 de 2018 el plazo para definir un proceso administrativo de restablecimiento de derechos es de seis (6) meses desde el momento en que se tuvo conocimiento de la situación. En esa medida, al haber tenido conocimiento de la situación bajo estudió el 11 de octubre de 2022, el plazo del procedimiento vencía el 10 de abril de 2023.

1. Por último, señaló que no existe el perjuicio planteado por la agenciada dado que el ICBF se encuentra adelantando las diligencias correspondientes dentro del trámite administrativo y conforme a los términos legales. Sostuvo que la solicitud de trasladar al menor a un hogar sustituto en el municipio de ** donde se encuentra la madre no ha sido posible dado que solo cuentan con una madre sustituta en dicho municipio cuyos cupos están ocupados y el menor de edad estuvo hospitalizado. Señaló que una vez reciba el alta médico se iniciaran los trámites para liberar un cupo en el municipio en referencia.

Auto de vinculación

1. Por medio de auto de fecha 10 de noviembre de 2022, el juez de primera instancia advirtió la necesidad de vincular a la Procuraduría Judicial de Familia8 y a la Comisaría de Familia de **. Lo anterior, ya que, en la contestación efectuada por el ICBF, se indicó que se había comunicado con las entidades en referencia solicitando la verificación de las condiciones del medio familiar de la señora Alexandra, tía de la menor edad, para el reintegro del menor a su entorno familiar. Para pronunciarse se le otorgó a las entidades vinculadas el término de un día hábil.

1. Comisaría de Familia -Municipio de **-. El 11 de noviembre de 2022, el comisario de familia señaló que en atención al despacho comisorio efectuado por la Defensora de Familia a efectos de realizar la visita a la señora Alexandra, respondió que se comunicó el 8 de noviembre de 2022 con su despacho para trasladarse hacia el corregimiento correspondiente. Sin embargo, señaló que el 9 de noviembre de 2022 se recibió una comunicación de la defensora mencionada solicitando que la visita se efectuara a la agenciada. En esa medida, señaló se daría trámite a dicha visita a efectos de cumplir el despacho comisorio.

Pronunciamiento de la agente sobre la contestación

1. La agente, en primer lugar, señaló que su calidad de agente oficioso se dio por su designación por la Defensoría del Pueblo como defensora de la agenciada. Lo anterior, ya que la agenciada compareció ante la entidad en referencia solicitando apoyo en razón al proceso de restablecimiento de derechos iniciado por el ICBF.

1. Asimismo, sostuvo que a pesar de una supuesta imposibilidad de comunicarse con la agenciada, la agente ha estado presta dentro del proceso para brindar información. En esa línea, señaló que en el momento en que solicitó copia del expediente administrativo del proceso de restablecimiento de derechos indicó la información de contacto de la familia extensa de la agenciada.

1. También reprochó que el 9 de noviembre de 2022 al estar ejerciendo su derecho de visita con su hijo menor de edad, la agenciada se enteró que su hijo se encontraba internado en el Hospital Universitario ** de ** en cuidados intensivos por una infección respiratoria. En esa medida, cuestiona la afirmación de que el menor de edad esté en un hogar sustituto dado que estaba internado.

1. Solicitó, además, al despacho verificar el estado de salud de la madre sustituta al igual que el hogar sustituto dado que no se están garantizando los derechos del recién nacido dado las complicaciones respiratorias descritas.

1. Por último, cuestionó que, por un lado, se le haya privado a la agenciada su contacto con su hijo por no haber tenido controles prenatales y, por tanto, poner en riesgo la integridad del menor de edad, y, por el otro, establecer en cabeza del ICBF la responsabilidad de dicha integridad cuando en manos de dicha entidad la salud del menor se ha empeorado por las infecciones respiratorias en comento.

Requerimiento al ICBF y decreto de pruebas

1. El 15 de noviembre de 2022, ante la indicación de la agente que el menor de edad se encontraba en la unidad de cuidados intensivos, el Juzgado 1º Laboral del Circuito requirió al ICBF a efectos de que informara sobre el estado de salud del menor de edad hijo de la agenciada.

1. Adicionalmente, citó a la agenciada para que rindiera interrogatorio de manera virtual o, en su defecto, presencial en las instalaciones del despacho.

Respuesta del ICBF al requerimiento sobre el estado de salud del menor de edad

1. La entidad requerida señaló que, tal y como se indicó en la contestación del amparo, el

menor de edad fue diagnosticado con toxoplasmosis, condición que puede afectar, entre otros, los pulmones. Advirtió que efectivamente el menor de edad fue hospitalizado el 4 de noviembre de 2022 en el Hospital de ** dado que el hogar sustituto está ubicado en dicho municipio y posteriormente, el 8 de noviembre del mismo año, fue trasladado al Hospital Universitario ** de ** con un diagnóstico de bronquiolitis. El 11 de noviembre de 2022 fue dado de alta sin medicación; únicamente se recetó control por parte de un médico general. La entidad requerida anexó la historia clínica de la hospitalización.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de **

1. Tras recopilar los hechos que suscitaron la demanda entablada por la agente, señaló que el ICBF ha actuado conforme al procedimiento establecido en el Código de Infancia y Adolescencia, particularmente actuando en el interés superior del menor de edad. Sin embargo, advirtió que no podía desconocer las solicitudes y gestiones de la agenciada para recuperar el cargo de su hijo.

1. Señaló que, si bien el proceso de restablecimiento de derechos en referencia se inició por un actuar negligente de la agenciada, esta ha reconocido y manifestado la importancia de los cuidados que se deben brindar al menor de edad. Dicho comportamiento de la madre del menor de edad ha sido corroborado por los profesionales del ICBF, quienes han verificado las condiciones de la agenciada.

1. Así, el juez de instancia sostuvo que no podía desconocerse la importancia de la

convivencia en el grupo familiar en aras del desarrollo integral de la infancia del menor. En esa línea, consideró que el hecho de que el menor de edad esté en un hogar sustituto en un municipio (v.gr. Santa Rosa de Cabal) lejos de donde reside la agenciada, aunado a los escasos recursos económicos de esta a efectos de desplazarse para visitar a su hijo, vulnera el derecho a la unidad familiar de la agenciada y de su hijo, así como los demás derechos derivados del artículo 44 superior.

1. Por lo tanto, ante el hecho de que el proceso de restablecimiento sigue en término y pendiente de definir si se impone una medida definitiva de restablecimiento tuteló los derechos descritos en la modalidad descrita en el numeral 24 anterior.

Oficio allegado por el ICBF en cumplimiento de la providencia

1. En cumplimiento de la orden impartida por el juez de instancia en referencia, señaló que adelantó las gestiones necesarias para reubicar al menor de edad de la agenciada en un hogar sustituto en el municipio de **10.

Constancia secretarial del juez de instancia

1. La secretaría del juez de instancia advirtió el 29 de noviembre de 2022 que al haber notificado la sentencia el día 18 de noviembre de 2022 y haber transcurrido los tres días para impugnar la decisión, sin que se hubiese presentado dicha impugnación, se decidió remitir la acción de tutela a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo en referencia.

Incidente de desacato iniciado por la agenciada

1. Escrito de la agente. El 22 de noviembre de 2022 la agente le envió al juez de instancia el informe de visita sociofamiliar y valoración psicológica realizada a la agenciada el día 16 de noviembre de 2022 por medio del cual se concluyó que la agenciada estaba en condiciones adecuadas que permitían el desarrollo adecuado de su hijo y de asumir su rol como tal.

1. Con base en dicho informe, la agente solicitó cumplir con lo ordenado en el resolutivo tercero de la sentencia de instancia en el cual se advirtió que en caso de valoración favorable por parte de la comisaría en referencia, se debía proceder con el reintegro del menor de edad a su núcleo familiar inmediatamente.

1. Señaló que, a pesar del concepto favorable descrito, el ICBF estaba obstaculizando el reintegro al señalar que la comisaría había efectuado recomendaciones para dicho reintegro, incluyendo la adquisición de una vivienda más grande. Advirtió la agente que dichas recomendaciones no podían servir de base para separar un núcleo familiar, especialmente cuando se había conceptuado favorablemente respecto del reintegro pretendido11.

1. Primer requerimiento del juez de instancia. El 16 de diciembre de 2022, el juez de instancia señaló que, dado que se aportó concepto favorable de la Comisaría de Familia de ** a efectos del reintegro del menor, ordenó a la funcionaria que había ejercido como defensora de familia del ICBF en el marco del proceso de restablecimiento de derechos cumplir con lo dispuesto en el resolutivo tercero de la sentencia, so pena de las sanciones contenidas en el artículo 52 del Decreto Ley 2591 de 1991.

1. Descargos I presentados por el ICBF. El ** de diciembre de 2022 el ICBF señaló que, según le había advertido al juez de instancia, además de haber ordenado la reubicación del menor de edad a un hogar sustituto en el municipio de ** (tal como consta en el auto ** del ** de noviembre de 2022) también había trasladado el expediente a la Comisaría de Familia de ** para la continuidad con el trámite mediante la resolución ** del ** de noviembre de 2022.

Así, señaló que a quien le corresponde decidir de fondo el proceso de restablecimiento de derechos del menor en cuestión es la comisaría en comento y, por tanto, solicitó dar por terminado el incidente de desacato iniciado contra la entidad y desvincularla de cualquier acción relacionada con el amparo bajo estudio.

1. Segundo requerimiento del juez de instancia. El ** de enero de 2023, el juez de instancia requirió nuevamente al ICBF para demostrar el cumplimiento de los ordenado en el fallo de tutela. Lo anterior, ya que reiteró que la agente había allegado un concepto favorable de la Comisaría de Familia de ** respecto del reintegro del hijo de la agenciada. A su vez ordenó al ICBF iniciar el correspondiente procedimiento disciplinario a la funcionaria Ana María Cardona Montoya quien actuó en calidad de defensora de familia en el marco del proceso de restablecimiento de derechos por no cumplir con el reintegro ordenado.

1. Descargos II presentados por el ICBF. El ** de enero de 2023, la directora del ICBF regional de ** reiteró que la competencia sobre el expediente administrativo había sido trasladada por su entidad a la Comisaría de Familia de **, por lo que no podía obligar a la funcionaria ** cumplir con lo ordenado por el juez de instancia el ** de enero de 2023. Adicionalmente, advirtió que tenía conocimiento de que el menor de edad la agenciada fue reintegrado a su medio familiar por la Comisaría de Familia de ** por medio de auto de fecha ** de diciembre de 2022 y el cual se hizo efectivo el ** de diciembre del 202212.

1. Providencia del juez de instancia. El ** de febrero de 2023, ante los documentos allegados por la directora regional del ICBF en referencia, el juez de instancia consideró que se había acreditado el cumplimiento del fallo de tutela, particularmente el reintegro del menor de edad al cuidado de la agenciada tras concepto favorable de la Comisaría Familia de **. Así, señaló que la vulneración de los derechos fundamentales de la agenciada y su hijo se había superado y declaró terminado el trámite de desacato.

A. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Por medio de auto de fecha 30 de enero de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Uno decidió seleccionar el expediente de referencia con base en (i) criterios objetivo de selección consistentes en asunto novedoso y la necesidad de pronunciarse sobre una determina línea jurisprudencial; y (ii) un criterio subjetivo consistente en la necesidad de materializar un enfoque diferencial.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. La Sala Quinta de Revisión es competente para conocer de la presente acción de tutela en virtud de lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Asimismo, en virtud del auto del 30 de enero de 2023, mediante el cual la Sala de Selección de Tutela Número Uno de la Corte Constitucional decidió seleccionar para revisión el presente proceso.

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada sobre la materia13 y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando, existiendo

ese medio este carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto. Así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando la acción se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer la acción principal en un término máximo de 4 meses a partir del fallo de tutela, y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario14.

1. Antes de realizar el estudio de fondo de la acción de tutela seleccionada, la Sala procederá a reiterar los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela para impugnar actos administrativos expedidos en el marco de procesos de restablecimiento de derechos de menores de edad, para con ello verificar si se cumplen dichos requisitos.

Análisis de procedibilidad del caso concreto.

1. Legitimación por activa. Con base en lo establecido por el artículo 86 de la Constitución, y lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la Sala considera que la agente satisface los requisitos para intervenir en el proceso en condición de agente oficiosa en los términos fijados por la jurisprudencia constitucional.

1. En efecto, además de haber (i) efectuado la manifestación expresa que actúa como agente oficioso de la agenciada y de su hijo menor de edad; (ii) señalado que la agenciada y su recién de nacido están en imposibilidad de promover directamente la acción constitucional; y (iii) sido ratificada su intervención como agente por la agenciada por medio del interrogatorio de parte efectuado por el juez de instancia a la agenciada, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que para agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal aplicable a agentes oficiosos.

1. Es decir, no se le impone al agente oficioso el deber de manifestar que el afectado en su derecho fundamental no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, por cuanto ello es obvio tratándose de niños, niñas y adolescentes. Por consiguiente, en torno a la protección de sus derechos fundamentales, el artículo 44 de la Carta consagra objetivamente la necesidad de defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve15. En atención a lo anterior, y teniendo en cuenta que la agencia oficiosa encuentra su razón en la búsqueda de la efectividad de los derechos fundamentales de un menor de edad, esto es, de quienes como titulares no pueden ejercer su propia defensa por determinadas singularidades o eventos, para la Sala es evidente que al tratarse en el fondo de la efectividad de derechos fundamentales de un menor de edad la agenciada está legitimada para intervenir en calidad de agente oficiosa.

1. Legitimación por pasiva. La agente dirige la acción de tutela en contra de una autoridad pública señalada de haber presuntamente vulnerado los derechos fundamentales invocados de la agenciada y su hijo recién nacido, eso es, el ICBF. Lo anterior, debido a la medida provisional dictada, la cual presuntamente vulneró los derechos fundamentales alegados de la agenciada. Así, en los términos del artículo 86 de la Constitución y del artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, dicha entidad es susceptible de ser demandada a través de la acción de tutela.

1. Inmediatez. De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y el alcance que le ha dado la jurisprudencia constitucional al principio de inmediatez, la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un término prudente y razonable respecto del momento en el que presuntamente se causa la vulneración16. La razonabilidad del término no se valora en abstracto, sino que corresponde al juez de tutela evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un término razonable. En el caso bajo estudio, la acción de tutela se interpuso el 3 de noviembre de 2022 a efectos de reprochar una medida provisional decretada el día 19 de octubre de 2022 por el ICBF consistente en la ubicación en medio familiar de hogar sustituto mientras se adelanta el proceso de

restablecimiento de los derechos del menor de edad iniciado por la misma entidad. Por lo anterior, la Sala considera que la acción de amparo fue interpuesta en un plazo razonable.

1. Subsidiariedad. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario. El principio de subsidiariedad determina que dicho mecanismo de protección es procedente siempre que (i) no exista un medio alternativo de defensa judicial; o (ii) aunque exista, este no sea idóneo y eficaz en las condiciones del caso concreto; o (iii) sea necesaria la intervención del juez constitucional para conjurar o evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

1. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, pese a la existencia de otro medio de defensa judicial, el examen de procedencia de la acción tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, porque, en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado les debe garantizar un tratamiento diferencial positivo. Además, porque es corresponsable junto con la familia y la sociedad, de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

1. En el caso objeto de estudio, además de que se plantea una controversia que reviste especial relevancia constitucional en tanto involucra el goce efectivo de los derechos fundamentales de un menor de edad en su ámbito familiar, la acción de tutela resulta ser el medio idóneo y eficaz para perseguir el amparo de estos, máxime teniendo en cuenta que (i) el menor de edad padece de condiciones médicas agudas, (ii) el estado de vulnerabilidad de la agenciada por su condición socioeconómica; y (iii) el hecho de que se haya separado al menor de edad en referencia de su familia. Estas situaciones evidencian la palmaria debilidad en que se encuentran la agenciada y su hijo menor de edad y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita.

1. Ahora, si bien dicho mecanismo de defensa judicial es presentado por la agenciada no solo en procura de la protección de los derechos de su menor de edad sino también de los de la progenitora, la cuestión subyacente es la obligación de protección del menor de edad para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, lo cual corresponde no solo a los padres de familia, sino que también incumbe a las instituciones que adelantan y velan por el proceso de restablecimiento de derechos del menor de edad -el ICBF, la Comisaría de Familia de ** y el Procurador Judicial de Familia-.

1. Finalmente, es necesario poner de presente que, si bien en el marco de los trámites administrativos adelantados por el ICBF sus actuaciones son susceptibles de ser controvertidas ante la jurisdicción contenciosa administrativa o de familia, la jurisdicción constitucional excepcionalmente también está legitimada para pronunciarse sobre los trámites en referencia. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que "[r]especto de los trámites administrativos adelantados por el ICBF ha dicho la jurisprudencia que '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"17.

1. Así, ante los hechos del caso objeto de estudio, se cumplen las reglas jurisprudenciales en referencia para la intervención excepcional del juez constitucional en trámites administrativos adelantados por el ICBF dadas las condiciones descritas (ver supra, numeral 50). En efecto, las circunstancias de la agenciada y su hijo menor de edad evidencian una palmaria debilidad y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita.

1. Por tanto, al analizar el cumplimiento de este requisito de subsidiariedad la Sala lo encuentra acreditado, procede esta Sala de Revisión a formular el problema jurídico y metodología de esta decisión.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. De conformidad con los hechos expuestos en el acápite I, le corresponde a la Sala determinar si la adopción por parte del ICBF de una medida de restablecimiento en la modalidad de hogar sustituto respecto de un menor de edad recién nacido por una actitud de descuido de su progenitora durante el embarazo afectó los derechos fundamentales del menor de edad a tener una familia y no ser separado de ella y los de su progenitora a la unidad familiar.

1. Para dichos efectos, la Sala reiterará la normatividad y jurisprudencia constitucional correspondiente sobre (i) el interés superior del menor de edad y los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes; (ii) el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y la modalidad de los hogares sustitutos como medida de protección provisional. Con base en dichas consideraciones, la Sala efectuará el análisis del caso concreto.

1. No obstante lo anterior, el material probatorio que obra en el expediente dirigido a señalar la reubicación del menor de edad, la Sala considera necesario evaluar si en el presente caso se ha configurado una carencia actual de objeto.

A. CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO. Reiteración de jurisprudencia18

1. En reiteradas ocasiones, esta corporación ha señalado que la carencia actual de objeto se configura cuando la orden del juez constitucional no tendría efecto alguno o “caería al vacío”, y que dicho fenómeno puede presentarse bajo las categorías de hecho superado, daño consumado o el acaecimiento de alguna otra circunstancia que conduzca a que la vulneración alegada ya no tenga lugar siempre que esta no tenga origen en la actuación de la entidad accionada (situación sobreviniente).

1. En relación con la primera categoría (carencia actual de objeto por hecho superado, en adelante, “hecho superado”), el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 determina lo siguiente: “Artículo 26.- (…) Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”.

1. La Corte ha interpretado la disposición precitada en el sentido de que el hecho superado, tiene lugar cuando desaparece la vulneración o amenaza al derecho fundamental invocado. Concretamente, la hipótesis del hecho superado se configura “cuando entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que por razones ajenas a la intervención del juez constitucional, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”19.

1. En tal sentido, esta corporación ha señalado los aspectos que deben verificarse a fin de examinar y establecer la configuración del hecho superado desde el punto de vista fáctico. Estos aspectos son los siguientes: (i) que efectivamente se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela; y (ii) que la entidad demandada haya actuado (o cesado en su accionar) a motu proprio, es decir, voluntariamente.

1. Así pues, al constatar dichos aspectos y encontrarse ante un hecho superado, la sentencia

SU-522 de 2019 sistematizó la jurisprudencia respecto de los deberes que se desprenden para el juez de tutela en estos escenarios, indicando que “no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo”. Sin embargo, agregó que, si bien en estos casos la Corte no se encuentra obligada a emitir un pronunciamiento de fondo, puede pronunciarse sobre el caso para realizar observaciones sobre los hechos que dieron origen a la interposición de la tutela, si así lo considera, entre otros. No obstante, la Corte ha dejado claro que, en cualquier caso, la sentencia que declare el hecho superado debe acreditar su configuración.

Análisis concreto de la posible configuración de la carencia actual de objeto

1. Con base en lo anterior, la Sala considera que en el caso concreto no se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado. Si bien las pretensiones del amparo constitucional se han satisfecho por completo al haberse constatado el reintegro del menor de edad a la agenciada20, el ICBF y la Comisaría de Familia ** no actuaron a motu proprio, es decir, voluntariamente.

1. Por el contrario, de conformidad con el material probatorio que obra en el expediente las actuaciones que materializaron las pretensiones del amparo bajo estudio se dieron con posterioridad y en cumplimiento de las órdenes impartidas por el juez de instancia. En efecto, antes de la reubicación del menor de edad a su núcleo familiar por parte de la Comisaría de Familia de ** -el 23 de diciembre del 2022- se había proferido la providencia judicial en referencia de fecha 17 de noviembre de 2022.

1. En esta medida, al no configurarse la carencia actual de objeto procederá esta Sala de Revisión a definir las reglas del caso de acuerdo con la metodología de la decisión, y a resolver el caso concreto (ver supra, sección II.C).

A. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD Y LOS DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Reiteración de jurisprudencia

1. El artículo 44 de la Constitución Política establece los derechos fundamentales de los niños, incluyendo la vida, la integridad física, la salud, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, y la expresión de su opinión. Según la misma norma, estos serán protegidos de toda forma de violencia física o moral y la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger a los niños para garantizar su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce derechos adicionales, como el derecho a un ambiente sano, protección contra el maltrato y el abuso, y el derecho a no ser separados de su familia.

1. En esa línea, el principio del interés superior del menor obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo que implica adoptar un enfoque basado en derechos para garantizar su integridad física, psicológica, moral y espiritual21. La Corte Constitucional ha establecido que el interés superior del menor es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento22. Además, se ha explicado que el contenido de dicho principio debe determinarse en cada caso con arreglo a la situación concreta del niño, niña y adolescente, a partir del contexto y las necesidades particulares de estos23.

1. Del mismo modo, la Corte ha indicado que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener una familia que les brinde un desarrollo integral, siendo la familia la primera llamada a asistirlos y orientarlos24. Los padres deben asegurar el afecto recíproco, la comunicación y el ejemplo de vida y dirección para sus hijos25. Los niños tienen derecho a ser protegidos contra el maltrato y los abusos de cualquier tipo por parte de sus padres, representantes legales, personas responsables de su cuidado y miembros de su grupo familiar, escolar y

comunitario26. Estas obligaciones se enmarcan en la progenitura responsable27, lo que implica que los derechos y deberes que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos deben ejercerse en beneficio del interés superior del menor y no en provecho personal de los progenitores.

1. Ahora bien, la Corte ha establecido que el interés superior del menor debe ser tenido en cuenta en todas las decisiones de las instituciones públicas o privadas, los tribunales, órganos legislativos y autoridades administrativas28. Incluso, ha señalado que es el "faro iluminador" en actuaciones como los procesos de custodia, cuidado personal y visitas, pues "de ello dependerá su crecimiento, desarrollo y crianza en condiciones adecuadas, armónicas e integrales"29. Así, las autoridades administrativas y judiciales deben resolver los procesos que impacten la situación de un menor de edad, partiendo de su condición de sujeto de especial protección constitucional.

1. En resumen, el interés superior del menor es un mandato constitucional orientado a que los niños, niñas y adolescentes cuenten con un ambiente sano e idóneo para su desarrollo integral. Las obligaciones de garantía de dicho ambiente recaen en el Estado, la sociedad y, en especial, en la familia del menor.

A. EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA MODALIDAD DE LOS HOGARES SUSTITUTOS COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN PROVISIONAL. Reiteración de jurisprudencia

1. El interés superior de los menores de edad resulta particularmente relevante de cara a procedimientos administrativos como los de restablecimiento de derechos. El artículo 50 del Código de la Infancia y la Adolescencia define este tipo de actuaciones como "[l]a 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". En este se faculta a los defensores y comisarios de familia para investigar la presunta vulneración o amenaza de los

derechos de un niño, niña o adolescente y, adoptar, de manera expedita, las medidas que correspondan para que sea posible superar la eventual situación de desprotección en que se encuentran30.

1. Estas medidas, como indica el artículo 103 del código en referencia, son de carácter transitorio, pues deben ser modificadas o suspendidas cuando se alteren las circunstancias que dieron lugar a ellas, salvo cuando ya se haya efectuado la homologación de la decisión de adoptabilidad por un juez de familia. Así, la Corte Constitucional ha determinado que la adopción de medidas de restablecimiento de derechos (citadas anteriormente, llegando hasta la adopción), necesariamente, deben encontrarse precedidas y soportadas por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente31.

1. La jurisprudencia constitucional ha señalado algunos elementos que deben considerar las decisiones en dichos procesos. Particularmente, ha determinado que estas medidas deben (i) ser precedidas de un examen integral de la situación en la que se halla el niño; (ii) responder a una lógica de gradación, mediante la cual, entre más grave sea la conducta, las medidas a adoptar serán más drásticas; (iii) cuando impliquen la separación del niño de su familia, han de ser excepcionales, preferiblemente temporales y basarse en evidencia de que aquella institución no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar; (iv) estar justificadas por el interés superior del niño, (v) evitar desmejorar la situación actual del menor de edad;32 y (vi) tener presente que, si hay conflicto entre los derechos de los adultos y los de los niños, los primeros deben ceder33.

1. Los hogares sustitutos como medida provisional. En esa línea, la legislación nacional consagró como medida de protección provisional la modalidad de hogares sustitutos, consistente “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”34.

1. Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado que estos hogares prestan un servicio favorable para esta población que ha sufrido el abandono o se encuentra en condiciones de vida no apropiadas para el desarrollo educativo, afectivo y social al que tienen derecho, donde la nueva familia sustituta ejerce un programa de crianza temporal haciendo que los niños y jóvenes bajo su cuidado vivan en un ambiente familiar amados, respetados y valorados como seres humanos con sentimientos y virtudes a explotar35.

1. Ahora, existe una regla no solamente en el orden jurídico interno36, sino en los tratados internacionales de derechos humanos37, a favor de mantener el vínculo recíproco entre los padres biológicos y sus hijos o hijas, cualquiera que sea la configuración del grupo familiar38. No obstante, por motivos excepcionales39, tales como la ineptitud de la familia biológica, para asegurar el bienestar del niño o de la niña, pueden llegar a ser separados -como lo prevé la medida de restablecimiento consistente en hogar sustituto-. En ese caso, la carga de la prueba recaerá en quien alega las mencionadas circunstancias40 y el trámite de los procesos pertinentes deberá realizarse con estricto respeto de la garantía del debido proceso y de los derechos fundamentales de las personas involucradas.

1. En efecto, esta corporación ha determinado que la protección estatal de la familia debe ser integral. De este modo, las autoridades públicas “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”. A contrario sensu, tales autoridades tienen la obligación de adelantar programas y políticas públicas, así como de adoptar medidas encaminadas “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”.41 Lo anterior, en virtud del derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella.

1. En esta medida, esta corporación ha señalado que las autoridades cuentan con la posibilidad de adoptar medidas provisionales como lo es la “ubicación en hogar sustituto”. Esa medida aplica en los casos en que el menor carezca de una red familiar que permita su cuidado, y por tanto que sea posible brindarle los cuidados y atenciones que requiere mientras se resuelve de forma definitiva sobre su situación jurídica42.

1. Así, esta corporación se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el principio del interés superior de los niños y ha concluido que implica reconocer en favor de estos “un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral”. Así ha señalado que se desconoce el principio en referencia cuando “se le separa, en forma abrupta e intempestiva, de un hogar con el cual ha desarrollado vínculos afectivos legítimos, así se trate de un hogar sustituto, sin antes valorar adecuadamente su entorno”43.

1. En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en los términos de los lineamientos expedidos por el ICBF, la decisión de adoptar la medida de restablecimiento en la modalidad de hogar sustituto y permanencia de un menor de edad en un hogar sustituto debe estar precedida y soportada por la verificación de las circunstancias que permitan determinar la verdadera existencia de una situación de riesgo, peligro o abandono y que vulnere sus derechos fundamentales44.

A. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO. LA ENTIDAD ACCIONADA VULNERÓ LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA UNIDAD FAMILIAR DEL MENOR DE EDAD, Y A LA UNIDAD FAMILIAR DE LA AGENCIADA

1. De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, la Sala advierte varios hitos que deben ser detallados y tenidos en cuenta para emitir un pronunciamiento de fondo, a saber:

a. El 10 de octubre de 2022, el Hospital Universitario ** de ** solicitó la verificación de los derechos del hijo recién nacido de la agenciada. Lo anterior, ya que, entre otros, (i) se presentó alto riesgo obstétrico por “embarazo abandonado sin paraclínicos ni ecografías”45; y (ii) la agenciada no deseó ni planeó ni aceptó el embarazo ya que solicitó interrupción voluntaria del mismo en la semana 32.

a. El 11 de octubre de 2022, a raíz de la solicitud del Hospital Universitario ** de ** a efectos de verificar los derechos de la menor edad en referencia, el ICBF ordenó al equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia realizar la verificación del estado de garantía de los derechos del hijo de la agenciada. Entre las valoraciones ordenadas, se incluyó la “verificación inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos”46.

a. El 18 de octubre de 2022, se efectuó un informe de valoración sociofamiliar de verificación de derechos por parte de una funcionaria profesional en desarrollo familiar, según lo ordenado el 11 de octubre. Dicho informe, entre otros, (i) cita la entrevista efectuada a la agenciada. En dicho informe la agenciada explica que “soy madre dos hijos (…) fue duro saber que iba a tener otro hijo, yo laboro en un restaurante y soy la proveedora económica de mi familia (…) todo el tiempo la paso en el trabajo, no tuve tiempo de pensar que iba a pasar, reconozco que recurrí a la interrupción del embarazo ya muy avanzado, pero me llene de nervios, porque el embarazo anterior fue de riesgo, casi muero, tenía miedo de dejar a mis hijos solos, ahora estoy a cargo de mi hijo, he estado aquí, lo estoy alimentando, por favor no me lo quiten, reconozco que no hice controles, pero todo era por el trabajo, ahora siendo amor por él, quiero cuidarlo, quedarme con él, hablé con mi exesposo y me acepta en la casa con él”47.

a. Adicionalmente, el informe sostiene que (i) la agenciada “describe las relaciones al interior de esta [ciclo vital familiar de primera infancia] con buenos canales de comunicación y apoyo mutuo, frente a red extensa refiere que cuenta con familia, pero no son cercanos, sin

embargo, aclara que si requiere algo de éstos puede recurrir a ellos y solicitar ayuda si así lo requiriera"; (ii) "En la dinámica familiar la [agenciada] expresa que los vínculos parentales son cercanos, con buenos canales de comunicación, acompañamiento y apoyo"; (iii) "En la verificación de derechos se identifica que el niño recién nacido (…) cuenta con una familia con disposición para hacerse cargo de éste, se está a la espera de comisionar visita domiciliara a través de comisaría de familia para conocer la idoneidad de este grupo familiar para asumir la crianza y cuidado del niño (…)". El informe en referencia concluye señalando que la agenciada "está dispuesta a asumir el cuidado y protección de su hijo, contando con apoyo familiar, sin embargo, se solicitara a la autoridad competente comisione visita domiciliara para identificar condiciones de todo orden (…)".

a. El 18 de octubre de 2022, se efectuó la verificación ordenada el 11 de octubre por parte de un psicólogo de la Defensoría de Familia Número 5 del Centro Zonal Pereira. En dicha verificación, el funcionario señaló que (i) el menor de edad "al momento de verificación de derechos se encontraba en el Hospital Universitario **, en compañía de su progenitora"48; (ii) "El concepto de amenaza del derecho a la vida y a la calidad de vida y un ambiente sano, y del derecho a la integridad personal se sustenta en el abandono del embarazo, y la ausencia de controles prenatales, ecografías y paraclínicos, lo que ocasionó riesgo asociado a su diagnóstico de toxoplasmosis"49; (iii) "No se evidencia en la progenitora una actitud de cuidado durante su embarazo, refiriendo, además, distanciamiento de su red de apoyo social y familiar"50.

a. Tras la evaluación y socializar la misma con la defensora de familia en referencia, se advierte que, si bien no se presentan alteraciones en el estado de salud mental del menor de edad, "se identifica amenaza del derecho a la vida y a la calidad de vida y un ambiente sano, y del derecho a la integridad personal"51. En esa medida, se recomienda "medida de protección para el niño en modalidad de hogar sustituto, de modo tal que se pueda garantizar la protección de sus derechos, se proporcione acceso a los servicios de atención en salud que requiera, y se vincule al grupo familiar, de modo tal que adquiera herramienta para el cuidado del niño y la activación de red de apoyos social, familiar e institucional"52.

a. El 19 de octubre de 2022, una vez realizada la verificación anterior el ICBF “conceptúa la apertura PARD en favor del bebé, dado que se encontraba sola en el hospital”53. En virtud de dicha orden, se ordenó, entre otros, la práctica de pruebas respecto de la agenciada y el entorno familiar para establecer las condiciones de posible riesgo.

a. El mismo 19 de octubre de 2022 se decreta la medida provisional de ubicación en medio familiar en la modalidad de hogar sustituto.

1. De lo anterior, la Sala advierte que, a pesar de una solicitud de interrupción voluntaria y proceso de gestación sin controles prenatales, la agenciada (i) manifestó que su actuar se fundó (a) en el miedo a la muerte y abandono de sus hijos -producto de un parto riesgoso anterior- y (b) en su situación socioeconómica que la obligaba a trabajar constantemente para proveer para su familia; (ii) expresó su afecto por el hijo recién nacido y su deseo de no ser separado de él; y (iii) describió un entorno familiar nuclear y extenso en el que puede apoyarse para el desarrollo y crianza de su hijo recién nacido. Dichas circunstancias fueron verificadas por el grupo interdisciplinario comisionado por el ICBF para verificar preliminarmente las condiciones y derechos del menor de edad en referencia, y sobre esta evaluación considerar la necesidad de proferir la medida provisional señalada.

1. En atención a los hechos probados, para esta Sala resulta evidente que la imposición de medida provisional en referencia no obedeció a los parámetros fijados por esta corporación para dichos efectos. En efecto, si bien está comprobado una actitud de descuido de la agenciada durante el embarazo, a partir del nacimiento de su hijo, no se demostró por parte del ICBF el abandono del recién nacido o que estuviese en condiciones de vida no apropiadas para el desarrollo educativo, afectivo y social al que tiene derecho. Por el contrario, la Sala advierte (i) una progenitora presente, afectiva y con el deseo de criar a su hijo recién nacido

a pesar de adversidades de orden económico y salud; y (ii) una red familiar disponible para apoyar en las tareas de desarrollo y crianza del hijo.

1. En esta medida, se considera que la procedencia de la excepcionalidad de la separación de hijos de sus padres no se acreditó por parte del ICBF. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución y lo señalado en la parte considerativa de este fallo, en aras de dar prevalencia interés superior de los niños, se debe procurar por mantener el vínculo recíproco entre los padres biológicos y sus hijos y por preservar la unidad familiar. Lo anterior, en virtud del derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella. Así, la protección estatal de la familia debe ser integral. De este modo, las autoridades deben abstenerse de adoptar medidas administrativas que impliquen violar la unidad familiar en aquellos casos en los que no se ha comprobado que el menor carezca de una red familiar que permita su cuidado, y por tanto que sea posible brindarle los cuidados y atenciones que requiere mientras se resuelve de forma definitiva sobre su situación jurídica.

1. En el caso concreto, no se comprobó de manera previa a la adopción de la medida provisional que existiera una situación de riesgo, peligro o abandono y que vulnere sus derechos fundamentales. En esa medida, en los términos fijados por la jurisprudencia constitucional, la Sala: (i) no evidencia un examen integral de la situación en la que se halla el niño al momento de imponerse la medida provisional en referencia por parte del ICBF. En efecto, no se vislumbra una argumentación y justificación sólida respecto de cómo una actitud pasada -fundada en un temor por su vida y el bienestar de los demás hijos y en limitaciones de orden socioeconómico- podría resultar en la vulneración actual de derechos fundamentales del menor de edad. Tampoco (ii) se presenta argumentación ni evidencia de que dicha actitud de descuido pasado permita concluir que la familia del menor de edad no es apta para cumplir con sus funciones básicas. Lo anterior, máxime teniendo en cuenta las declaraciones de la agenciada que dan cuenta de su afecto por su hijo su recién nacido, su deseo de desarrollar y criar a su hijo; así como, la existencia de una red familiar dispuesta a apoyar a la agenciada en dichas labores.

1. Por lo demás, observa la Sala que la medida provisional dictada en el presente caso tampoco responde a una lógica de gradación. En caso de haberse argumentado y evidenciado que la actitud pasada de la progenitora la hacía inepta para el desarrollo y crianza de su hijo, no se entiende cómo no se gestionó una medida menos lesiva del derecho del menor de edad a tener una familia y no ser separado de ella, como podría haber sido por ejemplo la ubicación de este con uno de los miembros de la familia antes de decretar la medida provisional en comento y separarlo de sus lazos familiares. En opinión de esta Sala, esta circunstancia se agrava teniendo en cuenta que la ubicación del hogar sustituto impedía las visitas de la agenciada a su hijo recién nacido. Como se evidencia en el presente caso, la situación socioeconómica del agenciada impedía incurrir en gastos de locomoción teniendo en cuenta que debe sostener a dos hijos adicionales.

1. De esta manera, la Sala encuentra que el ICBF incurrió en la vulneración del derecho de la agenciada a la unidad familiar, y en consecuencia en un claro desconocimiento del derecho del menor de edad a una unidad familiar, y en este sentido a tener una familia y no ser separado de ella. Se recuerda que el ICBF no puede perder de vista la excepcionalidad de las medidas que conllevan a la separación de los hijos de sus familias y viceversa. Dicha vulneración se sustenta en el decreto de la medida provisional en la modalidad de hogar sustituto, sin que en el presente caso como ya se señaló se hubiese evidenciado una clara situación de abandono del menor de edad.

1. Por lo tanto, la Sala procederá a confirmar la decisión del 17 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira que resolvió tutelar los derechos de la señora Laura y su menor hijo recién nacido, agenciados en esta acción de tutela.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. Correspondió a la Sala Quinta de Revisión determinar si la adopción por parte del ICBF de una medida de restablecimiento en la modalidad de hogar sustituto respecto de un menor de edad recién nacido por una actitud de descuido de su progenitora durante el embarazo afectó los derechos fundamentales del menor de edad a tener una familia y no ser separado de ella y los de su progenitora a la unidad familiar.

1. En el marco del examen de procedibilidad de la acción de tutela, esta Sala encontró cumplidos los requisitos que componen este análisis en el caso sometido a revisión. Posterior a dicho análisis, la Sala debió verificar si se había configurado la carencia actual de objeto por hecho superado. Al respecto, no se constató tal fenómeno dado que, si bien lo pretendido en la demanda de tutela fue satisfecho de manera íntegra, dicha satisfacción se dio en virtud de una orden judicial proferida por el juez de tutela de instancia. En este sentido, la Sala advirtió la necesidad de pronunciarse de fondo sobre el asunto sometido a revisión.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia del 17 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira que resolvió TUTELAR el derecho fundamental a la unidad familiar de la señora Laura y el derecho a la unidad familiar del menor de edad hijo de la agenciada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 Expediente digital: “3_66001310500120220038300-(2022-11-29 14-10-25)-1669749025-3.pdf”, pág. 1.

2 La agente señala que fue “designada por la Defensoría del Pueblo para representar los intereses de la agenciada (…)”. Señala que la señora JJCV “compareció ante la Defensoría del Pueblo, solicitando apoyo y acompañamiento respecto a la apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de su hijo recién nacido”. Expediente digital: “9_66001310500120220038300-(2022-11-29 14-10-25)-1669749025-9”.

3 Expediente digital: “1_66001310500120220038300-(2022-11-29 14-10-25)-1669749025-1.pdf”, pág. 7.

4 Ibid.

5 La entidad en referencia guardó silencio.

6 Expediente digital “6_66001310500120220038300-(2022-11-29

14-10-25)-1669749025-6.pdf", págs. 4 y ss.

7 Ibid. Pág. 4.

8 La entidad en referencia guardó silencio.

9 Ver texto completo del resolutivo en Expediente digital: "16_66001310500120220038300-(2022-11-29 14-10-25)-1669749025-16.pdf", pág. 17.

10 Como prueba de ello, se anexó (i) el auto 46 de fecha 22 de noviembre de 2022 por medio del cual se ordenó modificar la ubicación del menor de edad a un hogar sustituto en el municipio de **; (ii) la Resolución No. 025 del 22 de noviembre de 2022 mediante la cual se dieron por terminadas las diligencias administrativas adelantadas por este despacho a favor del menor de edad y remitirlas a la Comisaria de Familia del Municipio de **, para que desde allí se asuma el conocimiento y continuidad del presente proceso administrativo de restablecimiento de derechos; y (iii) el acta de ubicación en hogar sustituto de fecha 22 de noviembre de 2022.

11 El informe de valoración efectuado el día 16 de noviembre de 2022 fue aportado por la agente.

12 La directora en referencia aportó (i) el auto de fecha 12 de diciembre de 2022 por medio del cual se modificó la medida de restablecimiento de derechos de ubicación en hogar sustituto a ubicación en medio familiar bajo el cuidado de la agenciada, aclarando que se continúa el proceso administrativo de restablecimiento de derechos hasta tomarse una decisión jurídica de fondo; y (ii) el acta de ubicación de menor en familia de origen de fecha 23 de diciembre de 2022.

13 Corte Constitucional, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015, y T-317 de 2015.

14 Decreto 2591 de 1991, artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. "Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo

sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela (…)”.

16 Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992.

17 Corte Constitucional, sentencias T-497 de 2005 yT-638 de 2014, entre otras.

18 Los fundamentos jurídicos a continuación se derivan de la sentencia SU-522 de 2019 y la T-086 de 2020, entre otras providencias sobre la carencia actual de objeto por hecho superado.

19 Corte Constitucional, sentencias T-715 de 2017 y T-086 de 2020.

20 EL ICBF advirtió que tenía conocimiento de que el menor de edad la agenciada fue reintegrado a su medio familiar por la Comisaría de Familia de ** por medio de auto de fecha 12 de diciembre de 2022 y el cual se hizo efectivo el 23 de diciembre del 2022. Para dichos efectos, la entidad aportó (i) el auto de fecha 12 de diciembre de 2022 por medio del cual se modificó la medida de restablecimiento de derechos de ubicación en hogar sustituto a ubicación en medio familiar bajo el cuidado de la agenciada, aclarando que se continúa el proceso administrativo de restablecimiento de derechos hasta tomarse una decisión jurídica de fondo; y (ii) el acta de ubicación de menor en familia de origen de fecha 23 de diciembre de 2022.

21 Como referencia para fines ilustrativos, se menciona la observación No. 14 del Comité de los Derechos del Niño del 29 de mayo de 2013, citada por la Sentencia T-384 de 2018. Entre otros instrumentos internacionales, relacionado con los derechos de los NNA, la mencionada sentencia, citó “(i) la Declaración de Ginebra (1924), adoptada por la Sociedad de Naciones Unidas; (ii) la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que plasmó en el artículo 25-2 que la infancia tiene derechos a cuidados y asistencias especiales, por lo cual todos los niños tienen derecho a igual protección social; (iii) la Declaración de los Derechos del Niño (1959) donde se estipuló en forma expresa en el principio 2, que al promulgarse las leyes para hacer efectivos los derechos de los menores la principal consideración sería “el interés superior del niño”; (iv) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), aprobado internamente por la Ley 74 de 1968, incluyó expresamente en el artículo 24-1 una disposición señalando que los derechos de los niños están a cargo de la familia, la sociedad y

el Estado; (v) el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), incorporado mediante la Ley 74 de 1968, también contempló en el artículo 10-3, una cláusula especial de protección a niños y adolescentes; y, (vi) la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), aprobada mediante la Ley 16 de 1972, reconoció en su artículo 19 que los niños tienen derechos de protección especial". Del mismo modo, la Corte ha tenido en cuenta la Convención sobre Derechos de los Niños de 1989, ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

22 Como referencia para fines ilustrativos, se menciona la observación No. 14 del Comité de los Derechos del Niño del 29 de mayo de 2013, citada por las sentencias T-384 de 2018, T-033 de 2020 y T-051 de 2022.

23 Corte Constitucional, sentencias T-033 de 2020 y T-051 de 2022.

24 Corte Constitucional, sentencias T-523 de 1992, T-500 de 1993 y T-115 de 2014.

25 Corte Constitucional, sentencias T-384 de 2018, T-115 de 2014, T-311 de 2017 y T-384 de 2018.

26 Artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia".

27 Corte Constitucional, sentencia T-384 de 2018.

28 Corte Constitucional, sentencia T-384 de 2018. La Corte ha fundamentado lo anterior, también, en los artículos 9 y 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia. El primero dispone: "Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente...". La segunda norma señala: "Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de

cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta".

29 Corte Constitucional, sentencias T-051 de 2022, T-384 de 2018 y T-033 de 2020.

30 Artículo 96 del código en referencia.

31 Corte Constitucional, sentencia T-572 de 2009, entre otras.

32 Corte Constitucional, sentencia T- 276 de 2012.

33 Corte Constitucional, sentencia T-261 de 2013, T-033 de 2020 y T-051 de 2022.

34 Artículo 59 del código en referencia.

35 Corte Constitucional, sentencia T-851A de 2012.

36 Corte Constitucional, sentencias T-529 de 1992, T-531 de 1992, T-178 de 1993, T-217 de 1994, T-290 de 1995, T-587 de 1998, T-715 de 1999, T-1214 de 2000, T-209 de 2002 y T-887 de 2009, entre otras.

37 Por ejemplo, el artículo 20 de la convención sobre los derechos del niño; el principio 6 de la Declaración de los derechos del niño; la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diciembre 3 de 1986; el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho el 29 de mayo de 1993 y ratificado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996.

38 Como lo recuerda la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003 esta regla ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otras en el caso de Keegan vs. Irlanda -sentencia del 19 de abril de 1994- en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

39 Al respecto, en la sentencia T-887 de 2009, se sostuvo que: "Es así como la Convención

sobre los derechos del niño acentúa, de manera especial, que la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños y de las niñas. Desde esta perspectiva, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de las niñas y de los niños. El artículo 7º, prevé, a su turno, que la niñez tiene "derecho a conocer a sus padres y a ser criada por ellos, en la medida en que ello sea posible". El principio 6º de la Declaración de la ONU sobre los Derechos del Niño se pronuncia en sentido similar y determina que cuando resulte factible que los niños y las niñas permanezcan en su entorno familiar, así deberá ser. El mismo principio subraya que los niños o niñas sólo podrán ser separados de su familia biológica por motivos excepcionales".

40 Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003, T-887 de 2009 y T-741 de 2017, entre otras.

41 Corte Constitucional, sentencias T-887 de 2009 y T-741 de 2017.

42 Corte Constitucional, sentencia T-019 de 2020.

43 Corte Constitucional, sentencia T-715 de 1999. La Corte amparó los derechos de una menor que fue separada abrupta e intempestivamente de su hogar sustituto en el que había permanecido sus cerca de cinco (5) años de vida. Aparte citado en la sentencia T-741 de 2017.

44 Corte Constitucional, sentencia T-741 de 2017 en la cual se analizaron los Lineamientos técnicos Administrativos de Ruta de Actuaciones y Modelo de Atención Para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y mayores de 18 años con sus Derechos Amenazados,

45 Expediente digital, "2_66001310500120220038300-(2022-11-29 14-10-25)-1669749025-2. Pdf", p.2.

46Ibidem, p.3.

47 Expediente digital, "6_66001310500120220038300-(2022-11-29 14-10-25)-1669749025-6.pdf", p. 32 y ss.

48 Ibidem, p. 13.

49 Ibid.

50 Ibidem, p. 14.

51 Ibidem, p. 14.

52 Ibid.