

Sentencia T-244/05

MENOR DISCAPACITADO-Medidas de protección que pueden ser adoptadas por el ICBF

MENOR DISCAPACITADO-Medida de protección de colocación familiar

MENOR DISCAPACITADO-Hogar biológico especial es una medida transitoria que adopta el ICBF

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el propósito de proteger especialmente a los menores discapacitados estableció nuevas modalidades de hogares sustitutos, como lo son los “hogares biológicos especiales para menores discapacitados”, con el fin de apoyar económicamente a sus familias y brindarles orientación y apoyo técnico para que puedan superar las circunstancias que dieron origen a la medida de protección. Con todo, se trata de una medida de carácter transitorio dados los escasos recursos y la gran demanda de atención de menores que se encuentran en esas condiciones. De ahí, que una vez se analice el caso por parte del Centro Zonal correspondiente, se elabore un plan de rehabilitación con la participación activa de la familia para que una vez cumplidos los objetivos se pueda dar por terminada la medida de protección respecto del niño beneficiado con ella, y darle la oportunidad a otro menor que se encuentre en las mismas circunstancias. Obviamente, lo deseable sería que el Estado asumiera de manera permanente la protección de los menores que por sus condiciones físicas, mentales o psíquicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta, es el deber ser de un Estado concebido como social de derecho, pero hasta que ello no sea posible, se tienen que distribuir los escasos recursos con que cuenta el Estado de suerte que se pueda brindar protección a la mayor cantidad de menores discapacitados que lo necesiten. Por ello, se requiere de la participación activa de la familia para poder superar en la medida de lo posible las circunstancias que determinaron la medida de protección y se pueda lograr una rehabilitación que le permita al menor su integración a la sociedad.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Terminación de medida de protección transitoria

Si bien la menor presenta serias complicaciones en su salud, ello no es consecuencia del cierre del hogar biológico pues, lamentablemente la niña ha padecido desde el momento de su nacimiento de esas deficiencias, las cuales pueden ser tratadas a través del sistema de

seguridad social para lo cual sus padres han de adoptar las medidas necesarias para que ello se logre de manera oportuna. Ahora, en el proceso de rehabilitación de su retardo mental también son sus padres quienes tienen la obligación de continuar con el mismo, al cual ha contribuido el Estado a través del ICBF durante ocho años, con la finalidad de que la menor continúe con la asistencia especializada que requiere de suerte que pueda lograr la integración social que con ello se persigue. No puede la Corte ordenar, como se pretende en la tutela sub examine que se pretermitan los procedimientos y plazos adoptados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que la medida de protección de hogar biológico que la cobija se prorrogue indefinidamente en el tiempo, pues a juicio del equipo técnico de esa entidad los objetivos buscados con la medida ya se cumplieron, razón por la cual la Defensora de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos ordenó el cierre del hogar, sin que pueda el juez constitucional, sin los elementos de juicio correspondientes desvirtuar dicho concepto.

Referencia: expediente T-1017677

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente :

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número doce ordenó la selección del mencionado expediente por auto de 6 de diciembre de 2004.

I. Antecedentes

1. Leonardo Andrés Bohórquez Zapata, actuando como apoderado de Sandra Milena Malagón, según poder otorgado por la madre de la menor quien presenta un retardo mental,

instauró acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que le sean amparados los derechos a la vida, salud y el derecho a la igualdad.

Los supuestos fácticos que dieron lugar a la presente acción de tutela, se resumen a continuación:

La menor Sandra Malagón presenta un grave desequilibrio en su salud que debe ser tratado de manera especial, a fin de evitar que su estado se agrave y le pueda ocasionar un intenso dolor que conlleve a la muerte.

Por esa razón, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar concedió una medida de protección especial a favor de la mencionada menor dada su imposibilidad de cuidarse por sí misma, y la de su madre de procurar su bienestar por falta de recursos económicos, pues labora como empleada doméstica por días y obtiene una remuneración que a duras penas le alcanza para sobrevivir. En ese sentido, se expidió la Resolución No. 028 de 29 de marzo de 1996, del Centro Zonal Barrios Unidos, mediante la cual se declaró en situación de peligro a Sandra Milena, y se constituyó en hogar biológico especial a la señora Imelda Malagón madre de la menor. No obstante, a través de la Resolución No. 16 de 31 de marzo de 2004, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se declaró la terminación de la medida de protección a favor de la menor citada, y en consecuencia, se ordenó el cierre del hogar biológico de la señora Imelda Malagón Parra.

Ese acto administrativo vulnera el derecho a la vida y a la salud de Sandra Milena, porque dada la gravedad psíquica fisiológica de la niña, requiere de un trato distinto preferencial. Así mismo, viola el artículo 13 de la Carta Política, según el cual el Estado debe proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física y mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. En efecto, aduce el representante de la menor que “[E]n el presente caso se asignaron los recursos para ayudar a una persona como la menor SANDRA MALAGON, quien ostenta la condición de ‘niño’ y de estar en una debilidad manifiesta, pero luego le quitaron la protección sin fundamento alguno, dejando a la niña en las mismas condiciones, bajo una argumentación no válida como darle cabida a otro niño con sus mismos problemas, es decir sopesar la vida de dos niños que AMBOS deben ser protegidos por la administración y no preferir la vida de alguno o de otro, lo cual choca con

cualquier derecho a la vida o a la igualdad real”.

2. Considera el representante de la menor demandante que la actuación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la omisión por parte del Ministerio de la Protección Social, desconoce los derechos constitucionales en relación con los niños, razón por la cual solicita que por medio de este mecanismo constitucional se suspenda el acto administrativo vulnerador de los derechos a la vida, la salud y la igualdad de Sandra Milena Malagón.

Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Barrios Unidos.

Ruby Carmenza Sanz Tobón, Defensora de Familia, dio respuesta a la acción de tutela interpuesta por la menor Sandra Milena Malagón Parra, a través de mandatario judicial, en los siguientes términos:

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde su creación ha asumido la atención de la discapacidad de los menores en situación de peligro o abandono, y ha prestado atención integral en aspectos de salud, educación y protección. En ese sentido, el hogar biológico es una modalidad de atención en el medio familiar consagrada en el numeral 6° del artículo 57 del Código del Menor, dirigida a menores con discapacidad, que presentan alta vulnerabilidad social y escasas oportunidades para satisfacer en forma adecuada las necesidades fundamentales de las niñas y los niños, medida ésta que de conformidad con lo establecido en la ley, tiene una duración de seis meses, prorrogables hasta por dos años, con el compromiso de la familia de superar las condiciones de vulnerabilidad con miras a garantizar los derechos de sus hijos.

En el asunto que se examina, la menor Sandra Milena recibió el apoyo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, durante ocho años lapso durante el cual esa entidad asumió el cuidado, la protección y la educación de la menor “[r]esponsabilidad que por ley le corresponde a los padres, en este caso a la progenitora, quien no se preocupó por iniciar proceso de filiación y solicitar alimentos al padre ya que estaba recibiendo la ayuda del ICBF”.

Así las cosas, la medida de colocación familiar-hogar biológico, no es una medida de por vida,

pues el mismo Código del Menor establece que su duración es de seis meses prorrogables hasta por dos años y, sin embargo, en el presente caso, se prorrogó hasta ocho años. En ese orden de ideas, aduce la defensora de familia que de seguir brindándosele protección a Sandra Milena, se le suprime la posibilidad a otro niño o niña que se encuentre en lista de espera para acceder a esa protección. Agrega que si la menor requiere atención en salud es el sistema subsidiado de seguridad social el que está diseñado para prestarlo.

Respuesta del Ministerio de la Protección Social

Si bien existe un control tutelar sobre las entidades descentralizadas que hacen parte de un Ministerio o Departamento Administrativo, solamente se encuentra destinado a asegurar y constatar que las funciones que les corresponden se realicen en armonía con las políticas gubernamentales, pero no se tiene facultad legal para extender su autoridad respecto de su autonomía administrativa y presupuestal.

II. Decisiones judiciales que se revisan

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", negó el amparo constitucional solicitado, bajo los razonamientos que a continuación se resumen:

La Resolución No. 16 de 31 de marzo de 2004, que dio por terminada la medida de protección a favor de Sandra Milena Malagón, establece en el artículo 3 la procedencia de los recursos de reposición ante el Defensor de Familia y de apelación ante el Director de la Regional de Bogotá, razón por la cual la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para hacer efectivo su derecho.

Por otra parte, la terminación de la medida de protección a la menor no conlleva la vulneración del derecho a la vida, pues ella no se encuentra en estado de abandono, además de que la decisión adoptada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tuvo como sustento un informe técnico que si no es compartido puede acudirse a la vía adecuada en los procesos ordinarios para controvertir esa medida. El derecho a la salud tampoco se ha violado, pues no existe prueba alguna de la situación precaria de Sandra Milena que requiera de un tratamiento urgente para la recuperación de su salud que haga procedente el amparo

constitucional.

Finalmente, expresa el Tribunal que el derecho a la igualdad solamente se entiende vulnerado cuando se presenta un trato desigual a una persona que está en iguales condiciones que otra, y que esa desigualdad no obedezca a una justificación razonable.

Impugnación

El apoderado de la menor Sandra Milena Malagón, aduce que el juez constitucional de primera instancia fundamenta parte de su argumentación para negar el amparo constitucional, en el “concepto técnico” sin conocer el contenido del mismo. Adicionalmente, con desconocimiento del concepto médico del Hospital Materno Infantil en el cual se demuestra el grave peligro que corre la menor por haberse cerrado el hogar biológico.

Manifiesta el apoderado de la actora que en el presente caso, se está ante un perjuicio irremediable pues el transcurso del tiempo evidencia más el desamparo de la menor poniendo en riesgo su vida. De ahí, que acudir a otro mecanismo de defensa judicial no sería el indicado debido a la inmediatez que se requiere para su protección.

Para el representante legal de la menor, es clara la desigualdad en que se encuentra la menor no solamente por tratarse de una menor de edad, sino por el grave problema de salud que padece, el cual no le permite sobrevivir sin las condiciones mínimas para su subsistencia. Agrega que entre los argumentos expuestos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se encuentra uno que escapa a todo análisis de la igualdad, “[y] es pretender quitar la ayuda necesaria para la niña poniendo en peligro su vida, argumentando que es para salvaguardar la de otro niño, es un argumento que se sale de cualquier contexto del Estado Social de derecho, y más cuando se trata de dar protección a niños que en igual medida la necesitan para poder vivir”.

En relación con el derecho a la salud, señala que es suficiente con mirar la historia clínica de la menor así como el último concepto médico, para darse cuenta de la gravedad en que se encuentra.

Sentencia de segunda instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, confirmó el

fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para lo cual razonó de la siguiente manera:

Peticiones como las contenidas en la acción de tutela que se examina no son procedentes a través de este mecanismo constitucional, pues de conformidad con lo preceptuado por el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se torna improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Aduce que si bien el juez de tutela de primera instancia manifestó en su fallo, que la madre de la menor cuenta con la acción ordinaria ante la jurisdicción contenciosa para oponerse a la terminación de la medida de protección, esa no es la vía indicada, pues a pesar de que se trata de un acto administrativo su control jurisdiccional corresponde a los jueces de familia a través de un proceso verbal sumario de única instancia previsto en el Código de Procedimiento Civil, por disponerlo así el artículo 56 del Decreto 2737 de 1989, pues se trata de una decisión que resuelve sobre la aplicación de las medidas de protección previstas en el artículo 57 ibídem, “[m]ecanismo que es expedito y resulta ser el idóneo para obtener las pretensiones que se busca lograr con el ejercicio de la presente acción constitucional”.

Para el juez constitucional de segunda instancia, revisadas las pruebas que obran en el proceso no se evidencia un perjuicio irremediable como lo sostiene el apoderado de la menor, y para fundar su afirmación se refiere a las medidas de protección consagradas en el artículo 57 del Código del Menor, para hacer referencia a que la medida de hogar biológico no se encuentra establecida expresamente en el mencionado código, sino que la misma tuvo origen en la facultad concedida a los defensores de familia prevista en el ordinal 6 del artículo 36 del Decreto 2737 de 1989, y su definición y derroteros se encuentran establecidos en un documento denominado “Lineamientos Técnico-Administrativos de los Hogares Sustitutos”, elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuyo objeto es lograr la protección integral como un servicio público de bienestar familiar.

En ese documento, además de ser definido lo que se entiende por hogar biológico, se establece entre otras cosas que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene la responsabilidad de informar a las familias que se benefician con esa medida, de la transitoriedad de la misma “[l]o cual implica establecer un firme compromiso para superar

las condiciones de vulnerabilidad social que le permitan retomar la plena responsabilidad en el cuidado de sus hijos e hijas”. Luego de referirse a los beneficios derivados de la mencionada medida de protección al menor, así como de las obligaciones correlativas de la familia, agrega que en el citado documento también se prevé que el apoyo económico brindado a la familia biológica será hasta por dos años, o hasta que se superen las condiciones de vulnerabilidad del menor que lo ponen en situación de riesgo, con el interés de la familia y el apoyo de ICBF. Esa valoración realizada mediante visitas por parte de las autoridades correspondientes, pueden dar lugar bien a la suspensión del apoyo en forma definitiva o para definir un cambio de medida o estrategias especiales de orientación y acompañamiento a las familias. El primer evento, se presenta por fallecimiento del menor o por encontrarse superadas las razones que dieron lugar a la medida y se hayan cumplido los objetivos para los cuales se aprobó el apoyo.

Ahora bien, en los casos de suspensión o modificación de la medida, el defensor de familia podrá solicitar un informe técnico en los términos establecidos en el artículo 59 del Código del Menor, que fue lo que sucedió en el caso que se examina, en el cual el equipo técnico a que se ha hecho referencia llegó a la conclusión de la conveniencia de cerrar el hogar biológico que favorecía a la menor “por cumplimiento de los objetivos”, sin que a juicio de ad quem esa afirmación se desvirtúe con la historia clínica de Sandra Milena, documento éste que proviene del Instituto Materno Infantil expedido el 6 de abril de 1990, cuando la demandante contaba con 1 año de edad, es decir, “[s]eis años antes de que se adoptara la medida de protección en su favor, lo cual ocurrió el 29 de marzo de 1996”.

Hace referencia el juez de tutela de segunda instancia, a la certificación médica expedida por el médico cirujano Fernando Laverde Uricoechea, expedida el 22 de febrero de 2004, en la cual se da un diagnóstico que a su juicio coincide en gran parte a pesar del transcurso del tiempo, con la referida historia clínica, para concluir que esa certificación no puede desvirtuar el concepto técnico rendido por los expertos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “[s]alvo que ello se demuestre fehacientemente dentro del escenario natural para ello, esto es, dentro del proceso judicial que para el efecto se encuentra previsto en las disposiciones legales pertinentes”.

Concluye el juez de tutela que sin esfuerzo alguno se observa que los síntomas que padece la menor no fueron consecuencia de la decisión adoptada por la entidad demandada y que los

mismos no se agravaron como resultado del cierre del hogar biológico “[m]enos aún cuando durante el lapso de ocho (8) años el I.C.B.F. le otorgó apoyo económico y acompañamiento y asesoría técnica a la madre con el compromiso de ésta de superar las condiciones de vulnerabilidad social que le permitieran retomar la plena responsabilidad en el cuidado de su hija, lo cual al parecer no hizo”. Agrega que las medidas de protección a los menores con discapacidad son de carácter transitorio, dado que en el entorno social en que vivimos, muchos menores se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad razón por la cual los recursos del presupuesto nacional asignados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, deben ser utilizados en forma equitativa con miras a beneficiar al mayor número de niños que sea posible. Por ello, “[n]o aparece justo ni equitativo que se extienda indefinidamente la duración de la medida y en forma por demás preferente en relación con unos menores, pero en desmedro de otros que también requieren la protección que el Estado les brinda a través del instituto demandado”.

III. Actuación de la Corte Constitucional

El Magistrado Sustanciador mediante auto de 24 de febrero del presente año, ofició a la Defensora de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos, para que enviara con destino a este expediente, copia del concepto equipo técnico elaborado por servidores públicos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que sirvió de fundamento para la terminación de la medida de protección a favor de la menor Sandra Milena Malagón, en virtud de la cual se decretó el cierre del hogar biológico.

IV. Consideraciones de la Corte Constitucional

1. La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. El problema planteado

Se trata de determinar en esta oportunidad, si a la menor Sandra Milena Malagón, le han sido vulnerados sus derechos fundamentales por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al haber declarado la terminación de la medida de protección en virtud de la cual se constituyó en hogar biológico a la madre de la menor Imelda Malagón Parra, a partir del 29 de marzo de 1996. Para ello, se precisará la finalidad de las medidas de protección, concretamente la de hogares biológicos especiales.

3. Los derechos de los menores y las medidas de protección establecidas para garantizarlos

3.1. El Constituyente de 1991 ante la situación de fragilidad y vulnerabilidad en que se encuentran muchos menores, consagró una serie de derechos a los cuales les reconoce categoría y valor especiales. Así, se estableció en el artículo 44 de la Carta que los derechos de los niños tienen el rango de fundamentales lo cual implica la adopción de mecanismos especiales para garantizar su protección, y de prevalentes, lo que se traduce en que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás.

El artículo 44 superior impone a la familia, la sociedad y el Estado, la obligación de proteger y asistir a los menores para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos. Con esa finalidad otorga a cualquier persona la facultad de exigir de la autoridad competente “su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

Para lograr que el reconocimiento y garantía de los derechos de los niños y las niñas a que alude el artículo superior citado, así como los demás derechos que se encuentran consagrados en la Constitución, la ley y los tratados internacionales trascienda a su aplicación efectiva, al Estado le corresponde adoptar medidas tanto fácticas como jurídicas que permitan a las diversas autoridades cumplir con el cometido que al respecto se ha trazado el Estado Colombiano en relación con sus menores, que no es otro que lograr el desarrollo pleno, integral, armónico de los menores, de suerte que puedan crecer como personas libres, autónomas, tolerantes y solidarias.

Sin lugar a dudas, la primera institución llamada a brindar los cuidados y la protección de los menores es la familia, como núcleo fundamental de la sociedad. Es allí precisamente donde los padres, si asumen su maternidad y paternidad de manera responsable pueden dar inicio a la formación de seres humanos con principios éticos y morales sólidos, de respeto hacía el prójimo en todos los ámbitos y campos de la vida. A falta de una familia, o cuando aun

teniéndola el menor se encuentre en situaciones irregulares que pongan en peligro su vida o integridad, le corresponde al Estado asumir su protección a fin de corregir la anómala situación que lo esté afectando.

3.2. Si bien es cierto la Constitución de 1991 elevó a rango constitucional los derechos de los menores, y les otorgó la categoría de fundamentales y prevalentes, como se vio, el legislador colombiano preocupado por el reconocimiento efectivo de los derechos de los niños y niñas expidió en 1989 el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, en el cual se contemplan los derechos constitucionales, los derechos que tienen a ser protegidos, cuidados y asistidos “[p]ara lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción” 1.

Entre los principios rectores que rigen el Código del Menor, se encuentra la naturaleza de orden público que revisten sus normas, lo que significa que son de carácter irrenunciable y que se aplicarán de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes (art. 18); también fija los tratados y convenios internacionales sobre la materia como parámetros de interpretación (art. 19); y, consagra el interés superior del menor sobre cualquier otra consideración (art. 20).

El Código del Menor se ocupa de las situaciones irregulares en las que puede encontrarse un menor; así, en el artículo 30 se consagran nueve casos que pueden dar lugar a la declaración de cualquiera de ellas. Para los efectos de esta sentencia, es de relevancia la situación irregular establecida en el numeral 6 del citado artículo, esto es, cuando el menor “[P]resente deficiencia física, sensorial y mental”. Precisamente, en relación con los menores que presenten alguna de las deficiencias aludidas, el artículo 12 del Decreto 2737 de 1989, dispone que tienen derecho a “[d]isfrutar de una vida plena en condiciones que aseguren su dignidad y a recibir cuidados, educación y adiestramiento especiales, destinados a lograr en lo posible su integración activa en la sociedad”. Así mismo, el Código del Menor dedica el Título Séptimo, a los menores que presentan deficiencia física, sensorial o mental. En ese sentido, el artículo 223 establece que :

“[L]a atención de los menores deficientes compete prioritariamente a la familia, y complementaria y subsidiariamente al Estado, en los términos de éste Código.

En este orden el menor tiene derecho a recibir la educación especializada, la capacitación

laboral que corresponda y las demás actividades de rehabilitación requeridas...”

1. Vigilará el cumplimiento, por parte de la familia, de las obligaciones que le corresponden en orden a lograr la rehabilitación del menor, con pleno respeto por la dignidad humana para que pueda gozar de los privilegios y beneficios que le permitan el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales, y colaborará con ella en la efectividad de estos objetivos

2. Propiciará con la participación de los Ministerios de Educación Nacional, de salud y demás organismos competentes, los programas dirigidos tanto a la prevención de la deficiencia mediante campañas educativas y profilácticas, como a la rehabilitación de los deficientes, y con la promoción de la educación especial, la integración a la educación regular, la creación de talleres para su capacitación, la recreación, así como las olimpiadas especiales y demás medios dirigidos a la rehabilitación integral de los deficientes”.

Ahora bien, el artículo 57 del Código del Menor consagra las medidas de protección que pueden ser adoptadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para asistir al menor que se encuentre en alguna de las situaciones irregulares que contempla la ley. Entre las medidas que pueden ser adoptadas para la protección de los menores, están las consagradas en los numerales 3° y 6° de la norma en cuestión, que consisten, la primera de ellas en la colocación familiar definida por el Código del Menor en el artículo 73, de la siguiente manera: “[L]a colocación familiar consiste en la entrega de un menor que se encuentre en situación de abandono o de peligro, a una familia que se compromete a brindarle la protección necesaria, en sustitución de la de origen.

La medida de colocación familiar será decretada por el Defensor de Familia mediante resolución motivada y de acuerdo con las normas técnicas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

La medida de protección a que alude el numeral 6 mencionado, se refiere a “[C]ualesquiera otras cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral”.

3.3. La medida de protección colocación-familiar hogar biológico, hace parte de las nuevas modalidades de atención en medio familiar, la cual se aparta de la línea tradicional de hogares sustitutos [dentro de los que se encuentran el hogar sustituto normal, hogar sustituto especial y hogar amigo], que tiene por finalidad brindar a los menores la posibilidad de continuar en su hogar biológico “[E]n el caso de aquellas familias o personas que estando obligadas a dispensar la protección del niño discapacitado, no cuenten con los recursos necesarios para la satisfacción de sus necesidades básicas, el ICBF ha diseñado la modalidad de Hogares Biológicos Especiales, con el propósito de prevenir el abandono y de garantizar una adecuada atención integral al niño, apoyando económicamente a la familia biológica y prestándole además asesoría en el cuidado y manejo especial del niño.

Los casos deben ser analizados por el Centro Zonal, dando prioridad a aquellos que presenten serias deficiencias, manejando este tipo de modalidad en forma discreta, sin divulgación al público”2.

Se tiene entonces que el propósito de esta medida es que el menor no sea separado de su medio familiar, y de esa manera conservar la unión de la familia apoyándola económicamente y brindándole asesoría técnica con el fin de fortalecer el manejo de los menores discapacitados, promoviendo los procesos de socialización, crianza, facilitando el acceso a los servicios a que tienen derecho para la atención de su discapacidad. En este proceso, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene la obligación de asistir a las familias a través de los defensores de familia, informándoles así mismo la transitoriedad de la medida con el objeto de establecer un compromiso de esa institución para superar las condiciones de vulnerabilidad social y económica que le permitan retomar la plena responsabilidad en el cuidado de sus hijos e hijas, además de los controles periódicos que han de realizarle para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en beneficio del menor.

4. El caso concreto

4.1. Según el apoderado de la menor Sandra Milena Malagón, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le violó los derechos fundamentales, al haber expedido la Resolución No. 16 de 31 de marzo de 2004, mediante la cual se declaró la terminación de la medida de

protección que cobijaba a la menor y, en consecuencia se ordenó el cierre del hogar biológico de la señora Imelda Malagón Parra madre de la menor, por cumplimiento de los objetivos.

Observa la Sala de Revisión que la menor Sandra Milena fue declarada en situación de peligro dado su estado de discapacidad y, como medida de protección se conformó el hogar biológico especial, con la finalidad de que pudiera ser asistida en sus terapias, medida que se prolongó durante ocho años, lapso al cabo del cual la Defensora de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos del ICBF, adoptó la decisión de declarar terminada la medida y cerrar el hogar biológico, aduciendo el cumplimiento de los objetivos. Esta medida, a juicio del apoderado de la menor pone en grave peligro su salud y su vida, pues para la adopción de esa drástica medida no se tuvo en cuenta el concepto médico del Hospital Materno Infantil, en el que se demuestra la gravedad “[e]n que se encuentra la niña por haberse cerrado el hogar biológico”.

En efecto, en el expediente aparece el concepto del Hospital Materno Infantil, en el cual se ponen de presente las graves afecciones que aquejan a la menor. Sin embargo, nótese que ese concepto médico fue expedido el 6 de abril de 1990, es decir, cuando Sandra Milena contaba con un año de edad, como lo afirma el juez constitucional ad quem seis años antes de que se adoptara la medida de protección a su favor el 29 de marzo de 1996. Adicionalmente, se allega al expediente como prueba del delicado estado de salud de la menor, un certificado expedido por el doctor Fernando Laverde Uricoechea, el 22 de julio de 2004, el cual coincide, como lo pone de presente el juez de tutela en segunda instancia, con el concepto médico expedido por el Hospital Materno Infantil. En efecto, el certificado expresa que la menor Sandra Milena “[p]resenta un severo retardo psicomotor con hipotonía generalizada, cianosis especialmente al alimentarla y requiriendo en ese momento oxígeno, y desde su nacimiento ha tenido convulsiones tónico clónicas con pérdida de conocimiento que repiten en forma periódica. Se ha evidenciado en un TAC cerebral practicado a la paciente edema severo cortical, aplastamiento occipital, fontanela cerrada y microcefalia”.

También obra en el expediente una certificación de la Asociación Colombiana de Padres con hijos especiales, en la cual se expresa que Sandra Milena recibe terapias integrales en dicha asociación, de lunes a viernes entre las 8.30 a 4.00 “[p]or presentar diagnóstico de retardo mental moderado retardo del lenguaje, retardo psicomotor y Síndrome convulsivo”.

Por otra parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a solicitud de la Corte, envió copia del concepto del equipo técnico que sirvió de base para decretar la terminación de la medida de protección y ordenar el cierre del hogar biológico, el cual contiene de manera general el seguimiento periódico que se realizó al hogar de la menor y la recomendación de dar por terminada la medida de protección y el cierre del hogar biológico por cumplimiento de los objetivos.

De otro lado, expresa la Defensora de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos que al revisar las historias que se encontraban a su cargo, se observó que la medida de protección “hogar biológico” se prolongaba en el tiempo “[s]in que hubiera rotación de cupos pese a la gran solicitud de ayuda para menores discapacitados en la zona de Chapinero, Teusaquillo y Barrios Unidos”. Agrega que al realizar el examen de las historias se ordenó el cierre de seis hogares que llevaban más de dos años con esa medida, pues según los lineamientos de esa institución el tiempo máximo de prórroga es de dos años. Adicionalmente, expresa que para la adopción de esa medida se tuvo en cuenta la clase de discapacidad que afectaba a los menores, el tratamiento y los beneficios obtenidos, la edad de las madres y su capacidad laboral, las opciones para la atención de los menores, como el hecho de que pudieran ser desplazados a instituciones si el tratamiento consistía en terapias que podían ser brindadas por el régimen de salud. Aunado a ello, el ICBF adelantó las gestiones necesarias para que los padres efectuaran el reconocimiento de su paternidad y aportaran alimentos.

4.2. Indiscutiblemente la Constitución Política garantiza a los menores el reconocimiento de sus derechos, e impone como obligación tanto a la familia, la sociedad y el Estado la asistencia y protección del niño para lograr su desarrollo armónico e integral, como se ha expresado en esta sentencia. El reconocimiento y protección que garantiza la Carta Fundamental a los niños y niñas, se incrementa aun más si aunado a su fragilidad dada su condición de menores, se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad debido a deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales, casos en los cuales se requiere que el Estado adopte medidas especiales a su favor (CP. arts. 13 y 47).

Es precisamente lo que ha venido realizando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que con el propósito de proteger especialmente a los menores discapacitados estableció nuevas modalidades de hogares sustitutos, como lo son los “hogares biológicos especiales para menores discapacitados”, con el fin de apoyar económicamente a sus familias y

brindarles orientación y apoyo técnico para que puedan superar las circunstancias que dieron origen a la medida de protección. Con todo, se trata de una medida de carácter transitorio dados los escasos recursos y la gran demanda de atención de menores que se encuentran en esas condiciones. De ahí, que una vez se analice el caso por parte del Centro Zonal correspondiente, se elabore un plan de rehabilitación con la participación activa de la familia para que una vez cumplidos los objetivos se pueda dar por terminada la medida de protección respecto del niño beneficiado con ella, y darle la oportunidad a otro menor que se encuentre en las mismas circunstancias.

Obviamente, lo deseable sería que el Estado asumiera de manera permanente la protección de los menores que por sus condiciones físicas, mentales o psíquicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta, es el deber ser de un Estado concebido como social de derecho, pero hasta que ello no sea posible, se tienen que distribuir los escasos recursos con que cuenta el Estado de suerte que se pueda brindar protección a la mayor cantidad de menores discapacitados que lo necesiten. Por ello, se requiere de la participación activa de la familia para poder superar en la medida de lo posible las circunstancias que determinaron la medida de protección y se pueda lograr una rehabilitación que le permita al menor su integración a la sociedad.

4.3. Se observa que Sandra Milena Malagón recibió el apoyo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar durante ocho años, lapso durante el cual su madre ha podido asumir el compromiso que adquirió cuando se decretó la medida que benefició a su hija, de realizar las gestiones necesarias para asegurar el acceso a los servicios de educación, salud, rehabilitación, y los demás a que tenga derecho, así como adelantar el proceso de filiación para lograr el reconocimiento de la paternidad de su progenitor, a fin de poder solicitarle el pago de alimentos que por ministerio de la ley le corresponden, lo que al parecer ello no realizó.

No obstante lo anterior, la Defensora de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos, anexó copia del registro civil de la menor en el cual se constata que Sandra Milena fue reconocida por su padre el 30 de junio de 2004, diligencia realizada en la Notaría 13 de Bogotá, tres meses después del cierre del hogar biológico.

4.4. Las consideraciones anteriores conducen a la conclusión de que si bien la menor Sandra Milena presenta serias complicaciones en su salud, ello no es consecuencia del cierre del hogar biológico pues, lamentablemente la niña ha padecido desde el momento de su nacimiento de esas deficiencias, las cuales pueden ser tratadas a través del sistema de seguridad social para lo cual sus padres han de adoptar las medidas necesarias para que ello se logre de manera oportuna. Ahora, en el proceso de rehabilitación de su retardo mental también son sus padres quienes tienen la obligación de continuar con el mismo, al cual ha contribuido el Estado a través del ICBF durante ocho años, con la finalidad de que la menor continúe con la asistencia especializada que requiere de suerte que pueda lograr la integración social que con ello se persigue.

No puede la Corte ordenar, como se pretende en la tutela sub examine que se pretermitan los procedimientos y plazos adoptados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que la medida de protección de hogar biológico que cobija a Sandra Milena se prorrogue indefinidamente en el tiempo, pues a juicio del equipo técnico de esa entidad los objetivos buscados con la medida ya se cumplieron, razón por la cual la Defensora de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos ordenó el cierre del hogar, sin que pueda el juez constitucional, sin los elementos de juicio correspondientes desvirtuar dicho concepto. Recuérdese que según lo dispone el artículo 59 del Código del Menor: “[E]l Defensor de Familia, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, podrá modificar la medida decretada cuando las circunstancias lo requieran. Para este efecto podrá solicitar previamente al equipo interdisciplinario de la institución o del Centro Zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, si lo hubiere, informe de los resultados del seguimiento realizado al menor y a su familia”.

Por las razones expuestas, la Sala de Revisión confirmará el fallo revisado.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Primera, el 8 de octubre de 2004.

Líbrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

SECRETARIA GENERAL

1 Art. 3 Código del Menor

2 Lineamientos del Subproyecto de Hogares Sustitutos. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Subdirección de Protección. Manual Lineamientos Técnico-Administrativos Hogares Sustitutos y Hogares Amigos. Agosto de 1997-