

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

Para esta Corte resulta importante reafirmar la regla según la cual, lo idóneo es que los hijos permanezcan al lado de sus padres, que constituyan una familia y que éstos no sean separados de ella. No obstante, dicha regla tiene una salvedad en tratándose del interés superior prevalente de los niños.

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

Un componente importante de la relación entre padres e hijos se encuentra en el amor y cuidado, pues estos son derechos propios de los niños que deben, a no dudarlo, ser garantizados por los progenitores como quiera que son las personas llamadas a realizarlo pues deben perseguir la protección y promoción del menor con soporte en el amor y afecto.

MENORES EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS-Caso en el que es procedente negar que menor de edad sea trasladada de forma permanente a la cárcel donde se encuentra progenitora

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Permanencia de menores hijos de las internas hasta determinada edad

VISITA EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Registro de seguridad realizado a los menores para el ingreso a un establecimiento carcelario a efecto de visitar a sus familiares

Un proceso de revisión como el que se realiza al momento de ingresar a un establecimiento carcelario no puede poner en riesgo los derechos de los niños pues éstos son acreedores de un mayor y acentuado amparo y, por lo mismo, no pueden ser sometidos a tratos similares a los que se da a los adultos en estos casos. Por el contrario, el procedimiento de seguridad exigido para un niño no debe, de manera alguna, imponer un tratamiento o una exigencia superior a la que se les demanda a los adultos sino que, por el contrario, debe procurar por dársele a los niños un trato acorde al Estado de indefensión en el que se encuentran, evitando el uso de lenguaje tosco, de gritos o cualquier otro componente que, maximice el

impacto, de por sí ya causado con su ingreso a un ambiente tan fuerte como lo impone los establecimientos carcelarios del país.

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Improcedencia para ordenar traslado de menor de manera permanente a establecimiento carcelario junto con su madre

Un establecimiento penitenciario no puede considerarse el lugar más adecuado para garantizar su desarrollo y crecimiento, máxime si se tiene en cuenta que la menor ha sufrido de algunos problemas de salud.

VISITA DE MENORES EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Orden a establecimiento carcelario realizar los controles de ingreso a menor sin que los mismos resulten excesivos o traumáticos

Referencia: expediente T-5.322.985

Demandante: Magaly Cortés Bolaños a nombre propio y en representación de su hija Ana Lucía Cortés Bolaños

Demandados: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), Complejo Penitenciario y Carcelario de Medellín “El Pedregal” e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Centro Zonal Integral Número 1 Nororiental

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín que, a

su vez, confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela promovida por la señora Magaly Cortés Bolaños, a nombre propio y en representación de su hija, Ana Lucía Cortés Bolaños, en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), Complejo Penitenciario y Carcelario de Medellín “El Pedregal” e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Centro Zonal Integral Número 1 Nororiental.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Uno por medio de Auto de 25 de enero de 2016 y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Magaly Cortés Bolaños, a nombre propio y en representación de su hija, Ana Lucía Cortés Bolaños, interpuso la presente acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC), el Complejo Penitenciario y Carcelario de Medellín “El Pedregal” (en adelante COPED) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Centro Zonal Integral Número 1 Nororiental (en adelante ICBF), con el fin de que se le amparen sus derechos fundamentales y los de su hija, a la dignidad humana, a la intimidad familiar, a la igualdad, a no ser sometidas a un trato cruel e inhumano, a tener una familia y no ser separada de ella, a ser protegidos contra toda clase de abandono y, por último, al cuidado y el amor, los cuales considera vulnerados puesto que se encuentra recluida en el aludido establecimiento y le han impedido trasladar, de manera permanente, a la guardería de dicho lugar a su hija, para que conviva con ella hasta el cumplimiento de los 3 años de edad, como lo permite la Ley 65 de 1993.

2. Hechos

La demandante los narra, en síntesis, así:

2.1. Se encuentra recluida en el COPED y, para la fecha de presentación de la acción de tutela, llevaba 16 meses interna.

2.2. Al momento de ser apresada, vivía con su hija Ana Lucía Cortés Bolaños, quien, para ese entonces, tenía 3 meses de edad por lo que, debido a su captura, fueron separadas.

2.3. Su hija, en la actualidad, se encuentra bajo el cuidado y custodia del ICBF, Centro Zonal Integral Número 1 Nororiental, en la Institución “Fundación La Casita de Nicolás”, bajo la supervisión de la defensora de familia respectiva.

2.4. De manera verbal ha solicitado, en varias ocasiones, el traslado permanente de su hija al penal hasta que cumpla tres años de edad de acuerdo con la reglamentación vigente.

2.5. Desde hace varios meses no logra tener contacto con la pequeña por cuanto la defensora de familia ha conceptuado que el lugar en el que se encuentra recluida no es apropiado para una menor, lo cual, a su parecer, no es cierto toda vez que el COPED cuenta con la infraestructura y el personal calificado para que los hijos de las internas residan allí hasta los 3 años, como ocurre en otros casos con sus compañeras, lo que permite el fortalecimiento del vínculo fraterno filial.

2.6. Aunado a lo anterior, la defensora ha asegurado que la pequeña ha sufrido constantes episodios gripales por lo que su estado de salud se ha visto desmejorado. Sin embargo, en la actualidad, se ha recuperado y se encuentra estable, luego no puede impedírsele compartir con ella con soporte en las contingencias médicas padecidas máxime si se tiene en cuenta que dentro del establecimiento carcelario se tienen todas las garantías para conservar su salud en condiciones óptimas.

2.7. La defensora de familia ha impuesto sobre ella una carga de ser quien logre que el INPEC efectúe su traslado hasta la institución en la que permanece la menor, lo que no ha podido conseguir como quiera que para materializarlo deben concurrir muchos factores ajenos a su voluntad que, en varias ocasiones no se han concretado, por lo que no ha podido ver a su hija en varios meses, a pesar de que existe la posibilidad legal de que la menor crezca a su lado hasta que cumpla los tres años de edad.

2.8. Desafortunadamente no cuenta con una red familiar de apoyo pues, aunque cuenta con familiares vivos, ellos no están en la disposición, ni en la capacidad, de tener bajo su cuidado a la niña.

2.9. Finalmente, que ha agotado todos los mecanismos tendientes a lograr mantener un contacto continuo con su hija y el restablecimiento de sus derechos, mediante solicitudes verbales y peticiones que han tenido respuestas negativas, lo cual la obligaron a invocar al

recurso de amparo.

3. Pretensiones

La demandante solicita el amparo de sus derechos fundamentales y los de su hija Ana Lucía Cortés Bolaños, a la dignidad humana, a la intimidad familiar, a la igualdad, a no ser sometidas a un trato cruel e inhumano, a tener una familia y no ser separada de ella, a ser protegida contra toda clase de abandono y, por último, al cuidado y el amor, y, como consecuencia de ello, se ordene a las entidades demandadas trasladar a su pequeña, de manera permanente, y hasta cumplir los 3 años, al COPED.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia del Certificado de Nacido Vivo de la menor (folio 1, cuaderno 2).
- Copia de la respuesta que dio la Defensora de Familia del Centro Zonal Nororiental, Regional Antioquia, a una petición presentada por la demandante (Folio 3 al 5, cuaderno 2).
- También hacen parte del proceso las pruebas que se recaudaron por esta Corporación en sede de revisión, relacionadas con el aspecto conductual, comportamental y psicológico de la demandante y a las cuales se hará mención detallada más adelante.

5.1. Complejo Penitenciario y Carcelario “El Pedregal”

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el COPED, a través de su representante legal, señaló que no son los competentes para resolver la situación que plantea la demandante en su escrito de tutela y, además, alegaron que no han vulnerado derecho fundamental alguno por lo que solicitan sean desvinculados del trámite judicial adelantado.

Entrando en el meollo del asunto expuesto por la actora, informó al despacho judicial de instancia que, una vez revisados sus archivos y, en especial, la hoja de vida de la interna se evidenció que ya había interpuesto otra acción de tutela, a su juicio, por los mismos hechos,

la cual fue estudiada y fallada por el Juzgado Veintidós Administrativo Oral del Circuito de Medellín, radicada con el No. 2015-000969, procedimiento que culminó con una sentencia favorable a las pretensiones de la señora Cortés, como quiera que ordenó tutelar sus derechos fundamentales y los de su hija y, en consecuencia, ordenó al ICBF, en coordinación con el COPED, garantizar efectivamente la realización de las visitas periódicas de la menor al lugar en que se encuentra recluida la progenitora.

Agregó que, según información dada por la trabajadora social del establecimiento, la interna, “dejo (sic) a su hija pequeña a cargo de otra persona y cuando la niña se enfermó (sic) fue necesario que la atendieran en salud, al no poder sustentar la tenencia de la menor, la pequeña terminó a cargo del ICBF”[1].

Por otro lado, advirtió que la interna expresó a la trabajadora social su deseo de ver a la pequeña por lo que tal funcionaria se puso en contacto con el ICBF y, con posterioridad, la pequeña fue traída al establecimiento a visitar a su madre, programando una visita mensual, por lo que tiene programada una para el 15 de septiembre de 2015.

Además, señaló que es potestad del ICBF y del defensor de familia autorizar el desplazamiento de la menor desde el centro de protección hasta el COPED y en esos asuntos ellos no tienen injerencia alguna, pues solamente les corresponde autorizar el ingreso y realizar el acompañamiento de la vista por parte de la trabajadora social, modalidad que es usada con varios menores.

Así mismo, refirió que el 19 de febrero[2], solicitaron nuevamente al ICBF un acercamiento de la menor con su madre, ante lo cual la defensora de familia manifestó que no es conveniente, situación que se escapa de la órbita de sus competencias, habida cuenta que el desplazamiento de la menor y las decisiones sobre la misma se encuentran en cabeza, como se dijo, de dicha institución y del defensor de familia.

En lo que respecta al COPED, a este solamente le corresponde la custodia y vigilancia de la demandante y autorizar el ingreso y acompañamiento de la visita que esta tiene con su hija.

Finalmente, indicó que en relación con la solicitud de que la pequeña haga parte del programa de Atención a Niños y Niñas hasta los 3 años de edad, la administración del penal

ha establecido una serie de políticas que están plasmadas en el procedimiento PT 51-021-03 y en la circular No. 000007 del 13 de febrero de 2014, las cuales determinan la aplicación del citado procedimiento en articulación de la estrategia de atención integral a la primera infancia “De cero a siempre”, por lo que, en vista de lo anterior, la dirección del COPED no consideró viable el traslado pretendido como quiera que la actora no cumple con los requisitos que establece tal lineamiento, a saber:

“(…)

- Presentar compromiso firmado por la interna asumiendo las responsabilidades, derechos y deberes, participación en los programas propuestos por el Área de Atención y Tratamiento según recomendación del equipo interdisciplinario, con el motivo del ingreso de su hijo(a) al Programa.
- Presentar fotocopia del Registro Civil o Certificado de nacido Vivo del niño o niña que ingresará al programa, a fin de constatar el parentesco real con la interna que presenta la solicitud.
- Presentar carnet (sic) de vacunas y crecimiento y desarrollo del niño o niña.
- Presentar carnet (sic) y/o afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Mantener adecuadas normas de convivencia. No presenta adecuadas normas de convivencia en el patio con sus compañeras.
- Contar con calificación de conducta en grado de: buena o ejemplar (manteniendo esta calificación de forma permanente) En este caso la accionante no presento (sic) buen comportamiento en su estado de gestación y después de el. (sic).
- Contar con red familiar o social para el reintegro del niño o niña una vez cumpla los tres (3) años de edad.
- Tener por lo menos un (1) acudiente para que asista al niño o niña en salidas de: atención médica, por solicitud de la interna (estas deben únicamente (sic) eventuales), recreación, integración familiar, y vacaciones. No cuenta con un familiar o acudiente para

que la asiste (sic) en caso de presentarse alguna actividad de alas (sic) anteriores mencionadas.”[3]

5.2. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC

El INPEC, aunque fue notificado de la admisión del recurso constitucional mediante oficio del 26 de agosto de 2015[4], guardó silencio a los requerimientos contenidos en el escrito de demanda.

5.3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF

El ICBF, Zonal Integral Número 1 Nororiental fue puesto en conocimiento del contenido de la demanda presentada por la señora Cortés. Sin embargo, guardó silencio dentro del trámite procesal.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del 8 de septiembre de 2015, el Juzgado Primero Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Medellín negó el amparo pretendido por la señora Cortés.

En efecto, el operador judicial, en su oportunidad, señaló que flexibilizaría el examen general de procedibilidad de la acción de tutela en tanto que en el asunto se persigue el amparo de los derechos de quien es considerado sujeto de especial protección constitucional, como lo es la menor representada.

Teniendo en cuenta lo anterior, reiteró la prevalencia de los derechos de los niños frente los demás pero consideró que, a pesar de ellos, no se pueden desconocer en el caso la existencia de una situación que puede poner en riesgo la salud física y mental de la menor, pues si bien es cierto que se debe procurar porque los pequeños crezcan acompañados de su familia, en especial de la madre, lo cierto es que un establecimiento penitenciario no puede considerarse el lugar más adecuado para garantizar su desarrollo y crecimiento, máxime si se tiene en cuenta que Ana Lucía ha sufrido de algunos problemas de salud.

Por otro lado, con relación a que se garanticen las visitas periódicas con la menor, el despacho señaló que no puede pronunciarse en torno a ello, toda vez que existe un fallo proferido como consecuencia de la interposición previa de una acción de tutela por parte de la señora Cortés en el que se dictó por el juez respectivo una medida de amparo que las concedió.

2. Impugnación

La demandante impugnó el fallo proferido en primera instancia, argumentando que la sentencia del a quo carece de las condiciones de congruencia necesarias por las razones que a continuación se describen.

En el análisis del caso concreto el operador judicial argumenta que es claro que los derechos de los niños prevalecen sobre las garantías de los demás. Sin embargo, advierte que no se pueden desconocer situaciones que pongan en riesgo la salud física y mental de los pequeños, como ocurre en el presente asunto pues la menor padece unos problemas de salud que se podrían acentuar si permanece residiendo en el establecimiento carcelario. Lo anterior, a pesar de que se deba procurar porque los pequeños permanezcan y se desarrollen en compañía de su familia, principalmente, de su madre.

No obstante, un planteamiento así no tiene lugar en el caso objeto de estudio pues es totalmente alejado de la realidad en tanto que se fundamenta en argumentos que no tienen soporte probatorio alguno.

Adicionó que el programa de atención para niños hasta los 3 años que se desarrolla en el COPED cumple metodológicamente los lineamientos técnico administrativos que se requieren, pues fue aprobado por el ICBF y dentro del mismo se manejan aspectos pedagógicos y de atención integral, afirmación que fácilmente se refuerza en el hecho de que, en la actualidad, muchos menores se encuentran bajo su cuidado y están en perfecto estado físico y mental puesto que, de lo contrario, tal componente no existiría.

Según la demandante el programa ha sido muy exitoso y de eso son testigos los empleados de la institución y las madres que gozan de la compañía de sus hijos, pues han verificado las excelentes condiciones físicas y mentales que tienen los pequeños que viven en el penal, luego resulta desacertado afirmar que existe un riesgo para la menor sin prueba

alguna que así lo permita inferir.

Actualmente la menor no tiene ningún problema de salud y, si padeció alguno, no se originó por la visita al establecimiento carcelario sino que fueron episodios gripales comunes que pueden ser sufridos por cualquier menor sin importar el contexto físico en el que se desarrolle. Sin embargo, el penal cuenta con todas las garantías en cuanto a sanidad para asegurar la atención de salud que requiera la pequeña en caso de presentar de nuevo gripe o algo similar.

Si bien es consciente que esas no son las condiciones de vida que desearía para su hija, lo cierto es que, a su parecer, tenerla a su lado ayudaría a la menor a mitigar en algo su difícil situación temporal, como quiera que no es lo mismo estar al cuidado del ICBF en una institución alejada del cuidado materno, a estar al cuidado de su progenitora bajo la supervisión de la aludida entidad pública, pues, a no dudarlo, ello ayudaría a su desarrollo físico y mental en unas condiciones más cercanas a las normales para cualquier niño.

Por otro lado, si bien el INPEC señaló en su respuesta que no presenta las adecuadas normas de convivencia en el patio con las compañeras ni durante el estado de gestación ni después del mismo, lo cierto es que tales afirmaciones las realiza sin la existencia de prueba alguna que así lo demuestre pues tiene una excelente conducta dentro de la cárcel, no ha tenido ningún conflicto en el patio y no consume ninguna sustancia psicoactiva.

Como acudiente de su hija o red de apoyo social, cuenta con la señora Adriana Herlinda Pulgarín Restrepo de quien refiere un número telefónico y es voluntaria de la cárcel en la que se encuentra recluida y quien, a su juicio, ha expresado la intención de comprometerse a cuidar a la menor cuando deba salir del penal, en caso de que se le permita el traslado de modo permanente.

Si bien ya existe un fallo de tutela que le amparó sus derechos que, para la fecha en que radicó la presente acción no conocía, lo cierto es que ese pronunciamiento se centró en el traslado periódico de la menor, lo que no persigue en esta ocasión sino que, por el contrario, lo que procura es su permanencia definitiva en el penal en el que se encuentra recluida.

Finalmente, adujo que no existe ninguna razón real y comprobada que demuestre la

inconveniencia del traslado y permanencia de la pequeña en el COPED y la negativa solo se ha fundamentado en especulaciones y posiciones personales, pues ningún accionado logró controvertir sus argumentos con pruebas, máxime cuando el principal demandado, entiéndase el ICBF, no dio respuesta a su petición, lo que permite presumir que acepta cada uno de sus reproches y argumentos, lo que repercute en el detrimento de sus derechos y los de su hija pues se le niega la posibilidad de mantener un contacto continuo y duradero con la pequeña y que le permita hacer parte de su vida y desarrollo, así como a tener una familia y a crecer bajo el cuidado de la madre.

3. Decisión de segunda instancia

La decisión del a-quo fue confirmada mediante sentencia de 20 de octubre de 2015, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, al considerar que está comprobado dentro del expediente que la menor sufrió sucesos nefastos durante el periodo en el que estuvo al cuidado de su madre, pues padeció las vicisitudes del abandono según expuso una funcionaria adscrita al ICBF.

Adicionalmente, dentro de la audiencia de fallo y práctica de pruebas[5], la actora manifestó, inicialmente, que no reconocía a la menor Ana Lucía, de quien ni siquiera había elegido el nombre que se le asignó[6], a lo que se suma el hecho de que la dejó al cuidado de distintas personas, lo que impone una actividad riesgosa para la pequeña, por lo que, a su parecer, si no cumplió con el deber de brindar a la niña el debido cuidado cuando estaba en libertad, mucho menos lo hará ahora en el centro de reclusión.

Agregó que Ana Lucía por las afecciones respiratorias que afronta requiere de tratamientos tendientes a fortalecer su sistema inmunológico que no pueden ser suministrados en el penal, lo que hace que sean necesarios los cuidados actuales que le son suministrados por el ICBF.

En ese sentido, para el ad quem, la madre ha incurrido en la violación de los derechos fundamentales de la menor desde el principio y, por tanto, no es viable acceder a lo pretendido. No obstante, refirió que, en caso de que la actora, en el futuro, logre satisfacer los requisitos previstos en el procedimiento PT-51021-03 y la circular 000007 del 13 de febrero de 2014, podrá acogerse y beneficiarse del programa que el COPED tiene para los niños hasta los 3 años.

4. Cuestión previa

Al haberse planteado en este caso que la demandante ya había interpuesto una tutela por los mismos hechos ahora invocados es menester establecer si realmente ello es así y, en caso positivo, lo que implicaría.

La temeridad es entendida como un fenómeno jurídico que tiene lugar cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”. Su configuración se traduce en el rechazo y en la resolución desfavorable de todas las solicitudes de amparo, sin perjuicio de las sanciones que establece la ley.

Esta corporación se ha pronunciado, reiteradamente, sobre las actuaciones temerarias en ejercicio de la acción de tutela y al respecto ha señalado los supuestos que deben verificarse para su tipificación.

Al efecto, tienen que concurrir tres elementos: (i) una identidad en el objeto, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”[7]; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a “que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa”[8]; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado[9].

En caso de que el juez, en el análisis de la existencia de la temeridad, observe la concurrencia de los tres elementos indicados, tendrá igualmente la obligación de descartar que para la interposición de la segunda acción de tutela concurra una razón válida que justifique su interposición para que sea posible el rechazo de ésta, o la denegación de la solicitud que ella contenga.

Lo anterior, por cuanto el estudio de la existencia de la temeridad tiene que partir de la premisa de la buena fe de los particulares en sus actuaciones ante la administración de justicia, esto quiere decir que se debe hacer un examen minucioso sobre la procedencia de esta institución jurídica, para así evitar cualquier otra vulneración de derechos.[10]

En efecto, este alto tribunal ha señalado que pueden existir eventos en los cuales, si bien concurren los tres elementos que configuran la temeridad, esta no se configura, como cuando (i) el juez vislumbra la presencia de nuevos elementos fácticos o jurídicos; (ii) o al resolver la primera acción no se pronunció con respecto a la verdadera pretensión del accionante y se observe que la violación de los derechos del accionante se mantiene. En estos casos, el juez deberá entrar a decidir de fondo el problema planteado.[11]

Realizadas las anteriores consideraciones generales, esta Sala entrará a determinar, aplicando los criterios señalados, si existe temeridad en el presente caso.

En el año 2015 la actora en compañía del señor Wilson Antonio López Díaz interpusieron acción de tutela en contra del ICBF, el INPEC y del COPED por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al interés superior del menor y a “estar con la madre”.

Lo anterior, por cuanto son los padres de Ana Lucía Cortés Bolaños y no la han podido ver desde abril de 2014 a pesar de haber presentado diversas solicitudes, en consecuencia, solicitaron que se les permitiera visitar a la menor habida cuenta que no obstante estar privados de la libertad no han perdido su derecho como padres.

En esa oportunidad, el juez constitucional de instancia, Juzgado Veintidós Administrativo Oral del Circuito de Medellín, concedió el amparo deprecado y ordenó garantizar efectivamente la realización de visitas periódicas de la menor al lugar en donde se encuentra recluida su progenitora, como mínimo una vez cada mes.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expresado, observa la Sala que, en el presente caso, no existe identidad de partes, pues se están agenciando los derechos de la menor que no fueron alegados en la primera demanda y la pretensión versa sobre asuntos distintos habida cuenta que la tutela inicial procuraba por poder ver a su hija y, la segunda, porque la menor sea trasladada de manera permanente al establecimiento en el que se encuentra recluida hasta que cumpla los tres años de edad.

Por tanto, no se presentan en el caso los elementos que configuran la existencia de una acción temeraria por parte de la demandante, luego resulta procedente que esta Corte realice el estudio del fondo del asunto.

III. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE

La Sala Cuarta de Revisión mediante auto del 17 de marzo de 2016 decidió decretar unas pruebas en el proceso de la referencia con el fin de verificar los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela interpuesta por la señora Cortés Bolaños, en el cual ordenó:

“PRIMERO.- Por Secretaría General, ofíciase a la ciudadana Magaly Cortés Bolaños, para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente Auto, se sirva informar a esta Sala:

- Si tiene una red familiar y, en caso afirmativo, indique cuáles son sus actuales condiciones personales, físicas y laborales o de qué derivan sus ingresos económicos. Adicionalmente señale si ostentan alguna profesión, arte u oficio.
- Si actualmente tiene una condena en su contra en firme o en qué etapa se encuentra el proceso que se le adelanta. En caso afirmativo, indique la pena fijada por el operador judicial que estudió su caso.
- Señale si presentó ante el Complejo Penitenciario y Carcelario “El Pedregal” los siguientes documentos: (i) compromiso firmado en el que asume las responsabilidades, derechos y deberes de participación en los programas propuestos por el Área de Atención y Tratamiento para las hijas de las internas hasta los 3 años de edad, (ii) la fotocopia del Registro Civil o Certificado de Nacido Vivo de la niña que pretende ingresar al programa, (iii) el carné de vacunas, crecimiento y desarrollo de la niña y, por último, (iv) el carné de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Si ha presentado algún tipo de conducta que reporte un quebranto a las normas de convivencia al interior del establecimiento carcelario demandado por la que se le iniciara un proceso interno que concluyera con la imposición de algún tipo de medida o sanción y, en caso afirmativo, si fue notificada y ejerció su derecho a la defensa dentro de la actuación adelantada.
- Cuál ha sido la calificación que el establecimiento carcelario en el que se encuentra reclusa le ha dado a su conducta durante el tiempo que lleva interna.
- Tiene algún familiar o acudiente que asista a la menor cuando requiera salidas con fines

médicos, recreativos, vacacionales o de integración familiar?

Para efectos de su pronunciamiento, allegar las pruebas documentales que considere pertinentes.”[12]

Seguidamente se dispuso oficiar al ICBF de la siguiente manera:

“SEGUNDO. Por Secretaría General, ofíciase al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Centro Zonal Integral Número 1 Nororiental para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente Auto, remita, por intermedio del Instituto Nacional de Medicina Legal, por un médico adscrito a su red de profesionales o por un galeno adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliada la menor Ana Lucía Cortés Bolaños, un concepto detallado respecto de sus condiciones actuales de salud.

Del mismo modo, informe si dentro del ICBF se adelantó algún procedimiento interno en el que hayan arribado a la conclusión de que la señora Magaly Cortés Bolaños abandonó a su hija, Ana Lucía Cortés Bolaños, y, en caso afirmativo, rinda un informe pormenorizado de este y si la progenitora fue vinculada, en su oportunidad, efectos de ejercer su derecho a la defensa.

Adicionalmente, señale las condiciones físicas y emocionales en las que llegó la menor al cuidado de ese centro especializado y si ha presentado alguna enfermedad, agregando, el manejo, tratamiento, indicaciones o recomendaciones médicas y evolución que ha tenido.

Por último, ponga en conocimiento de este despacho judicial si ha realizado algún proceso de investigación tendiente a establecer la red familiar de la señora Magaly Cortés Bolaños y si ha mantenido contacto con ellos.”[13]

Respecto de las pruebas requeridas al COPED se pidió lo que a continuación se transcribe:

“TERCERO. Por Secretaría General, ofíciase al Complejo Penitenciario y Carcelario “El Pedregal” a efectos de que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente Auto, informe las condiciones físicas de la guardería o de los espacios físicos que tiene a disposición de los menores de 3 años residentes en el lugar.

De la misma forma, informe a este despacho judicial si en contra de la señora Magaly Cortés Bolaños se ha adelantado algún proceso interno que concluyera con la imposición de una sanción generada a partir de una conducta que hubiera contravenido los manuales de disciplina y el reglamento interno y, en caso afirmativo, manifieste si fue vinculada y notificada del mismo, de modo que pudiera ejercer su derecho a la defensa.

Además, informe la calificación que el establecimiento carcelario le ha dado a la interna demandante y los criterios que ha tenido en cuenta para determinarla.

Allegue las pruebas documentales que considere pertinentes.”[14]

Más adelante se ofició a la trabajadora social del COPED en los siguientes términos:

“CUARTO. Por Secretaría General, ofíciase a la Trabajadora Social del Complejo Penitenciario y Carcelario “El Pedregal” a efectos de que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de este Auto, rinda un informe acerca del comportamiento que tiene la señora Magaly Cortés Bolaños durante las visitas supervisadas que ha mantenido con su hija, así como también, el presentado por la menor.”[15]

Y, finalmente, por medio del anunciado auto se ordenó:

“QUINTO. Por Secretaría General, ofíciase a la oficina Jurídica del Complejo Penitenciario y Carcelario “El Pedregal” a efectos de que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente Auto, allegue un informe en que indique la situación judicial actual de la demandante.”[16]

De otra parte, la Sala Cuarta de Revisión consideró necesario proceder a la vinculación oficiosa del Defensor de Familia de la Regional Antioquia, Centro Zonal Nororiental, por lo que mediante Auto de 5 de abril de 2016, lo realizó, en los siguientes términos:

“PRIMERO.- ORDENAR que por conducto de la Secretaría General de esta Corporación se ponga en conocimiento del Defensor de Familia de la Regional Antioquia, Centro Zonal Nororiental, el contenido de la demanda de tutela que obra en el expediente T-5.322.985, para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los hechos y las pretensiones que en ella se plantean o, en todo caso, actúe en los términos previstos en el numeral 9 del artículo 140 del Código de

Procedimiento Civil.”[17]

Frente a todo lo anterior a la Corte fueron enviados diversos documentos e información que se sintetiza así:

En el informe del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes de Ana Lucía Cortés Bolaños[18], elaborado el 28 de marzo de la presente anualidad, firmado por el Defensor de Familia de la Regional Antioquia, Zonal Nororiental, en compañía con la trabajadora social y la psicóloga reconocieron que la niña nació el 11 de enero de 2014, en la ciudad de Manizales, hija de la aquí accionante y del señor Wilson López.

Respecto de cuándo y cómo llegó la menor al ICBF se indicó que ello ocurrió el 8 de mayo de 2014 luego de que una trabajadora social de la Unidad Hospitalaria Santa Cruz de Medellín elaborara un reporte en que ponía de presente el ingreso de la niña por urgencias, en ese entonces, de 3 meses de edad, a dicho centro médico en condiciones de “desnutrición severa, bronquiolitis y maltrato por negligencia”, indicando que era hija de “Marleni Cortés Bolaños”.

Adicionalmente, la profesional referida manifestó que la niña no tenía un esquema de vacunación acorde con su edad, ni control de crecimiento y desarrollo, sin datos de identificación ni afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Refirieron que al indagar sobre el caso, corrigieron el nombre de la madre de la niña por el que corresponde “Magaly Cortés Bolaños”, quien, según informe de la misma institución médica, consumió psicoactivos durante la gestación de su hija lo que, a juicio del defensor de familia, constituye una vulneración al derecho a la integridad personal de la niña.

Adicionalmente, al parecer, la alimentación que le suministraban a la menor no era la más adecuada, y ha sido una vecina la que ha tratado de proveerle un poco de atención y cuidado a la niña. Y, por las situaciones descritas, la menor fue ingresada bajo protección estatal con el radicado SIM 10728417 por abandono con o sin situación de discapacidad.

El 13 de mayo de 2014 se le realizó a la niña la verificación inicial de los derechos, encontrando vulnerados los siguientes:

(i) A la salud integral, desarrollo en la primera infancia y la protección contra la transmisión de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, por la exposición durante la gestación al alcohol y a sustancias psicoactivas.

Ello, con fundamento en el complejo cuadro clínico que presentó la menor, quien fue llevada al centro médico por una vecina y gestora zonal del programa Buen Comienzo, oportunidad en la que se constató que la pequeña no tenía identificación pues se encontraba sin registro civil de nacimiento, sin esquema de vacunación completo y padeciendo las serias complicaciones de desnutrición y salud referenciadas, a lo que se sumó que la madre estaba privada de la libertad.

(ii) A la integridad personal, en tanto que se presentó negligencia por parte de la progenitora pues, aunque se encuentra privada de la libertad, no delegó en personas responsables el cuidado de su hija, ni garantizó su identidad y demás derechos conexos.

Si bien la demandante dejó a su hija a cargo de la señora Yolanda Martínez, lo cierto es que para las autoridades competentes dicha mujer no cumplió el rol protector habida cuenta que dejó abandonada a la niña en el servicio de urgencias, desprovista de todo elemento de aseo y alimento, lugar del que se ausentó aduciendo que tenía que llevar a su hijo de 16 años a un entrenamiento en otro barrio. Lo que se refuerza con el hecho de que, al parecer, la alimentación proporcionada no era la adecuada para la menor, quien debía esperar los cuidados que otra vecina le brindaba.

(iii) A la identidad, en tanto que para la fecha de ingreso al ICBF la menor no había sido inscrita en el registro civil de nacimiento.

(iv) A los alimentos, en tanto que la niña presentaba un cuadro de desnutrición severo y no se le garantizan los mismos desde su núcleo familiar.

Del mismo modo, refirieron que durante el procedimiento administrativo que se adelanta en favor de Ana Lucía se ha logrado identificar la amenaza y vulneración de otros derechos, así:

(i) Derecho de protección, por cuanto a pesar de que la madre se encuentra privada de la libertad, lo cierto es que fue beneficiada con la modalidad de prisión domiciliaria a efectos

de dedicarse a su embarazo y al cuidado de la niña durante los primeros meses de vida. Sin embargo, la medida le fue revocada pues incumplió con los compromisos y salió de su lugar de residencia, siendo recluida nuevamente.

Frente a esto último, decidió dejar a la niña al cuidado de terceras personas que no le garantizaron la alimentación y protección adecuada, luego, existieron suficientes razones para que la menor fuera ingresada a la institución La Casita de Nicolás, pues de no realizarse de esta manera, se sometería a la niña a una inestabilidad que no debe padecer y, además, la insatisfacción de sus necesidades básicas.

(ii) Derecho al desarrollo integral en la primera infancia. Ello por cuanto era un deber el garantizarle el registro civil a la niña dentro el primer mes de vida. Sin embargo no se realizó ninguna gestión tendiente a efectuarlo y la madre mantuvo los hábitos de vida que exponían a la pequeña a unas condiciones de riesgo en su integridad y al abandono físico y psicoafectivo. Adicionalmente, esta no permitió el contacto de la menor con su familia biológica ni extensa, lo que imposibilita el pleno desarrollo a que tiene derecho la pequeña en esta etapa vital de su vida.

(iii) Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, pues la pequeña ha permanecido alejada de su familia de origen y durante su corta vida ha sufrido por la negligencia de sus cuidadores y ha debido permanecer institucionalizada.

(iv) Derecho a la salud, en tanto que no fue vinculada al sistema de salud lo cual fue suplido por el Estado en el régimen subsidiado, a lo que se suma que la madre no le brindó la protección que requería la niña desde la concepción, ni realizó cambios en su estilo de vida a fin de evitar una afectación a su integridad.

(v) Derecho a la custodia y al cuidado personal. Causado por la madre al dejar a su hija bajo la supervisión de terceros que no estuvieron a la altura de los requerimientos de la niña.

Respecto de las condiciones físicas y emocionales de la menor al momento en que ingresó al ICBF indicaron, además de las previamente referidas, que la madre ha asumido una actitud indiferente frente a la protección de la niña y que nunca solicitó, ante los funcionarios del penal en que se encuentra recluida, el apoyo, siquiera con el trámite de registro de la niña.

Adicionalmente, la nutricionista que valoró a la menor concluyó que tenía, de cara a los parámetros de la OMS, una “desnutrición aguda severa, desnutrición global, (...) y delgadez según índice de masa corporal.” y, para el momento del chequeo, no se contó con alguna persona que pudiera dar información acerca del tipo alimentario y nutricional de la niña, por lo que, ante su estado de salud, le prescribió un tratamiento con supervisión constante para alcanzar el peso adecuado y solicitó que se gestionara, cuanto antes, el registro de nacimiento a efectos de ingresarla al programa de crecimiento y desarrollo.

Del mismo modo, fue valorada por una psicóloga quien encontró que la niña reaccionaba a estímulos, reflejos, caricias, respondía sonrisas, observando en ella que padecía de un estado gripal, bajo peso y piel poco hidratada.

Por otro lado, acerca de las actuaciones adelantadas dentro del proceso de restablecimiento de derechos se indicó que ante la constatación de lo precedido, la Defensora de Familia, el 13 de mayo de 2014, mediante auto, dio apertura a la investigación y ordenó una serie de pruebas.

En el transcurso de la investigación se logró establecer que la madre se encontraba privada de la libertad en la ciudad de Manizales y, por tanto, la defensora de familia, se comunicó vía e-mail con la oficina del INPEC de esa ciudad solicitando algún medio de contacto con la progenitora de la niña a efectos de proceder a notificarle del proceso y, así mismo, que proporcionara la información necesaria para restablecerle la identidad y demás derechos de su hija. De lo que le informaron que el lugar de nacimiento de la niña es Medellín y que la madre había sido trasladada al establecimiento penitenciario de esa municipalidad.

Ese mismo día solicitaron al Hospital de Caldas el certificado de nacido vivo de la hija de la señora Cortés Bolaños y, una vez recibido, el 26 de mayo de 2014, procedieron a realizar la inscripción en el registro civil de nacimiento de la niña.

El 27 de agosto de 2014, la defensora de familia practicó visita al COPED en la que le realizó la recepción de la declaración y la notificó del auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos en favor de su hija Ana Lucía, oportunidad en la que el equipo psicosocial de la Defensoría le realizó una entrevista a la reclusa.

Lo que logró que el referido grupo profesional concluyera, como fruto de dicho encuentro,

que la niña pertenece a una familia monoparental, la madre efectivamente es la accionante quien tiene 26 años y nació en Miranda, Cauca, cuyos padres ya fallecieron. Además, la actora tiene tres hermanos de 32, 16 y 15 años de edad y ha procreado cinco hijos los cuales se encuentran ubicados de la siguiente manera:

“Yefry Cortés Bolaños, de once años de edad y William Steven Hernández Cortés, con nueve años, están bajo el cuidado de William Hernández y Marina, abuela paterna, desde hace cuatro años, según la entrevistada, el señor trabaja en una marquetería en el sector de Paso Ancho en Cali. El niño Erik Alexander Hurtado Cortés, de cinco años de edad, permanece con Alexander Hurtado, su padre quien trabaja en “Junchis” (fábrica de alimentos) radicados en el barrio La Granja en la ciudad de Cali. Justin Alejandro Ibargüen Cortés, de dos años y medio de edad esta (sic) al cuidado de su padre, José Alejandro Ibargüen Gómez, vendedor ambulante de CD en la ciudad de Medellín, pero la madre afirma que se radica en la ciudad de Cali, no aporta dirección ni teléfono. Ana Lucía Cortés Bolaños, presunto padre: Wilson López Díaz, privado de la libertad en la cárcel de Pedregal en Medellín, desde hace un año, al parecer por resultar involucrado en una riña.”

Adicionalmente, el informe señaló que la demandante se distanció de su núcleo familiar desde hace más de diez años, privándose de los vínculos afectivos, solidarios y de cuidado de sus parientes. Agregaron que “proviene de familia nuclear”, es la segunda de cuatro hermanos, con los cuales mantiene relaciones distantes.

En sus relaciones afectivas ha sido inestable, ha procreado a sus hijos con parejas diferentes y al separarse ha dejado a los niños al cuidado de los padres o familia extensa y mantiene un contacto esporádico con los niños y asegura no conocer la dirección exacta donde reside cada uno de ellos.

Del mismo modo, se pone de presente el informe realizado el 10 de septiembre por una trabajadora social en la que dan cuenta que “La niña ha sido víctima de trato negligente desde sus primeros días de vida, esta situación ha afectado su salud, crecimiento y desarrollo, poniendo incluso, en peligro su vida (...). La madre (...) actuó en forma negligente, al no garantizar los cuidados adecuados para su hija a través de personas responsables y proveer los recursos suficientes y oportunos para satisfacer las necesidades básicas de la niña” y, continua señalando que “La madre de Ana Lucía evidencia la escasa

capacidad para medir las consecuencias de sus actos y establecer autocontrol, modificar los patrones de comportamiento a favor de garantizar a sus hijos los cuidados y la protección que correspondería con su rol materno, ha demostrado su incapacidad para priorizar los intereses de sus hijos, su salud y bienestar, por encima de su consumo y hábitos socialmente sancionados (...).”.

Ahora, respecto a la red vincular de apoyo que presentó la madre de Ana Lucía con miras a un reintegro a un medio familiar extenso o social, la misma trabajadora social conceptuó de la siguiente manera:

“La madre ha propuesto como red social de apoyo a una persona prácticamente desconocida por ella, pues ha sido solo el contacto en la institución carcelaria con la señora Adriana Herlinda Pulgarin, en su función de voluntariado religioso, sin mediar conocimiento de sus condiciones de vida o características del grupo familiar (...) repitiendo nuevamente el error de abandonar a la niña en manos de personas desconocidas. Por todo lo anterior se considera que contemplar el reintegro de Ana Lucía a familia extensa o red social de apoyo, la expondría a tratos negligentes, abandono y condiciones de vida altamente vulnerables.”

En el informe realizado por una psicóloga el 11 de septiembre de 2014, en algunos apartes, conceptúa que “(...) De la madre biológica se puede decir que desde su adolescencia ha presentado comportamientos socialmente inadecuados que se ha vuelto repetitivos durante el transcurso de su vida por los cuales en la actualidad se encuentra reclusa en prisión. En el tiempo que ha estado recluida le han brindado el beneficio de casa por cárcel para que pueda ejercer su maternidad, la señora ha abusado de dichos beneficios siendo arbitraria e incumpliendo con las normas establecidas para poder obtener la prisión domiciliaria (...),no ha demostrado una actitud positiva frente a la protección y cuidado de sus hijos, se evidencia que es una madre distante y abandonante ya que no tiene contacto ni telefónico, ni personal con sus cuatro hijos y desconoce de forma irregular sus paraderos, sin saber en qué condiciones se encuentran tanto emocional como física”

Y, continúa el informe de esta profesional señalando, respecto de la madre de Ana Lucía, lo siguiente: “La madre biológica de Ana Lucía es producto de un contexto familiar: Proviene de una familia inestable y abandonante (...) cuando Magali entra en la etapa de la

adolescencia se comienza a desencadenar una serie de conflictos a nivel comportamental, hasta el momento la señora no ha hecho transformaciones para bien de su vida, con un estilo de vida social al margen de la ley, donde prioriza otros factores, poniendo en riesgo su vida y la de sus hijos. Magali ha adquirido conductas de riesgo a temprana edad viviendo al margen de un sistema normativo y de adquisición de conductas delictivas, esta condición la ha llevado a sostener un estilo de vida que limita la posibilidad de adquirir y sostener relaciones significativas y emocionalmente estables, además de contribuir a su reducida capacidad de reflexión. La progenitora de la niña hace una negación de los efectos que a nivel físico, social, cognitivo y emocional causan sus decisiones y su comportamiento, está lejos de ser consciente de la magnitud del deterioro que su estilo de vida le ha causado. En su sistema de creencias no ha considerado el reconocimiento de construir amistades significativas, trabajar en un proyecto de vida y adquirir condiciones para permanecer al lado de su hija y garantizar bienestar y protección; su actitud abandonante, incidir en conductas delictivas lo cual da cuenta de su ingreso a la cárcel a temprana edad, da cuenta de una desesperanza en ausencia del reconocimiento a través del discurso, su capacidad de prever que su comportamiento, su actitud, su historia de vida y sus elecciones que no desea abandonar, la alejan del ejercicio del rol protector que exige el ejercicio de la maternidad; sabe las consecuencias derivadas de sus decisiones pero se niega a reconocerlo por la ausencia de reflexividad y en su efecto, responsabiliza al otro de su situación.”

Por todo lo anterior, consideró la psicóloga que “(...) la madre en la actualidad no cuenta con las condiciones mínimas de cuidado y protección, ya que presenta alta vulneración social que le imposibilita asumir y comprometerse con el cuidado, estimulación y el sano desarrollo de la niña; en su medio familiar la niña no tendría la mínima oportunidad de experimentar la garantía de sus derechos básicos y salvaguardar las condiciones físicas y cognitivas dentro de un marco de estabilidad.”

Agrega la defensora que, a pesar de que la madre afirma que su hija le inspira sentimientos más especiales y por ella quiere luchar, lo cierto es que se tiene evidencia de su negligencia frente a la garantía de los derechos fundamentales de la menor, aun hasta para haberle asignado un nombre. Adicionó que en múltiples ocasiones se le ha requerido información sobre sus redes familiares de apoyo y siempre ha manifestado desconocer datos, aun de su hijo residente en Medellín.

Por otro lado, en la actualidad se autorizaron unas visitas de la niña al medio penitenciario una vez al mes, dando así cumplimiento a lo dispuesto mediante fallo de tutela proferido por el Juzgado 22 Administrativo Oral del Circuito de Medellín, las cuales consideró el operador referido necesarias en aras de crear, afianzar y fortalecer vínculos afectivos entre la madre y la hija, además de sensibilizar a la primera sobre la importancia de vincular redes familiares al proceso con la intención de realizar un posible reintegro.

En el proceso de búsqueda de la familia extensa de la niña realizada por la defensoría se han efectuado entrevistas con la madre a efectos de obtener información concreta y veraz sobre sus miembros, destacando, por ejemplo, la adelantada el 13 de noviembre de 2014 en la que la demandante se comprometió a averiguar los teléfonos de su hermano el cual vive en Cali junto con su esposa, sin que hasta la fecha haya aportado el dato.

El 15 de diciembre de 2015 cuando llevaron a la menor a visitarla, indagaron sobre sus redes familiares, se enteraron que la señora Cortés iba a recibir a dos familiares procedentes de Cali, oportunidad en la que esta les manifestó que no deseaba entregar a su hija en adopción.

Con fundamento en la anterior información, conocieron a la señora Luz Marina Manquillo, abuela paterna de los dos hijos mayores de la demandante, quien se sorprendió con la noticia de la existencia de una nueva hija de la actora, al igual que los dos hermanos de Ana Lucía quienes se muestran emocionados al saber que tienen una hermana.

Frente a eso, la señora Manquillo refirió que tiene buenas relaciones con la demandante, que la conoce desde hace varios años y siempre ha sido su apoyo, que mantienen comunicación por vía telefónica y es la primera vez que la visita en ese sitio pues reside en la ciudad de Cali. No obstante, antes de comprometerse a apoyarla con la niña, solicitó tiempo para asimilar la noticia y para comentarle el asunto al hijo que la apoya económicamente. Adicionalmente señaló que los padres de la actora fallecieron y que la abuela que la crió vive en Yumbo pero tiene una avanzada edad y la hermana tiene muchos hijos por lo que considera que no cuenta con las condiciones económicas para hacerse cargo de la menor.

Al respecto, ante la posibilidad de una red vincular que esté dispuesta a asumir los cuidados de la niña, se comunicaron telefónicamente con la señora Manquillo, de 56 años, quien

aceptó postularse como red familiar para que sea vinculada al proceso que se adelanta en favor de la menor, puesto que señaló que habló con su hijo, expareja de la actora y padre de sus dos primeros hijos y está dispuesto a apoyarla económicamente, a lo que se suma el hecho de que los dos niños han solicitado que se haga todo lo posible para que su hermana viva con ellos.

Del mismo modo allegaron copia del acta de notificación a la demandante del proceso de restablecimiento de derechos a favor de Ana Lucía, con fecha 27 de agosto de 2014 y, también, aportaron copia de la declaración juramentada que esta rindió a la defensora de familia, en la misma fecha.

Se anexa certificación de las condiciones actuales de salud de la niña y dictamen proferido por un profesional médico especializado adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que se expone lo siguiente:

“Niña de 2 años de edad con desarrollo neurosensorial acorde a su edad, manipula objetos pequeños, escribe líneas, se relaciona visualmente con el examinador y la cuidadora de la institución, talla y peso adecuados para la edad, buen estado nutricional. La institución anexara (sic) la historia clínica en donde figuran los controles y las citas médicas, y nutrición y evaluación por el pediatra. Como las notas referidas verbalmente a la pediatra. La niña es apta para traslado de considerarlo la autoridad, es de anotar que no tiene deficiencias, y que no tiene signos de trauma físico.”

Por tanto, la defensora de familia encargada del asunto, solicitó a esta Corte que se denieguen las pretensiones de la accionante, por las razones expuestas y porque el cambio de la ubicación de la niña afectaría su estado emocional al realizar un corte innecesario con la figura principal de afecto que ha tenido dentro de la institución y con las que ha creado un vínculo afectivo y protector, surgido a partir de la ausencia de responsabilidad de la madre.

Además, la niña está próxima a cumplir los tres años, tiempo máximo para permanecer dentro del penal lo que impondría un nuevo desarraigo cuando se haya adaptado a una nueva dinámica institucional, por lo que considera importante que se continúe trabajando con la red familiar pues de ser posible se incluiría en una dinámica que favorezca su sano desarrollo con figuras representativas de su genealogía con las cuales no habría un

desprendimiento infructuoso y se le garantizaría sus derechos.

La defensora de familia que lleva el caso anexa el informe de la menor suministrado por la trabajadora social y la psicóloga del hogar “La casita de Nicolás”, en el que da cuenta como motivo del ingreso las mismas situaciones comentadas de manera previa y, como dato adicional, se pone presente que la persona a quien la señora Cortés dejó al cuidado la menor es una amiga que, a su vez, cuida a siete nietos.

Respecto del diagnóstico de salud de la niña, señala el que ya se indicó y como factor adicional expone la evolución en el cuadro respiratorio que padeció la niña lo cual favoreció su desarrollo.

En la actualidad la menor se encuentra al día en su esquema de vacunación pues aunque ingresó sin carné de vacunación, lo cierto es que por medio del centro de salud en el que nació obtuvieron el reporte y en el hogar en el que se encuentra le continuaron con el componente necesario.

Acto seguido, realiza un recuento detallado de la evolución de las enfermedades que ha padecido la niña desde que llegó a su cuidado y de los tratamientos y procedimiento que le han sido suministrados lo que ha llevado a que se encuentre en buenas condiciones de salud a nivel general, salvo por una dermatitis atópica en el antebrazo que está siendo tratada de conformidad con la fórmula que le prescribió el especialista en la materia.

No es alérgica a ningún fármaco y recibe dos medicamentos. Anexan la valoración nutricional actual la cual arroja que tiene todos los indicadores nutricionales en normalidad. Del mismo modo, detallan el tratamiento odontológico suministrado y el desarrollo físico que ha tenido la niña.

Respecto del desarrollo psicosocial describen su personalidad como curiosa y afectuosa, por lo que establece contacto con facilidad y si bien excluye a las personas no conocidas de las que lo son, lo cierto es que se muestra abierta a cualquier tipo de vinculación de manera ansiosa.

Agrega que Ana Lucía se torna temerosa cuando se encuentra en espacios desconocidos y, por ello, requiere del acompañamiento de una persona que ella reconozca como figura de

protección.

Por otro lado, también evaluó su desarrollo cognitivo señalando un parámetro de alerta en audición y lenguaje como quiera que no alcanza el nivel esperado para la edad que tiene pues no logra constituir frases y no cuenta con un repertorio de más de 20 palabras.

Sin embargo, Ana Lucía obtuvo un puntaje de 75 en la escala de desarrollo evolutivo que la ubica en un desempeño medio. Por tanto, para la trabajadora social, es necesario brindarle un entorno rico de conocimiento y experiencias de nuevos aprendizajes con una persona experta en el área educativa para que inicie el aprestamiento por competencias, por lo que se postuló su traslado al grupo de párvulos.

En el mismo informe se indicó que se debe tomar acciones desde el componente socioafectivo y familiar para que en forma temprana se logre minimizar el impacto negativo que genera en la niña el no contar con figuras de apego y protección que una madre o un sustituto podrían brindar.

Finalmente, señalaron que las visitas familiares, empezaron el 15 de septiembre de 2015 en el COPED pero las mismas le causan un cierto temor a la niña, debido a que es un lugar desconocido a lo que se suma que, por el protocolo de seguridad del establecimiento, a la menor le realizan medidas previas a su ingreso como, por ejemplo, “quitarle la ropa y ser estrictamente revisada” situación que le genera llanto en los puntos de control y sensaciones de pavor.

Frente al contacto de la niña con su madre dentro del establecimiento señalaron que, aunque con el pasar de los minutos Ana Lucía va permitiendo la familiaridad con ella, aún no ha logrado establecer un vínculo afectivo fuerte con su progenitora, de ahí que no se muestra angustiada en el momento que se termina la visita y al igual que lo hace con otras personas, entra en interacción con facilidad, lo cual permite a que la jornada transcurra con tranquilidad, mediante juego y risa.

Sin embargo, en los momentos en que la niña se siente angustiada, busca a la profesional de la institución que la acompaña, siendo esta su figura de protección y la forma de tranquilizarse.

Por otro lado, a esta Corte fue remitida la respuesta que presentó la representante legal del COPED quien, en torno a los requerimientos que le fueron elevados por el magistrado ponente, indicó:

Respecto de las condiciones físicas de la guardería señaló que ese establecimiento cuenta con un espacio físico especialmente separado y destinado para prestar tal servicio, el cual está dividido en una sala en la que tienen ubicadas las cunas, un salón de televisión, un salón de juegos, un parque de juegos y el área de cocina que tiene un comedor infantil, cocina, lavaplatos, área de almacenamiento de alimentos con dos neveras y, por último, cuenta con un baño para adultos y dos baños adecuados para los niños y la lavadora.

El programa del jardín infantil es de 15 cupos que se dividen entre menores de 3 años y madres gestantes, en la actualidad, los beneficiarios son 9 menores y 6 progenitoras.

En el jardín labora una docente, una auxiliar de cocina y dos auxiliares pedagógicas y los menores asisten a este de lunes a viernes de 8:00 AM a 3:30 PM, y el resto del tiempo permanecen con sus madres en el patio 7 que es uno especial destinado a madres gestantes y lactantes, pero los niños beneficiados tienen asegurada su alimentación toda la semana.

Con relación a la calificación de la conducta de la interna se le ha dado por dos periodos trimestrales el grado regular en razón a la sanción referida de conformidad con el acuerdo 011 de 1995 que, en su artículo 77, señala que “no podrá calificarse como ejemplar la conducta de quien haya sido sancionado disciplinariamente dentro de los seis (6) meses anteriores; como buena, la conducta de quien haya sido sancionado en el mismo periodo por falta grave o más de una falta leve (...)”. No obstante, en la actualidad, la demandante cuenta nuevamente con calificación ejemplar debido a que con el pasar del tiempo no la han vuelto a sancionar y ha cumplido con lo estipulado para el grado de conducta ejemplar.

En lo que tiene que ver con la situación jurídica de la interna señalaron que se encuentra cumpliendo una condena de 27 meses por el delito de tentativa de hurto calificado y agravado, siendo reincidente, como quiera que presenta cuatro ingresos a prisión por delitos relacionados con hurto y tráfico de estupefacientes, además con el agravante de que ha presentado falsas identidades lo que ha entorpecido la labor del INPEC y de la justicia al

momento de judicializarla. Adicionalmente, la interna ha presentado fuga cuando se le concedió el beneficio de prisión domiciliaria y por el actual delito que está condenada fue capturada encontrándose en estado de gestación.

Por último, remitieron el informe que profirió la trabajadora social del COPED respecto de las visitas sostenidas por la demandante con Ana Lucía, en el que la referida profesional pone de presente que la menor ingresa acompañada de una trabajadora social del hogar en el que se encuentra la niña y que se muestra emocionada y emotiva con su madre y la interna se muestra amorosa y afectuosa con su hija, ambas comparten ese tiempo con el fin de fortalecer, en la medida de lo posible, sus vínculos familiares y afectivos.

Tales encuentros son programados los últimos días martes de cada mes con una duración de una hora, lapso en el que se le informa a la madre los pormenores del comportamiento de la pequeña y su estado físico. Agregando que la interna de manera permanente ha estado pendiente de los encuentros mes a mes con su hija.

Por parte de la demandante no fue recibida respuesta alguna a los requerimientos elevados por esta Sala.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma Superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991[19], establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. (Subrayado por fuera del texto).

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por la señora Magaly Cortés Bolaños, a nombre propio y en representación de su hija, menor de edad, Ana Lucía Cortés Bolaños, razón por la que se encuentra legitimada para actuar en esta causa.

2.2. Legitimación pasiva

El ICBF, el INPEC y el COPED, son entidades e instituciones de orden público, por tanto, de conformidad con el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se les atribuye, la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte de las entidades demandadas, violación a los derechos fundamentales alegados por la demandante, al negarle el traslado permanente de su hija a las instalaciones del COPED, en donde se encuentra cumpliendo una pena privativa de la libertad. Lo anterior, a pesar de la existencia de un marco legal que así lo permite a efectos de garantizar los derechos de los niños.

Antes de abordar el caso concreto se realizará un análisis jurisprudencial de temas como: (i) el interés superior prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el componente de prerrogativas básicas que les asiste a los menores (ii) los deberes legales de los padres respecto de los hijos y, para terminar, (iii) el registro de seguridad realizado a

los menores para el ingreso a un establecimiento carcelario a efecto de visitar a sus familiares.

4. El interés superior prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el componente de prerrogativas básicas que les asiste a los menores

En Colombia, los niños son sujetos de derecho cuyos intereses prevalecen frente a los demás, lo que motiva a que todas las decisiones administrativas y judiciales en las que se encuentre en tensión sus prerrogativas básicas frente a las de otro ciudadano se opte por la que mejor provea al interés superior del niño.

Lo anterior ha sido derivado de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, entre otros, en la Convención Internacional de Derechos Humanos, la cual, en su artículo 3º, numeral 1º, señala que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los operadores judiciales y las autoridades administrativas y legislativas tienen que atender de manera primordial al interés superior del menor.

Del mismo modo, en nuestra reglamentación interna, en el artículo 44 de la Carta Política, se ha consagrado que los derechos de los niños prevalecen en nuestro ordenamiento sobre los demás intereses.

En ese sentido, para que un juez pueda determinar la necesidad de satisfacer el interés superior del niño, por vía jurisprudencial se han señalado una serie de estándares fácticos y jurídicos que permiten estudiar, por un lado, las circunstancias específicas del caso y, por el otro, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico en procura del bienestar de los menores[20], lo cual le da un amplio margen de discrecionalidad al momento de fallar y, por ende, las órdenes proferidas deben procurar por adoptar una medida que se acompañe, como se indicó, con el interés superior del niño.

Para determinar en qué consiste el interés superior del menor existen múltiples reglas de origen legal, jurisprudencial y constitucional a las que se puede acudir para aplicar en un caso, resultando relevantes, de conformidad con lo que se indicó en la sentencia T-510 de 2003, entre otros, (i) la garantía de desarrollo integral del menor, la cual debe procurar abordar distintas perspectivas (física, psicológica, afectiva, intelectual, ético y la plena

evolución de su personalidad).

Adicional al anterior criterio se tiene que (ii) perseguir la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor en la que se debe procurar el cumplimiento del catálogo amplio de prerrogativas teniendo en cuenta las disposiciones internacionales y las del orden nacional, principalmente, las previstas en el artículo 44 Superior, pero sin perder de vista que tal precepto no agota todo el componente que les asiste.

Más adelante se tiene (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos, la cual procura que se resguarde a los niños de toda clase de abuso y arbitrariedad que atente contra su desarrollo integral, tales como alcoholismo, drogadicción, prostitución, explotación económica, violencia física o moral y todas aquellas situaciones que impongan el irrespeto de su dignidad humana.

Acto seguido se tiene el (iv) equilibrio con los derechos de los padres. Frente a ello, la Corte resaltó la necesidad de preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, sin perder de vista que, cuando dicha balanza se altere y, como consecuencia, se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse de manera armónica, la solución a adoptarse será la que mejor satisfaga el interés superior del niño.

(v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. En este criterio el menor debe tener una familia en la que los padres o acudientes cumplan con todos los deberes que su posición les encomiende.

(vi) Necesidades de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno-filiales. En ese sentido, no se puede justificar la separación de un menor salvo que existan unas situaciones hagan temer por el bienestar y desarrollo del menor.

Ahora, dentro del componente de derechos en cabeza de los menores se tiene en nuestro sistema, como se indicó, los previstos en el artículo 44 de la Carta, que consagra la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre, nacionalidad, a tener una familia y a no ser separado de ella, el cuidado y el amor, la

educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Así mismo, el aparte superior referido prevé que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económico y trabajos riesgosos y además gozarán de todos aquellos reconocidos en la Constitución, en las leyes y en los tratados celebrados por Colombia y que son ratificados por el Congreso.

Y finaliza el artículo indicando que le corresponde, en primer lugar a la familia, seguido de la sociedad y el Estado asistir y proteger a los niños a efectos de garantizar su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos y sus prerrogativas prevalecen sobre las de los demás.

Ahora, como los primeros llamados a procurar el cumplimiento de los derechos de los niños es la familia del menor, esta Corte enfatizará en el derecho a tener una familia y a no ser separada de ella.

En efecto, dicha prerrogativa impone, por regla general, que se debe respetar y procurar por la unidad de la familia. Sin embargo, como esta Corporación lo ha señalado, tal derecho no constituye un título puramente nominal o una situación aparente, sino que, por el contrario, debe ser un grupo real al que le corresponde garantizar al menor una integración efectiva dentro de un medio propicio para su desarrollo, en el que, además, se fomente y generen vínculos estrechos de amor y confianza.

Por tanto, el componente familiar es esencial para los niños y, por lo mismo, no es posible que se acepte la separación del menor de esta salvo en casos excepcionales, principalmente, cuando el estudio de las circunstancias concretas así lo exija con la intención de que prevalezca el interés superior del menor.

En ese sentido, existen circunstancias suficientes para proferir una medida encaminada a separar al menor de su familia, como cuando exista riesgo para la vida, la integridad o la salud del niño, cuando existan antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico generado por el núcleo familiar y cuando se presenta alguna de las situaciones que consagró el artículo 44 Superior, dentro de las que se tiene que el niño haya sufrido abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, explotación laboral o económica, abuso sexual y trabajos

riesgosos.

A lo anterior se suman todas aquellas situaciones que constituyan indicadores fuertes sobre la ineptitud de la familia, analizadas en cada caso en concreto, como, por ejemplo, haber dado al menor en adopción o delegado su cuidado diario a personas distintas de sus padres.

Ahora, por otro lado, es preciso resaltar que también existen situaciones que no son razones suficientes para realizar tal separación las cuales han sido señaladas por esta Corte, a pesar que alguno de los miembros del grupo familiar la presente o realice, como por ejemplo, la escasez económica, la falta de educación básica, que haya mentido ante las autoridades con la finalidad de recuperar el menor y, por último, el mal carácter, siempre y cuando no se haya ejercido violencia o abuso sobre el niño.

5. Los deberes legales de los padres respecto de los hijos

El sistema legal colombiano prevé un conjunto de prerrogativas para aquellas personas que sean padres, las cuales surgieron a partir de ostentar tal condición pero, al mismo tiempo, les impone un grupo de deberes frente a sus hijos que les corresponde cumplir pues la ley lo exige y, además, por cuanto de ello depende la materialización de las prerrogativas sobrevenidas por la calidad de padre o madre y el desarrollo integral del niño.

Un componente importante de la relación entre padres e hijos se encuentra en el amor y cuidado, pues estos son derechos propios de los niños que deben, a no dudarlo, ser garantizados por los progenitores como quiera que son las personas llamadas a realizarlo pues deben perseguir la protección y promoción del menor con soporte en el amor y afecto.

En efecto, en la sentencia T-339 de 1994[21] se indicó por esta Corte:

“(…) la maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que

se configure en ellos tal calidad.”

En ese sentido, no basta con tener la calidad de progenitor biológico de un menor para exigir los derechos que como padre considera le asisten sino que para que dicha calidad los atilde se hace necesario tener un actuar encaminado a cumplir con los deberes que le son impuestos en favor del menor.

Por tanto, cuando se pretenda realizar un estudio direccionado a determinar la aptitud de un padre para proveerle cuidado, amor y protección a un menor se debe partir de observar si este ha cumplido con los deberes legales que le han sido impuesto o, de lo contrario, resulta perfectamente viable que se adopten medidas en favor del niño.

6. Los menores en establecimientos carcelarios

El contexto que envuelve la situación de los menores que habitan en establecimientos carcelarios por ser hijos de padres encarcelados denota significativa y particular importancia para la sociedad y el Estado, pues impone poner en tensión distintas posturas, estudios e ideologías que distan entre sí habida cuenta que dentro de su contenido se exponen perspectivas soportadas en aspectos de origen diverso pues, por un lado, se fundamenta en un componente social o psicológico para el menor y, por el otro, en el marco jurídico y legal.

Sin duda alguna, esta discusión impone posturas que a muchos les ha permitido excogitar sobre los factores que convergen en la problemática, teniendo como referente del análisis a los niños, sus derechos y las repercusiones que podrían generarse para su desarrollo integral, con la adopción de una medida en ese sentido, lo que conlleva que en su discusión afloren fuertes sentimientos de protección y el reproche acentuado de cualquier condición que los expongan a un daño o desmejora de sus prerrogativas básicas.

En efecto, si se aborda el asunto desde componentes sociales, se podría afirmar que la convivencia de un niño dentro de la cárcel constituiría un proceso negativo para su desarrollo, como quiera que crecer dentro de los muros de un penal no reporta el mejor ambiente, pues es un entorno, muchas veces hostil, tosco y agresivo y, a pesar de que los sistemas penitenciarios persigan la resocialización del reo, como ocurre en el colombiano, lo cierto es que, en ellos, por regla general, se presentan episodios de violencia, riñas, gritos y

el empleo de un lenguaje inapropiado que no necesariamente se acompasa con lo que debería rodear al menor, siquiera, durante sus primeros años de vida.

A lo anterior, se pueden sumar una serie de restricciones sobrevenidas por el encerramiento en una infraestructura, puesto que ello podría frustrar su desarrollo dentro de una esfera social, vital para el niño pues siempre es recomendable que pueda compartir con otros pequeños con los que juegue, así como también de sus familiares próximos, lo que podría generar traumatismos en la forma de entablar relaciones en el futuro, problemas de timidez e inseguridad.

Todo lo que se refuerza con la molestia que existe en algunos pues ven en dicha posibilidad, la obligación de que los hijos paguen directamente los errores que los padres han cometido.

Sin embargo, también existen teorías defensoras, algunas soportadas en la necesidad que tiene todo niño de compartir, crecer y estar bajo el cuidado y protección de sus padres, por lo que se debe prevenir que se desarrollen en un contexto alejado de sus progenitores pues ello generaría daños irreversibles para los menores. Así mismo, dicha posibilidad se fundamenta en diversos preceptos legales que imponen como una prerrogativa básica para los niños el tener una familia y no ser separados de ella.

Dentro de la protección normativa internacional relevante para el caso que concita a esta Sala, se destaca, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la cual señala, dentro del principio VI que: “(...) salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. (...)”.

La Convención Sobre los Derechos de la Niñez que, en el artículo 2º refiere: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda clase de discriminación o castigo por causa de la condición, las

actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. (Subrayas propias)

En ese sentido, el aparte transcrito se aplica para todos los niños con independencia, como se resaltó, de la condición de sus padres y, por ende, se debe procurar su cuidado y protección contra cualquier criterio que lo pretenda discriminar con fundamento en las conductas y actividades que hayan realizado sus progenitores.

Del mismo modo, más adelante, en su artículo 9, prevé “1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y deben adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”.

Y continúa el numeral 4 indicando lo que ocurre cuando uno de los padres del menor es recluido en un establecimiento. En efecto, el aludido aparte refiere lo siguiente: “Cuando esta separación sea el resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o al muerte (Incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o los familiares ausentes, a no ser que ello resulte perjudicial para el bienestar del niño.

Los Estados se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entraña por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

Por otro lado, esta problemática fue tratada por Naciones Unidas en el Día de Debate General celebrado en el año 2011 en el Comité de Derechos de la Niñez[22], lo que denominó “Niños y niñas de padres presos”, oportunidad en la que se estudió, por un lado, el tema de los menores que quedan afuera del establecimiento penitenciario cuando su padre fue apresado y, por el otro, los que conviven con su progenitor en prisión o lo visitan

en el establecimiento.

En esa ocasión, en relación con los menores que conviven o visitan en el penal a su progenitor, se realizaron unas recomendaciones en torno al asunto, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Los niños de padres encarcelados tienen los mismos derechos que los demás niños, luego no deben tratarse como si estuvieran en conflicto con la ley por el resultado de las acciones realizadas por sus padres.

Los niños son afectados de múltiples maneras por la detención de sus padres y tienen derecho a permanecer y crecer junto a sus progenitores, sin embargo, también tienen derecho a desarrollarse dentro de un entorno familiar y social propio. Por tanto, cualquier medida o decisión que se pretenda adoptar en relación con un pequeño siempre debe ser analizada de forma individual y tendiendo a lo que mejor le convenga al niño.

Del mismo modo, llegaron a un consenso en cuanto a que los Estados deben considerar medidas alternativas a la detención para los padres en aquellas situaciones en que con la decisión se afecten negativamente los derechos del hijo de la persona encarcelada.

En ese sentido, también se consideró importante señalar todas las medidas alternativas para los menores, dentro de las que expusieron, vivir con otros miembros de la familia o iniciativas basadas en la comunidad, antes de optar por colocar a un niño en un centro de detención con su padre. Lo cual, se enfatiza, debe ser evaluado de manera rigurosa y de forma individual, atendiendo a las condiciones particulares del caso, teniendo en cuenta el cuidado de los niños y su interés superior.

Cuando el niño resida con su padre en el lugar de reclusión, el espacio físico en el que se encuentra el pequeño debe tener unas condiciones adecuadas y suficientes servicios como salud, educación, alimentación, lugares para su esparcimiento y diversión.

Adicionalmente, se recomendó prestar apoyo a los padres encarcelados para ayudarlos a cumplir mejor su rol dentro de las limitaciones que imponen su encarcelamiento. Destacando la importancia para el pequeño de compartir con su otro padre, si no se encuentra encarcelado u otros miembros de la familia.

Las mujeres embarazadas que se encuentran en prisión tienen derecho a recibir una adecuada atención prenatal y posnatal, así como también a que se les tenga en cuenta el periodo de lactancia materna durante la condena y los niños que nazcan dentro del penal, se les debe asegurar el respeto de sus derechos, entre otros, al registro de nacimiento y nacionalidad.

También se expresó preocupación respecto a los asuntos y políticas que a menudo socavan la seguridad y los derechos del niño. Aclarando, que las prerrogativas de éstos deben ser consideradas como un factor relevante en la determinación de la política de seguridad en relación con padres encarcelados, incluso con la proporcionalidad de las medidas en las áreas que afectaría la interacción con los niños afectados.

Se sugirió, que para este propósito, entre otros, los funcionarios de los establecimientos carcelario deben ser entrenados específicamente en derechos humanos, incluyendo la sensibilidad de género y los derechos de la niñez. Esta formación debe ser institucionalizada y llevarse a cabo con regularidad. Agregando, que la necesidad de sensibilización sobre los derechos del niño debe extenderse más allá de las instituciones correccionales y alcanzar, entre otros, el poder judicial.

Respecto a la cuestión de un límite mínimo y máximo de edad para que un niño viva con su padres en un establecimiento carcelario no se fijó, por cuanto con la determinación de una edad fija resulta probable que se disminuya el nivel de protección para los niños en algunos Estados, por lo que le corresponde fijarlo a las reglamentaciones internas atendiendo a sus necesidades y condiciones particulares.

Ahora, en cuanto a nuestra reglamentación interna, el asunto ha sido abordado por los siguientes apartes legales: Ley 65 de 1993, Ley 1709 de 2014, Decreto 2553 de 2014 y Resolución No. 2570 de 2010, entre otras.

En tratándose de la Ley 65 de 1993[23], por medio de la cual se reguló inicialmente el asunto de la permanencia de los niños hasta los 3 años en compañía de sus progenitores, se indicó en su artículo 153:

“PERMANENCIA DE MENORES EN ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN. La dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario permitirá la permanencia en los

establecimientos de reclusión a los hijos de las internas, hasta la edad de tres años.

El servicio social penitenciario y carcelario prestará atención especial a los menores que se encuentren en los centros de reclusión. Las reclusiones de mujeres tendrán guardería.”
(Subrayas y negrillas propias).

Dicho mandato fue modificado por la Ley 1709 de 2014[24], la cual, en su artículo 88, textualmente señaló:

“ARTÍCULO 88. Modifícase el artículo 153 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 153. Permanencia de niños y niñas en establecimientos de reclusión. Los niños y niñas menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un juez de la República ordene lo contrario. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar prestará, en coordinación con el servicio social penitenciario y carcelario, la atención especial a los niños y niñas que se encuentran en los centros.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) realizará programas educativos y de recreación para los niños y niñas que se encuentran en los centros. El ICBF será quien tenga la custodia de los niños y niñas cuando se encuentren participando de los programas establecidos por esta entidad. Estos programas se realizarán dentro de los establecimientos en los lugares que para ello sean destinados y adecuados por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) en coordinación con el ICBF. Estos espacios serán administrados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios destinará dentro de los establecimientos de reclusión, secciones especiales, para las madres con sus hijos que garanticen una adecuada interacción entre estos; igualmente construirá y dotará, en coordinación con el ICBF, los centros de atención para los niños y niñas cuando estos no se encuentren con sus madres. Sin perjuicio de lo anterior, los centros de atención deberán ser adecuados para los niños y niñas que se encuentren en condición de discapacidad, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 5o numerales 2, 8 y 10 y el artículo 14 de la Ley 1618 de 2013.

PARÁGRAFO 1o. En los eventos en los que se determine que un niño o niña no puede

permanecer en el establecimiento carcelario, o cuando este sea mayor de tres (3) años, el juez competente podrá conceder la custodia del niño o niña al padre o familiar que acredite vínculo de consanguinidad.

PARÁGRAFO 2o. En los eventos en los que por razones de protección del interés superior del niño o niña no se le conceda la custodia al padre o familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar será quien la asuma.”

En lo que respecta al Decreto 2553 de 2014[25], en su artículo 3º, se consagró lo siguiente: “Convivencia de internas con niños y niñas menores de tres (3) años en establecimientos de reclusión. Los niños y niñas menores de tres (3) años, hijos de internas procesadas, sindicadas o condenadas, podrán permanecer con su madre en el establecimiento de reclusión si ésta así lo solicita, salvo que la autoridad administrativa correspondiente o un juez de la República ordenen lo contrario.” (Subrayas propias).

Del mismo modo, dentro de su contenido se emiten mandatos encaminados a brindar asesoría integral al INPEC por medio de la formación de los funcionarios que manejan los establecimientos carcelario y se ordenó realizar el diseño de una historia socio familiar de la mujer privada de la libertad de modo tal que permita caracterizar su perfil físico, social y psicológico con miras a organizar la convivencia y garantizarle a ella y su hijo su atención y seguridad en el establecimiento carcelario (art. 4).

En ese sentido, también se dictaron medidas tendientes a garantizar el acceso a la educación inicial a los niños que conviven con sus madres privadas de la libertad (art. 5).

Además, que le corresponde al ICBF ofrecer servicios para la atención integral de los niños que habitan en las cárceles en el marco de la estrategia Nacional de Atención Integral a la Primera Infancia “De cero a siempre”, así como también la formación para el ejercicio de la maternidad de las mujeres gestantes que se encuentran en reclusión (art. 6).

Así mismo, dentro del contenido que describe el artículo 6º del aludido precepto se señaló que al ICBF le corresponde cubrir el 100% del requerimiento nutricional de los niños y de las madres gestantes y también realizará procesos formativos con las madres de los niños y sus familias para el ejercicio de los roles.

La custodia del niño menor de 3 años que convive con su madre interna en el establecimiento de reclusión le corresponde a ésta según lo establece el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006[26]. Sin embargo, en aquellos casos en los que la madre interna muestra negligencia en el cuidado del niño o que ha incurrido en alguna conducta que influya de manera negativa en su integridad o que lo haya maltratado o converja cualquier circunstancia que atente contra el interés superior del niño, podrá la defensoría de familia iniciar el proceso de restablecimiento de derechos a efecto de determinar la permanencia o no del niño junto con su madre en el lugar de reclusión.

En todo caso, cuando el defensor determine que el niño no puede permanecer con su madre en el establecimiento carcelario y que existiendo red familiar extensa esta no es apta para brindar el cuidado y la protección que el niño requiera, proferirá la medida de protección a que haya lugar para garantizarle sus derechos (par. 2º del artículo 11).

Ahora, cuando los niños egresen de los establecimientos carcelarios por la acreditación de la edad máxima, la madre seleccionará al tutor o persona encargada de asumir la custodia y cuidado personal, previa determinación de idoneidad la cual verificará el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Por otro lado, se tienen las directrices previstas en la Resolución No. 2570 de 2010[27], por medio de la cual se establecieron políticas encaminadas a garantizar la alimentación adecuada para los niños que residen en establecimientos carcelarios en compañía de sus madres, y se fijaron rutas dirigidas a garantizar la atención para los pequeños que se encuentran en cárceles del orden nacional con la finalidad de asegurar su protección integral.

En ese sentido, puede tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, mediante providencia C-157 de 2002[28], estudió una demanda presentada contra el artículo 153 de la Ley 65 de 1993 y procedió a declarar la constitucionalidad de la norma, sujetando la exequibilidad del inciso primero a un condicionamiento.

En su momento, al estudiar la Corte el asunto indicó que la regla general es que los hijos se desarrollen en compañía de sus padres, luego la separación es una excepción a lo anterior que se impone cuando se evidencie qué es lo que más se ajusta al interés superior del niño.

Advirtió que la Convención Interamericana de Derechos Humanos no incluye norma alguna que impida que nuestra legislación interna establezca que si la madre es condenada a prisión, el menor, por lo menos durante sus primeros años de vida, pueda permanecer con ella, luego el legislador goza de un amplio margen de configuración en la regulación del tema.

En efecto, este Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que según el informe sobre el estado mundial de la infancia elaborado por UNICEF, en el año 2001, se señaló lo siguiente:

“En los primeros años de infancia las experiencias e interacciones de los niños con sus padres, parientes y otros adultos que los rodean influyen en la manera en que se desarrolla el cerebro. Diversos descubrimientos científicos recientes confirman que los contactos físicos y los movimientos mediante los cuales las personas que cuidan a los niños les demuestran apoyo y les transmiten seguridad tienen consecuencias tan importantes como la buena salud (...) La manera en que se desarrolla el cerebro en esta etapa de sus vidas fija las pautas del posterior éxito del niño en la escuela primaria, la adolescencia y la edad adulta (...)”

Y, además, que en dicho informe se hace referencia a que el desarrollo cerebral necesario para poder socializar con niños de la misma edad inicial a partir de los 3 años. Lo que racionalmente pudo ser tenido en cuenta por el legislador en su momento.

Por tanto, es fundamental que, atendiendo las directrices de UNICEF, esta etapa de la vida de los niños comience de la mejor manera posible en un ambiente acogedor que aliente su desarrollo físico, emocional e intelectual, en tanto que es determinante y definitiva y constituye una experiencia irrepetible.

En ese sentido, la Corte consideró que podía asistirle la razón al demandante al señalar que una cárcel no es el espacio ideal para el desarrollo de un menor en tanto que tales establecimientos suelen ser lugares agresivos, incluso para los adultos, y más si se mira el contexto colombiano en el que ha decretado el estado de cosas inconstitucional por evidenciarse una vulneración masiva de derechos en los centros penitenciarios.

Por tanto, no se desconoce que la decisión del legislador, en alguna medida puede llegar a afectar el derecho que tienen los niños a crecer en un medio en el que puedan desarrollarse

física, mental, espiritual y socialmente de manera armónica e integral, lo que se refuerza con la posibilidad de que por el contorno habitacional que impone el penal, se aumente el riesgo para que el menor sea víctima de agresiones de diversa índole.

No obstante, por otro lado, la Corte analizó que el impedir que los niños crezcan al lado de sus madres supone la transgresión de derechos constitucionales consagrados en la Carta Política, en tanto que impone privarlo de tener contacto frecuente con ellas, y separarlo de una etapa de sus vidas en la que la relación materno filial resulta determinante. Lo que, al mismo tiempo, les cercena el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

A lo que se suma la limitación a que sea amamantado, lo cual, para la Corte, aunque no resulta indispensable, sí es valioso, en tanto que reporta para el niño una cantidad de beneficios para su desarrollo y le garantiza una alimentación equilibrada.

En ese sentido, al privar al niño de la compañía de su madre implica separarlo de una de las personas que le pueden dar mayor afecto y atención lo que afectaría el derecho que les asiste a los menores de recibir cuidado y amor.

Así pues, como la Constitución del 91 no resolvió el asunto de manera concreta, sino que dejó un margen de discrecionalidad al legislador, éste decidió resolverlo, en su momento, de conformidad con las previsiones que consagró en el artículo 153 de la Ley 65 de 1993.

En esa ocasión, la Corte llegó a la conclusión de que tal mandato legal podía ponderar la necesidad de que el menor comparta con su progenitora dentro de un periodo que no sea tan breve como para que no se pueda entablar una relación entre los dos, cuando sea lo mejor para el interés superior del pequeño, pero tampoco que sea tan amplio como para que se mantenga al menor indefinidamente encerrado en una cárcel, bajo unas condiciones adversas para el goce efectivo de sus prerrogativas básicas.

Por tanto, concluyó esta Corporación que la norma analizada en esa oportunidad no necesariamente conllevaba la vulneración de los derechos de la niñez pues, aunque limita algunos derechos, ello no deviene inconstitucional pues persigue salvaguardar otros que en esta etapa de la vida son más importantes.

Sin embargo, declaró la exequibilidad condicionada del inciso primero en lo atiente a cuál es

la función del INPEC y respecto del límite temporal de tres años, pues, por un lado, consideró que a tal institución no le corresponde impedir que el menor ingrese al establecimiento ni decidir sobre la separación de la madre sino que, por el contrario, es función de las autoridades judiciales mediante procedimientos legales y, por otro lado, en el entendido de que los tres años es el tiempo máximo que puede estar el menor junto con su madre dentro del penal, lo que no quiere decir que si, atendiendo el interés superior del menor, las autoridades encargadas de vigilar y cuidar a los menores detenten la necesidad de que no continúe habitando en el penal puedan adelantar los procedimientos necesarios encaminados a materializar su protección.

Todo ello, conlleva una problemática social y legal muy compleja, la cual debe tratarse con un particular cuidado en tanto que impone el manejo de medidas que pueden afectar positiva o negativamente a los niños y niñas y, en ese sentido, se debe procurar a adoptarlas de cara al interés superior del menor que es un punto fundamental que, a no dudarlo, debe ser considerado.

En ese sentido, le corresponde a los jueces, en su momento, evaluar la adopción de una medida de prisión respecto de mujeres madres, de cara al impacto que la decisión puede tener sobre sus hijos y, del mismo modo, es deber del Estado contar con procedimientos dirigidos a mitigar la afectación a los derechos de los niños, procurando, en la medida de lo posible, sentencias menos dañinas para las prerrogativas de los menores.

Además, salvo que se esté procurando el interés superior del menor, los pequeños deben tener contacto con su madre reclusa y es deber del INPEC, facilitar su ingreso a las instalaciones en que se encuentre la interna.

No puede perderse de vista que los establecimientos carcelarios del país deben asegurar que las áreas en las que habiten los niños, tengan unas condiciones que se asimilen a las de la comunidad y no brinden un espacio tosco, aun en la forma de vestir de quienes procuran su cuidado, procurando que los encargados del mantenimiento de la disciplina a los reclusos, no realicen llamados escandalosos o agresivos en presencia de los menores a efectos de evitar traumatismos en su desarrollo integral.

A lo que se suma que a los niños que habitan en centros de reclusión se les debe asegurar todo el apoyo que requieran en cuanto a su desarrollo, educación y garantizar que todas

sus necesidades básicas sean suplidas y, al mismo tiempo, permitir y propiciar el contacto con el mundo exterior, lo que incluye su familia extensa y con otros niños, a modo de evitar traumatismos.

En ese sentido, se debe procurar realizar un proceso de preparación y apoyo a los menores antes de ingresar al establecimiento carcelario, durante el tiempo que conviva en este y después de su partida al cumplimiento de la edad, para lo cual se deben realizar evaluaciones y valoraciones periódicas para determinar, qué le conviene al menor, atendiendo exclusivamente el interés superior prevalente, sin que necesariamente se dañe el vínculo con su progenitora.

Así las cosas, cuando el niño tenga que separarse de su madre le corresponde a las autoridades correspondientes analizar con antelación, en conjunto con la progenitora, la identificación de su familia extensa y los cuidadores alternos a efectos de estudiar y determinar si cumplen con las calidades adecuadas para continuar brindando al menor el cuidado, estabilidad y protección que requiera.

Lo anterior también resulta importante en aras de garantizar que sea trasladado de manera periódica a visitar a su madre al establecimiento en que se encuentre reclusa y se permita con esto el mantenimiento del vínculo afectivo generado por la convivencia.

7. El registro de seguridad realizado a los menores para el ingreso a un establecimiento carcelario a efecto de visitar a sus familiares

Dentro de las visitas que efectúan a los establecimientos carcelarios los familiares de los reclusos, deben cumplirse determinados protocolos de seguridad, los cuales resultan necesarios con la intención de evitar que se ingresen elementos prohibidos, sustancias psicoactivas o cualquier otro componente que altere el orden interno de la cárcel o lo ponga en riesgo.

Ahora, una medida de seguridad en ese sentido resulta, la mayoría de las veces, proporcional y ajustada a los parámetros constitucionales y legales, máxime si se observa el contexto carcelario colombiano, en el cual se han evidenciado condiciones de hacinamiento y falta de personal de seguridad suficiente, lo que hace que sea perfectamente entendible que, en aras de mantener el orden interno, se impongan distintos

requisitos y controles para los visitantes.

Es así como, en la mayoría de establecimientos carcelarios se pide el cumplimiento de los siguientes requisitos, los cuales pueden variar dependiendo de la categoría del penal:

- La acreditación de un documento de identificación y la documentación exigida de acuerdo con la calidad del visitante.
- Pasar el control dactilar.
- Requisa por el binomio canino.
- Colocación de sellos.
- El sometimiento a las condiciones de seguridad establecidas por la dirección del penal[29].

Por tanto, una vez cumplen todo el protocolo precedido, los visitantes son separados de los internos para realizar el conteo y la requisa y luego proceder a ordenar la salida de los familiares, quienes nuevamente deben someterse a los procedimientos establecidos.

Ahora, existen algunas excepciones a dicha revisión como cuando quien pretende ingresar es el apoderado judicial del interno o cuando se trata de personal religioso.

También existe un componente de visitantes especiales, los niños, a quienes el anterior procedimiento se les debe hacer de una manera menos invasiva y rigurosa, pues éstos son sujetos que no pueden tener la misma capacidad de análisis y comprensión que los adultos desarrollan frente a una experiencia de esta naturaleza, luego pueden sentirse agredidos en su integridad y dignidad con la imposición de protocolos exigentes.

Un proceso de revisión como el que se realiza al momento de ingresar a un establecimiento carcelario no puede poner en riesgo los derechos de los niños pues éstos son acreedores de un mayor y acentuado amparo y, por lo mismo, no pueden ser sometidos a tratos similares a los que se da a los adultos en estos casos.

Por el contrario, el procedimiento de seguridad exigido para un niño no debe, de manera alguna, imponer un tratamiento o una exigencia superior a la que se les demanda a los

adultos sino que, por el contrario, debe procurar por dársele a los niños un trato acorde al Estado de indefensión en el que se encuentran, evitando el uso de lenguaje tosco, de gritos o cualquier otro componente que, maximice el impacto, de por sí ya causado con su ingreso a un ambiente tan fuerte como lo impone los establecimientos carcelarios del país.

No puede esta Corte desconocer, como indicó desde la Sentencia T-1030 de 2003[30], que “La presencia de los niños en nada compromete la seguridad del penal, todo lo contrario, de conformidad con las mismas pruebas aportadas por el INPEC, está demostrado, por diversos estudios psicológicos, que el contacto frecuente de los internos con sus familiares, y en especial con los hijos, constituye un enorme aliciente, baja los niveles de ansiedad y disminuye los riesgos de suicidio y de agresiones entre internos (...)”. (Subrayas propias).

El efecto que se le causa a un niño cuando su progenitor se encuentra recluido en un establecimiento carcelario es de por sí lo suficientemente severo como para que asuma cargas adicionales causadas por los excesivos controles que deben padecer para poder visitarlo.

No obstante, este Tribunal no puede desconocer que, por las circunstancias que afronta nuestro Estado, lamentablemente algunos niños han sido usados para facilitar el ingreso de elementos y objetos prohibidos en los establecimientos carcelarios, ello es así, porque muchas veces quedan a cargo de algún familiar extenso que mantiene un vínculo afectivo con el recluso y, por lo mismo, de alguna manera procura por ingresarle cosas que le puedan generar beneficios o porque ven en ellos la posibilidad de lucrarse.

Situaciones a las que se les debe hacer frente con contundencia y castigar a los autores intelectuales de tal conducta, sin embargo, ello no es razón para realizar tratamientos denigrantes en contra de la integridad de los niños y, por el contrario, le corresponde al Estado asegurar la forma de adelantar los controles de seguridad adecuados sin que se obligue a los niños a someterse al tratamiento riguroso que se le practica a los adultos y, menos aún, a unas revisiones con mayores exigencias.

El imponer controles de revisión desproporcionados y denigrantes supone un impacto negativo mayor en el niño, en su desarrollo, en su dignidad y en su integridad y, a su vez, contraviene lo que el legislador persiguió al permitir un régimen de visitas familiares en tanto que impone barreras para que los niños accedan a sus padres en lugar de evitarlas y

facilitar el contacto.

Por ende, el INPEC no puede perder de vista que la condición de apreso de un padre de familia reporta significativas consecuencias para sus hijos, pues supone la separación de una persona esencial en sus vida y, por lo mismo, genera patrones de estrés y de incertidumbre por lo que se debe procurar que toda medida judicial y administrativa genere el menor impacto posible, lo cual aplica en el régimen de seguridad desplegado para materializar las visitas de los niños.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala entrará a decidir el caso concreto.

8. Caso Concreto

Sin duda alguna, todo asunto en el que se ponga de presente un posible riesgo para los derechos fundamentales de un niño, supone para esta Corte una problemática de significativa importancia y amerita un análisis minucioso de cara a preservar las prerrogativas del menor y su interés superior prevalente.

En efecto, como se indicó en la parte motiva de esta providencia, cuando en un caso se encuentren en tensión varios intereses, y uno de ellos guarde relación con los derechos de un niño, se debe procurar por adoptar la decisión que mejor preserve o ampare la situación de este último.

Precisamente, es lo que ocurre en el presente asunto, como quiera que, aunque inicialmente se expone por la demandante que con la protección de sus derechos se asegura la materialización de los de su hija, lo cierto es que del material probatorio allegado al expediente no es posible arribar a una conclusión así de clara, sino que, por el contrario, al perseguir el amparo de los derechos que como madre podrían asistirle se pone en riesgo el desarrollo integral y equilibrado de la niña como seguidamente se expondrá.

En efecto, lo que plantea la demandante en su escrito de tutela es la necesidad de trasladar de manera permanente a su hija al establecimiento carcelario en el que se encuentra recluida, hasta que la pequeña cumpla 3 años de edad, en aplicación del beneficio que prevé el Código Nacional Penitenciario en esa materia.

Como soporte de su solicitud expone el fundamento legal que le asiste y la necesidad de

obtener protección a sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a no ser sometida a tratos crueles e inhumanos lo que, a su parecer, se prevendría si convive en la cárcel junto con su hija Ana Lucía de quien tuvo que desprenderse cuando tenía 3 meses de nacida. Medida que, a su vez, garantizaría los derechos de la niña a tener una familia y a no ser separada de ella, a ser protegidas contra toda clase de abandono y al cuidado y el amor, máxime si se tiene presente que no cuenta con una red de apoyo familiar en disposición de cuidarla.

Agregó que la comentada pretensión le ha sido negada por el defensor de familia encargado de su caso habida cuenta que este señaló que la cárcel no es el espacio idóneo para que la menor resida pues ha presentado unos constantes episodios gripales y, si bien se ha recuperado de los mismos con éxito, lo cierto es que un entorno como ese no le permite asegurar el mantenimiento de las óptimas condiciones en las que se encuentra en la actualidad.

Debido a lo anterior, esta Sala de Revisión decretó unas pruebas con el propósito de determinar la viabilidad o no del traslado atendiendo al interés superior del menor las cuales hicieron posible conocer una serie de eventos que no fueron expuestos en el escrito de tutela por la demandante y que permiten a esta Corte ampliar, considerablemente, los elementos a tener en cuenta al momento de proveer.

Sin duda alguna a la demandante le ha sido negado el traslado permanente de la niña al establecimiento carcelario por parte de las autoridades administrativas encargadas de autorizarlo. Sin embargo, la motivación de esa decisión no se centró de manera exclusiva en el cuadro de salud de la pequeña, sino que se soportó en otros criterios y factores que permiten entrever que la convivencia permanente con la madre no resulta ser lo que mejor se ajuste al interés superior de Ana Lucía.

Aunque la señora Cortés fue apresada cuando su hija tenía tres meses de edad, lo cierto es que ello obedeció a la pérdida del beneficio de prisión domiciliaria que se le otorgó para que viviera su proceso de gestación por fuera del penal y compartiera con su hija lo cual no realizó en debida forma, incumpliendo con sus deberes básicos como madre toda vez que cuando estaba en estado de gravidez consumió sustancias psicoactivas poniendo en riesgo la integridad y salud del feto y, además, una vez nació la niña, mantuvo su adicción, a lo

que se suma que no le suministró la alimentación que requería, la dejaba al cuidado de terceros y no la registró ni asignó un nombre.

Del mismo modo, al momento de ser retenida dejó a su hija al cuidado de un tercero que no tenía las cualidades mínimas para garantizar siquiera el componente básico que requería, muestra clara de ello fue que la cuidadora la dejó abandonada en un centro médico con un cuadro respiratorio crónico y un estado de desnutrición agudo y nunca más regresó por la niña.

Por otro lado, la negativa a su petición también obedeció a que por las diversas transgresiones a las prerrogativas básicas de la niña en la actualidad se adelanta un proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de Ana Lucía, el cual se encuentra en curso y del que fue notificada y vinculada la demandante.

Adicionalmente, tal decisión también se fundamentó en los conceptos de los psicólogos que valoraron a la madre los cuales han concluido que esta no desea abandonar sus actitudes ni comportamientos, que la alejan del rol protector que exige la maternidad razón por la cual, en la actualidad, no cuenta con las condiciones adecuadas para brindar a su hija cuidado y protección ya que presenta alta vulneración social que le imposibilita asumir y comprometerse con la atención, estimulación y sano desarrollo de la niña, lo que implica que esta no tendría la más mínima oportunidad de experimentar la garantía de sus derechos básicos y salvaguardar sus condiciones físicas y cognitivas dentro de un marco de estabilidad.

A lo que se sumó que ha mantenido patrones repetitivos pues tiene otros cuatro hijos mayores a Ana Lucía los cuales ha dejado al cuidado de sus padres o de terceros, de quienes desconoce sus paraderos exactos y, si bien manifiesta un afecto particular en razón al género de Ana Lucía, lo cierto es que ello no garantiza su estabilidad y cuidado, pues en nada constituye un criterio que asegure un cambio en los patrones de vida que ha llevado.

En ese sentido, para esta Corte resulta importante reafirmar la regla según la cual, lo idóneo es que los hijos permanezcan al lado de sus padres, que constituyan una familia y que éstos no sean separados de ella. No obstante, dicha regla, como se señaló, tiene una salvedad en tratándose del interés superior prevalente de los niños.

Así las cosas, cuando la convivencia para los hijos con sus padres no reporte la estabilidad física y emocional, de modo tal que garantice su desarrollo integral, surge la necesidad de adoptar medidas tendientes a amparar a los niños y al mantenimiento de sus derechos básicos.

Si bien la demandante exige la materialización de sus derechos como madre, ello no tiene cabida en esta oportunidad como quiera que, como se señaló en las consideraciones de este fallo, desatendió los deberes inherentes a dicha condición cuando los dejó de lado por mantener sus hábitos nocivos en procura de la satisfacción de sus propios gustos absteniéndose de suplir las necesidades de su hija exponiéndola a un riesgo mayor para su salud, vida e integridad.

Sin duda alguna, del material probatorio se evidencian las complejas condiciones físicas bajo las cuales la menor llegó al cuidado del ICBF, que denotan la negligencia de la progenitora pues, según se evidenció, padecía una compleja enfermedad pulmonar y, además, un grado de desnutrición agudo. A lo que se suma el doble abandono, la falta de nombre y la ausencia del carné de vacunación.

Para la Corte los derechos como madre no surgen simplemente de la nominación recibida como consecuencia de una concepción biológica, sino que estos nacen a partir de garantizarle al hijo sus derechos básicos, el amor y el cuidado propio del ser indefenso que es. Las garantías como padres no pueden soportarse exclusivamente en un proceso de la naturaleza. La calidad de padre o madre debe reafirmarse con el cumplimiento de los deberes que tan noble calidad impone.

Aluden dichos informes al hecho de que la señora Cortés Bolaños ha sido varias veces condenada por diversos delitos, como hurto agravado y tráfico de estupefacientes, y dentro del establecimiento carcelario fue sancionada en los meses pasados por consumir nuevamente sustancias psicoactivas lo que denota la ausencia de un marcado cambio que favorezca su relación con hija e hijos.

Tales conceptos recomiendan no remitir a Ana Lucía al establecimiento carcelario de manera permanente pues muy seguramente se crearía un vínculo emocional con su progenitora, que en la actualidad no existe, como lo indicaron los profesionales a cargo del cuidado de aquella, que puede verse alterado por los patrones comportamentales

repetitivos de la madre, y por el hecho de que al cumplir los tres años, en pocos meses, esa situación variaría, en desmedro de la estabilidad afectiva que hoy la niña mantiene.

Insiste esta Corte en que tal consideración se fundamenta en los conceptos que los psicólogos y trabajadores sociales han proferido en torno a la madre de Ana Lucía y la viabilidad que repita su comportamiento en desmedro de la estabilidad emocional de la niña.

Sin embargo, como la demandante manifestó el deseo de permanecer con su hija y de no someterla a un proceso de adopción, esta Corte mantendrá el régimen de visitas actual hasta tanto se encuentre un familiar o persona idónea para su cuidado.

De otra parte, esta Corte considera que resulta inaceptable el protocolo de extrema seguridad que se le practica a Ana Lucía para poder visitar a su mamá en tanto que implica un trato riesgoso para su estabilidad habida cuenta que, según la trabajadora social que la acompaña, le toca pasar varios controles en los que le quitan la ropa y es estrictamente revisada, lo que resulta desproporcionado y amerita que esta Corte imparta órdenes en ese sentido a la autoridad concernida, en procura de hacer prevalecer el interés superior de la niña.

Por tanto, con fundamento en lo precedido, esta Corte confirmará las decisiones de instancia pero ordenará al personal de seguridad del COPED que, en el futuro, realice las revisiones de seguridad a Ana Lucía, al momento de ingresar al penal a visitar a su madre, de forma tal que el procedimiento respectivo evite exponerla a situaciones invasivas o mortificantes que la desestabilicen o le generen traumas. En ese sentido, deberá enviar al juez de conocimiento, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente proveído, un informe sobre las medidas que a efecto de dar cumplimiento a esta orden sean adoptadas, en coordinación con los funcionarios del Bienestar Familiar que tiene la custodia de la niña.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín que le negó el amparo de los derechos fundamentales alegados por la señora Magaly Cortés Bolaños, a nombre propio y en representación de su hija.

SEGUNDO.- ORDENAR al Centro Penitenciario y Carcelario “El Pedregal” que, en adelante, cada vez que pretendan ingresar la menor Ana Lucía Cortés Bolaños a ese establecimiento realicen los controles que haya lugar sin que los mismos resulten excesivos o traumáticos, teniendo en cuenta lo señalado en la parte motiva de esta providencia. En ese sentido, deberá enviar al juez de conocimiento, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente proveído, un informe sobre las medidas que a efecto de dar cumplimiento a esta orden sean adoptadas, en coordinación con los funcionarios del Bienestar Familiar que tiene la custodia de la niña.

TERCERO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Folio 29 del cuaderno 2.

[2] Sin especificar anualidad alguna.

[3] Folio 30 del cuaderno 2.

[4] Folio 23 del cuaderno 2.

[5] Dentro de la sentencia, el juzgador no hace referencia al marco procedimental en el que se adelantó la aludida etapa procesal.

[6] Del material obrante en el expediente, se advierte que el defensor de familia, en cumplimiento de las funciones que le fueron impuestas en el numeral 19 del artículo 82 de la Ley 1098 de 2006, procedió a asignarle un nombre a la pequeña puesto que no había sido registrada por su progenitora.

[7] Corte Constitucional, sentencia T-1103 del 28 de octubre de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería, Sentencia T-1122 del 1º de diciembre de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

[8] Ibídem.

[9] Corte Constitucional, sentencia T-1103 del 28 de octubre de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería, Sentencia T-1022 del 1º de diciembre de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T- 1233 del 10 de diciembre de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[10] Corte Constitucional, sentencia T-1022 del 1º de diciembre de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[11] Corte Constitucional, sentencia T- 1233 del 10 de diciembre de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[12] Folio 14 del cuaderno 2.

[13] Folio 15 del cuaderno 2.

[14] Folio 16 del cuaderno 2.

[15] Folio 17 del cuaderno 2.

[16] Folio 18 del cuaderno 2.

[17] Folio 67 del cuaderno 2.

[18] Visible a folio 19 del cuaderno 2.

[19] Decreto 2591 de 1991: “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[20] Así fue indicado, por ejemplo, en la Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[21] Vladimiro Naranjo Mesa.

[22] Tomado de:

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>

[23] “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.”. Disposición declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-157 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[24] “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”.

[25] “Por el cual se reglamentan los artículos 26 y 153 de la Ley 65 de 1993, modificados por los artículos 18 y 88 de la Ley 1709 de 2014”.

[26] Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

[27] “LINEAMIENTOS TÉCNICO-ADMINISTRATIVO PARA LA MODALIDAD ICBF – INPEC. ATENCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS HASTA LOS TRES (3) AÑOS DE EDAD EN ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN DE MUJERES”

[28] Manuel José Cepeda Espinosa.

[2 9] Tomado de:

<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/ElInpecComoInstitucion/EstablecimientosPenitenciarios/Establecimientos%20Regional%20Occidente/EPMSC%20JAMUNDI>

[30] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.