

Sentencia T-336/19

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Juez debe ser más flexible, en desarrollo del principio de igualdad, aplicando un tratamiento diferencial positivo

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Protección constitucional e internacional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Determinación en casos concretos

La Sala de Revisión fijó unos estándares de satisfacción de este principio y los clasificó como fácticos y jurídicos. Los primeros exigen que se analicen íntegramente las circunstancias específicas del caso, mientras que los segundos se refieren “a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”, especialmente en razón del riesgo que pueda generar la discrecionalidad que se requiere para hacer este tipo de valoraciones.

Son criterios jurídicos para determinar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes: (i) la garantía del desarrollo integral del menor de edad; (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares de tal forma que si se altera dicho equilibrio debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; (vi) la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares; y (vii) la evasión de cambios desfavorables en las condiciones de los niños involucrados

MEDIDAS DE PROTECCION A FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Proceso de restablecimiento de derechos

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

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Traslado de competencia a los Jueces de Familia es una obligación legal que procura garantizar la celeridad y eficacia en el restablecimiento de los derechos de los menores de edad

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Procedimientos administrativos de protección y medidas de restablecimiento en el orden jurídico colombiano

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Establece la regla a seguir cuando la autoridad administrativa ha perdido competencia para asumir conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos de los niños

Referencia: Expediente T-6.934.309

Accionantes: DPCM

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, y las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las decisiones judiciales proferidas el 23 de julio de 2018 por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá que confirmó la dictada el 26 de junio de 2018 por el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Nueve de 2018 por medio de Auto de 17 de septiembre de la misma anualidad y repartido a

la Sala Quinta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

Como medida de protección a la intimidad de la adolescente involucrada, se dispondrá la supresión de los datos que permitan su identificación. Se precisa que en este proveído se hará referencia al nombre de la joven mediante la sigla LFCM y al de su progenitora mediante la sigla DPCM.

1. La solicitud[1]

DPCM, en su propio nombre y representación, y en el de su hija LFCM, el 6 de junio de 2018 interpuso acción de tutela contra la Defensora de Familia asignada al Centro Zonal San Cristóbal Sur en Bogotá, señora Sandra Fonseca; contra la directora regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF), señora Diana Arboleda; y contra el Instituto para Niños Ciegos Fundación Juan Pardo Ospina (en adelante, el Instituto), con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la familia, vulnerados, en su opinión, por la decisión de suspender las salidas a medio familiar adoptada el 2 de abril de 2018[2].

La demandante explicó que:

“La Defensora ha prohibido todo contacto entre mi hija y yo (desde el 2 de abril, me trata como si yo fuera un delincuente), y esto ha ocasionado daños emocionales y psicológicos severos. Mi hija llora pegada a la reja de recepción, me llama, dice que se quiere venir para la casa, se desespera, entra en crisis emocional. Está sufriendo mucho, la Defensora sabe esta situación y nada la [sic] importa el bienestar emocional y psicológico de una menor de edad con discapacidad que es víctima de la violencia como lo evidencia el Registro Único de Víctimas Ruv, por tanto requiero el retorno de mi hija de manera definitiva a casa”.

En el escrito de tutela (i) expuso que la Defensora de Familia acusada no ha dado respuesta de fondo a sus requerimientos, en especial, al relacionado con la fecha en la que le entregarán a su hija LFCM, cuyo bienestar mental, psicológico y emocional se ha visto disminuido con la decisión abrupta de su separación; (ii) cuestionó la decisión de negarle

información sobre el estado de salud de aquélla y de impedirle acompañarla a las consultas médicas, cuando siempre ha dado muestras de interés y compromiso con los procesos terapéuticos de su hija; y (iii) declaró estar en capacidad de garantizar los derechos de su hija cuyo retorno definitivo al medio familiar solicitó como pretensión principal de su acción.

Al efecto adjuntó varias comunicaciones cruzadas con la Personería de Bogotá, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, los jueces de familia y el ICBF. Además, aportó copia de su contrato laboral.

2. Hechos

2.1. Hechos ocurridos antes de la interposición de la acción de tutela que ahora se decide

De la documentación que obra en el expediente, se pueden deducir los siguientes hechos:

2.1.1. La accionante y su hija llegaron a Bogotá desde Chaparral, Tolima, víctimas de desplazamiento forzado en 2005, y por solicitud directa de la señora DPCM -en razón de su precariedad económica e imposibilidad de asumir el cuidado de su hija dada su condición de discapacidad-, se resolvió constituir en hogar biológico[3] a la solicitante en favor de LFCM debido a los “factores de riesgo económico que puede [sic] afectar el desarrollo de la niña”, con el fin de garantizarle el derecho a la salud dado que tiene secuelas de encefalopatía hipóxica perinatal y prematurez, retardo global del desarrollo con mayor compromiso del lenguaje, déficit mental leve y déficit visual severo, cuyos tratamientos médicos la madre no puede solventar. Lo anterior, mediante Resolución Nro. 018 del 13 de mayo de 2005 proferida por la Defensora de familia Luz Dory Meléndez[4].

2.1.2. El 27 de marzo de 2007, en el “informe de aula de apoyo de tiflogología” suscrito por la licenciada en educación especial destacada para el caso, se propuso solicitar “ingreso al Instituto para Niños Ciegos Fundación Juan Antonio Pardo Ospina o Hogar Luz y Vida, escuelas especiales donde se adelantan acompañamientos a estos niños de forma más individualizada y donde también puede adelantar estudios avanzados si lo requiere”[5]. Lo anterior, con base en los antecedentes de la historia clínica de LFCM, según los cuales tiene

secuelas de encefalopatía hipóxica perinatal y prematuridad, retardo global del desarrollo con mayor compromiso del lenguaje, déficit mental leve y déficit visual severo. De acuerdo con la certificación emitida el 27 de abril de 2007 por la rectora académica del Instituto, LFCM se encuentra interna de lunes a viernes y comparte los fines de semana con su progenitora[6].

2.1.3. A través de memorando del 26 de mayo de 2011, el equipo de seguimiento de la defensoría de familia indicó que a pesar de que la constitución del Programa de Hogar Gestor “se creó con el objeto de brindar apoyo integral a la familia con niños, niñas y adolescentes, en precaria situación económica y social, que dificulte el ejercicio de los derechos, presente inobservancia, amenaza o vulneración de los mismos”, y brindar apoyo económico durante dos años prorrogables por uno adicional, “en la presente historia no se observa resolución de cierre de hogar gestor por discapacidad”[7].

2.1.4. Además de lo anterior, por solicitud de la señora DPCM[8] y de acuerdo con la valoración realizada por el área de psicología del ICBF[9], se resolvió la situación jurídica de LFCM a través de Resolución Nro. 0112-2012 por medio de la cual se adoptaron medidas para el restablecimiento de sus derechos, proferida el 29 de mayo de 2012 por el Defensor de Familia Luís Orlando Sánchez[10], (i) reintegrándola en cabeza de su progenitora señora DPCM “a quien se le otorga la custodia y el cuidado provisional de la niña, quien se compromete a cuidarla y a responder en todo sentido por ella ante el ICBF”; y (ii) ubicándola en el Instituto para Niños Ciegos como medida de restablecimiento de derechos en razón de su discapacidad, con salidas a medio familiar autorizadas los fines de semana[11]. En el expediente no obran pruebas que permitan identificar la razón por la cual había perdido la custodia.

2.1.5. En la misma fecha (i) dictó Resolución Nro. 0113-2012 por medio de la cual se decretó el cierre del hogar gestor en favor de la niña LFCM[12]; (ii) emitió boleta de ubicación en la que indicó que le fue asignado un cupo en medio institucional con perfil de discapacidad[13]; y (iii) autorizó que continuaran las salidas a medio familiar los fines de semana “en donde la progenitora la recogería los días viernes en horas de la tarde y la regresa los días lunes en horas de la mañana, salvo los días que son festivos en donde la regresará los días martes. Es de anotar que estas salidas son autorizadas de carácter permanente por lo que no requiere cada fin de semana una autorización”[14]. Desde

entonces, LFCM continuó ubicada en el Instituto para Niños Ciegos, interna de lunes a viernes y con salidas a medio familiar los fines de semana.

2.1.6. De acuerdo con el seguimiento al caso realizado el 21 de junio de 2017 por la trabajadora social asignada por el ICBF[15], la progenitora expresó el deseo de tener a su hija en medio familiar dada la estabilidad económica alcanzada, por lo que el 24 de julio de 2017, dicha funcionaria realizó la solicitud de cupo para cambio de modalidad “[T]eniendo en cuenta los resultados del proceso y que se identifica que LFCM de 15 años cuenta con red activa dentro del proceso se establece y se informa a la progenitora que se solicitará cupo para su hija en externado jornada completa” [16].

2.1.7. Sin embargo, las acciones tendientes a concretar dicho cambio quedaron suspendidas por decisión de la Defensora de Familia Sandra Fonseca, quien mediante correo electrónico enviado al Instituto para Niños Ciegos el 2 de abril de 2018, dispuso que “teniendo en cuenta esta información se cancela autorización de salidas de la adolescente con su progenitora (...)”. Lo anterior, con base en la información que la psicóloga de dicho Instituto envió a la Defensora vía correo electrónico el 26 de marzo de 2018, en el que se lee:

“Por medio de la presente nos dirigimos a usted con el fin de informarle frente al comportamiento sexual de la NNAJ[17] LFCM, esto ya que el día de hoy 26/03/2018 la adolescente llegó de salida medio familiar con la progenitora presentando conductas sexuales marcadas, esto se evidenció debido a que la docente estaba realizando una actividad con el grupo de NNJA en la cuál [sic] se debían acostar en el piso frente a esto la adolescente empieza a presentar movimientos sexuales marcados en los cuales realiza movimientos pélvicos y se acaricia los senos a la par realiza sonidos simulando gemidos y diciendo ‘que rico dale más’, por otro lado es importante mencionar que la adolescente llegó del fin de semana con acento de la costa atlántica marcado, mencionando palabras tales como ‘muñequera’, entre otras lo cual es preocupante ya que la progenitora refiere que vive sola y que la NNJA no comparte espacio con otras personas, la adolescente también llegó mencionando diferentes frases tales como ‘vamos a fumar marihuana,... uy es viernes tomemos aguardiente, néctar rojo’, entre otras, por ende consideramos de gran importancia hacer llegar a la defensora dicha información con el fin de tomar medidas preventivas frente a la presente información”[18].

2.1.8. Al respecto, el mismo 2 de abril de 2018, la Defensora de Familia Sandra Fonseca solicitó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, valoración médico legal por presunto delito de abuso sexual[19], pero ante la imposibilidad de adelantar el examen por necesidad de realizarlo bajo sedación, el 6 de abril del mismo año, la Defensora solicitó a la EPS Salud Total, realizar la valoración sexológica[20], razón por la cual la joven fue remitida al Hospital La Misericordia donde se le hicieron los exámenes pertinentes el 8 de abril siguiente dando como resultado: “himmen [sic] festoneado íntegro sin evidencia en el momento de fisuras”[21].

2.1.9. Paralelamente, el 3 de abril de la misma anualidad, el equipo psicosocial del Instituto para Niños Ciegos informó a la Defensora, a través de correo electrónico, que en la misma fecha se reunieron con la señora DPCM en la que se le notificó la suspensión de salidas a medio familiar por haberse interpuesto en su contra denuncia penal por presunto abuso sexual, con base en “las conductas sexuales que estaba presentando LFCM y del vocabulario poco apropiado que refería la NNAJ” [22].

2.1.10. El 13 de abril siguiente, en acta de reunión realizada por el Instituto para Niños Ciegos, se hizo constar que se informó a la señora DPCM que “tiene visitas y acompañamientos a los procesos de salud restringidos, esto de parte de orden de defensoría”[23], por la negativa de aquella de realizarlas bajo supervisión.

2.1.11. De acuerdo con lo informado por el fiscal al que le fue asignada la investigación de la conducta denunciada, el 20 de abril de 2018, se recibió en la oficina de asignaciones de la Fiscalía General de la Nación -a pesar de haber sido radica en la oficina de reparto el 18 de abril de la misma anualidad-, la denuncia penal presentada por la Defensora Fonseca contra DPCM radicada con el número 1100160000201815031, y clasificada dentro del punible “conductas relacionadas con actos sexuales con incapaz de resistir”[24].

2.1.12. El 9 de mayo de 2018, la señora DPCM elevó derecho de petición ante la Personería de Bogotá, con el fin de que “se realice [sic] los exámenes competentes que me confirmen el estado de mi hija LFCM, donde me de a conocer si existe tal delito de abuso sexual, ya que TEMO QUE EN LA FUNDACIÓN JUAN PARDO OSPINA no tenga los cuidados y atenciones pertinentes con la niña y haya ocurrido algún hecho que vulnere su

integridad y posteriormente me culpen de ello”[25]. Dicha petición fue remitida al ICBF “toda vez que es esta entidad quien tiene la competencia y de suyo la obligación legal de dar respuesta a la misma”[26].

2.1.13. El 6 de junio de 2018, la señora DPCM interpuso acción de tutela contra la Defensora de Familia Sandra Fonseca, la Directora Regional del ICBF Diana Patricia Arboleda, y el Instituto para Niños Ciegos con la principal pretensión de que su hija LFCM sea reintegrada a medio familiar[27].

2.2. Hechos ocurridos después de la interposición de la acción de tutela que ahora se decide

2.2.1. El 9 de julio de 2018 la Defensora de familia Sandra Fonseca, profirió la Resolución Nro. 01914 por medio de la cual resolvió prorrogar por 6 meses más el término de seguimiento a la medida de restablecimiento de LFCM con base en lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1878 de 2018, sin especificar si se trata de la resuelta en la Resolución Nro. 0112-2012 o de la orden de suspender salidas a medio familiar y visitas sin supervisión, pues lo único que indicó fue que: “[T]eniendo en cuenta que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de LFCM, [sic] se requiere contar con pruebas que permitan identificar si la progenitora u otro miembro de la familia, puede garantizar los derechos en medio familiar” [28].

2.2.2. El 12 de septiembre de 2018 el Fiscal Seccional 49 reportó haber asumido el conocimiento del caso sometido a investigación[29].

2.2.3. Mediante auto de 22 de octubre de 2018, en sede de revisión, el Magistrado Sustanciador -como medida cautelar-, suspendió la orden emitida por la Defensora de Familia Sandra Fonseca el 2 de abril de la misma anualidad, en el sentido de permitir las visitas de DPCM a su hija LFCM en el Instituto Fundación Juan Pardo Ospina y el acompañamiento a los procedimientos médicos hasta tanto la Sala de Revisión dicte sentencia en el presente proceso de tutela[30],.

2.2.4. Mediante Resolución Nro. 02412 del 20 de diciembre de 2018 proferida por la misma Defensora, se declaró a LFCM en situación de adoptabilidad[31], pues “a la presente fecha, la señora DPCM no ha demostrado ser garante para los derechos de su hija, con la

cancelación de cita médica y falta de suministro de medicamentos se atenta contra su derecho a la salud, de igual manera el último correo electrónico de la Institución reportó la progenitora manifestó [sic] no era su deber realizar gestiones médicas, lo que demuestra en caso que asumiera la custodia de su hija no sería garante de los derechos a la salud de la niña”.

2.2.5. La anterior decisión fue reversada -al resolver el recurso de reposición interpuesto por DPCM- a través de Resolución Nro. 2422 del 24 de diciembre de 2018 proferida por la misma autoridad administrativa, pues

“las pruebas aportadas no descalifican a la señora DPCM en sus habilidades para ejercer el rol materno, en la actualidad hay un denuncia presentado contra la señora DPCM por presunto abuso sexual, que se presume fue víctima la adolescente LFCM en su medio familiar, por conductas presentadas en Institución, que conforme la discapacidad que presenta la niña no se presentan de la nada (...). Ahora bien, con la entrada en vigencia de la ley 1878 de 2018 que modificó la ley 1098 de 2006, se establecieron términos claros para que un niño, niña o adolescente se encuentre bajo medida de protección fuera de su medio familiar, en los casos de discapacidad, se ha requerido movilización del sistema nacional de bienestar familiar para que garanticen los apoyos que requiere le [sic] familia, lo que sí es claro es que la progenitora en varias ocasiones manifestó no contar con las posibilidades de recibir a su hija en medio familiar ni se movilizó para demostrar tener las condiciones. Conforme lo anterior, es claro que a la presente fecha y con los informes recibidos, declarar a LFCM en situación de adoptabilidad no es coherente con las diligencias que ha presentado la progenitora a pesar de las dificultades presentadas por lo tanto el deber de aplicar frente a los términos establecidos por la ley 1098 de 2006 la excepción de inconstitucionalidad conforme lo ha establecido la Corte Constitucional Sentencia SU132 de 2013 (...), ello porque la adolescente LFCM conforme al art 44 de la Constitución Política tiene derecho a tener una familia y no ser separada de ella, a la fecha no está totalmente demostrado que la progenitora brinde plena garantía a los derechos de su hija y tampoco se ha desvirtuado que exista vínculo y que la adolescente pueda haber sido víctima de abuso sexual en medio familiar por ello no se pueden realizar exigencias a la progenitora para que se movilice si no se cuenta con avances en la investigación penal”. Por consiguiente, decidió “[A]plicar excepción de inconstitucionalidad, inaplicando los términos establecidos en la Ley 1098 de 2006 para la medida de restablecimiento de

derechos (...)”[32].

3. Respuesta de las autoridades accionadas y terceros vinculados

El juez de primera instancia mediante auto de 14 de julio de 2018, notificó del contenido de la tutela a Sandra Fonseca en su calidad de Defensora de familia, a Diana Arboleda en calidad de directora regional del ICBF, y al Instituto para Niños Ciegos. Además, vinculó al ICBF[33].

3.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF[34]

El 25 de junio de 2018, el ICBF arrió su respuesta indicando que, con base en información suministrada por el Instituto para Niños Ciegos, el 2 de abril de 2018 ordenó la suspensión de las salidas al medio familiar, “más no contacto entre la adolescente y su progenitora”.

Sostuvo que el retorno de un niño, niña o adolescente a casa se ordena dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos (en adelante, PARD) consagrado en la Ley 1098 de 2006, más no a través de acciones de tutela, y explicó que no se ha adoptado decisión alguna porque no hay pruebas suficientes que demuestren idoneidad de la progenitora por cursar contra ella una denuncia por presunto abuso sexual (numeral 2 del artículo 53 de la Ley 1098 de 2006).

Al efecto, aportó copia de la denuncia penal instaurada ante la Fiscalía General de la Nación y radicada en la oficina de reparto el 18 de abril de 2018, en la que la Defensoría de Familia puso en conocimiento los hechos que, en su opinión, pueden ser constitutivos de abuso sexual.

3.2. Instituto para Niños Ciegos Fundación Juan Antonio Pedro Ospina[35]

Y sobre la pretensión de que le sea entregada su hija en forma definitiva, indicó que, ante la preparación para el egreso a través del reintegro a medio familiar con apoyo en modalidad externado realizada a principios de 2017, se identificó “una actitud resistente de la progenitora a aceptar el reintegro de LFCM, toda vez que esto le implica realizar cambios en su estilo de vida. Adicional a esto, desde el momento del ingreso y hasta la fecha desde el equipo psicosocial de la Institución se le ha solicitado en repetidas oportunidades a la Sra. DPCM información frente a aspectos socioeconómicos, sin embargo no reporta información

clara frente a las actividades laborales que realiza, la fuente de sus ingresos, ni el tipo de vivienda en la que habita, argumentando que sus ingresos no son suficientes para hacerse cargo de su hija”.

4. Pruebas aportadas al proceso en sede de tutela

- Boleta de ubicación con fecha 29 de mayo de 2012 en la que el Defensor de Familia Luis Orlando Sánchez Buitrago hace constar que LFCM ingresa a al Instituto para Niños Ciegos con cupo en medio institucional con perfil de discapacidad[36].

- Valoración sociofamiliar realizada por el Instituto para Niños Ciegos el 31 de enero de 2017 en la que se indicó que se trata de una “Familia monoparental con jefatura femenina con hijo adolescente, se evidencia vínculo afectivo fuerte en la diada madre-hija, siendo para LFCM su progenitora el principal vínculo afectivo. Se observa en la historia de la adolescente rol abandonico de su progenitor. (...) Desde trabajo social se plantea trabajo con cuidadora y la garantía de sus derechos en el área familiar se deben mantener los lazos socioafectivos y promover en la progenitora la aceptación y adaptación de posible cambio de medida. La familia no cuenta con red apoyo familiar extensa”[37].

- Informe de seguimiento suscrito el 15 de mayo de 2017 por la trabajadora social del Instituto para Niños Ciegos en el que se lee: “Visita Domiciliaria: (...) 10. OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS. Frente a las condiciones habitacionales se evidencia que la casa cuenta con los requisitos exigidos para mantener el cuidado y bienestar de la adolescente en su medio familiar. Se sugiere culminar los trabajos de adecuación del baño y las puertas de las habitaciones en las que la señora Nuri refirió se realizarían fin de semana en cuanto a las puertas. A nivel anímico LFCM mostró afabilidad y poco interés en retomar la dinámica institucional, cuando se le mencionó que debería regresar rechazó el contacto con las terapeutas y brindó saludo de despedida. Se observa que en el suministro de alimentos brindan dieta siguiendo recomendaciones realizadas por la nutricionista de la institución adicional se evidencia garantía de derechos para la adolescente en caso de cambio de modalidad”[38].

- Correo electrónico suscrito el 26 de marzo de 2018 por el equipo psicosocial del Instituto para Niños Ciegos dirigido a la Defensora de familia Sandra Fonseca, en el que se informa sobre el “comportamiento sexual” de LFCM[39].

- Correo electrónico suscrito el 2 de abril de 2018 por la Defensora de familia Sandra Fonseca dirigido al equipo psicosocial del Instituto para Niños Ciegos, en el que se lee: “Buen día, teniendo en cuenta esta información se cancela autorización de salidas de la adolescente con su progenitora, de igual manera me permito solicitar, me informen por este medio cómo llegó la adolescente con la salida de este fin de semana”[40].
- Oficio Nro. 11-10042-135 del 2 de abril de 2018, dirigido al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses por la Defensora de familia Sandra Fonseca, en el que solicitó realizar valoración por presunto abuso sexual de la adolescente LFCM[41]. En informe pericial de la clínica forense realizado el 5 de abril siguiente por dicho Instituto, se indica que no pudo adelantar el examen y sugiere que sea realizado bajo sedación en centro médico especializado[42].
- Correo electrónico con fecha ilegible suscrito por el equipo psicosocial del Instituto para Niños Ciegos dirigido a la Defensora de familia Sandra Fonseca, en el que se lee: “Por medio del presente correo enviamos adjunta el acta frente a la reunión adelantada el día de hoy 3 de marzo [sic] con la señora DPCM progenitora de la NNAJ LFCM, donde se le notificó suspensión de salidas a medio familiar y se le explicó que esto era debido al informe enviado desde el equipo psicosocial a defensoría donde se da reporte de las conductas sexuales que estaba presentando LFCM y del vocabulario poco apropiado que refería la NNAJ”[43].
- Respuesta al derecho de petición elevado por la señora DPCM en la que el ICBF, el 2 de mayo de 2018, indicó: “(...) El equipo psicosocial, informa a la defensoría de familia la situación de comportamiento presentada con la adolescente LFCM al regreso luego de semana santa de su salida al medio familiar: mediante correo electrónico de fecha 26 de marzo de 2018, la psicóloga Mery Juliana Pinillos Moreno y la trabajadora social Sharol Miranda, hacen reporte a la Dra. Sandra Fonseca, autoridad administrativa del proceso de la niña LFCM (...)”[44]. No obra prueba de la petición presentada por la señora DPCM.
- Oficio suscrito el 15 de mayo de 2018 por el Procurador 128 Judicial II de Familia en respuesta al derecho de petición elevado por la señora DPCM en el que se lee: “En atención a la petición presentada por usted ante la Procuraduría General de la Nación, remitida a esta Procuraduría 128 Judicial II de Familia, relacionado con la intervención administrativa

frente al caso de su hija LFCM, quien se encuentra interna en la Fundación Juan Pardo Ospina, debido a las condiciones de salud por usted descritas en la solicitud, se le informa que este Ministerio Público avocó conocimiento el día 16 de abril de 2018. Conforme a lo anterior se procede a informarle el seguimiento efectuado en el presente caso y las siguientes acciones: (...) 5. Así mismo, mediante oficio elevado a la doctora Sandra Fonseca se solicita restablecer de forma inmediata y sin obstáculo alguno el derecho fundamental de su hija LFCM a tener una familia y disfrutar de la visita suya señora DPCM, debiendo por tanto, la Defensora de familia, remitir copia de la decisión y oficio que se libre a la institución respectiva sobre tal pedimento, para su respectivo seguimiento, además de informarle de manera efectiva a Usted”.

- Declaración rendida el 26 de junio de 2018 por DPCM dentro del proceso de tutela sub judice ante el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá, en el que sostuvo: “PREGUNTADO 2. Dígale al Despacho por qué razón coloca usted la acción de tutela que nos ocupa. CONTESTÓ. Quiero a mi hija de vuelta en la casa de manera definitiva y considero que la decisión de bienestar Familiar no son [sic] justas, hoy cumplo 2 meses 25 días sin saber nada de la niña y esta es la segunda vez que bienestar familiar [sic]. PREGUNTADO 3. Indíquele al despacho, por qué motivo se inició el proceso de restablecimiento de derechos en favor de la niña LFCM, CONTESTO. Llegué en el 2005 a Bogotá víctima del desplazamiento en Chaparral Tolima, bienestar familiar la apoyó cuando llegó, con el programa gestor, y para esa [sic] entonces debía cederle el cupo a otra persona y le dio el cupo a la menor en el internado Juan Pardo Ospina. PREGUNTADO 4. Dígale al despacho por qué razón indica que la Defensora de familia la trata como si fuera una delincuente, que [sic] manifestaciones o hecho realiza en su contra. CONTESTO. Es el trato porque le quito [sic] ver la niña sin ninguna prueba, los requerimientos que le ha solicitado únicamente dice [sic] que está bien y me parece injusto eso, porque se me considera culpable antes de y ni la duda me da, ella dice que medicina legal ya intervino a la niña. PREGUNTADO 5. Indíquele al despacho de forma clara que [sic] es lo que pretende con la presente acción de tutela. CONTESTÓ. Que la niña regrese a casa de manera definitiva”.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Decisión de primera instancia[45]

El asunto fue repartido en primera instancia al Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá, quien negó el amparo por no superar el examen de subsidiariedad, mediante sentencia de 26 de junio de 2018.

Discurrió así:

“En el caso sub examine, el Despacho encuentra que la acción de tutela no es el mecanismo judicial procedente para la protección de los derechos fundamentales invocados, pues la accionante, goza de los mecanismos idóneos para el restablecimiento de los derechos de su menor hija, pues ha [sic] bien le asiste razón al despacho a lo dicho por la defensoría de familia y al Instituto para Niños Ciegos Fundación Juan Pardo Ospina, cuando informa que las medidas adoptadas han sido tomadas dentro del proceso de restablecimiento de derechos a fin de garantizar los derechos de la adolescente L.F.C.M., en los términos de la Ley 1098 de 2006, Convención de los derechos humanos y constitución política de Colombia, máxime cuando los hechos en que funda las prohibiciones respecto a las salidas a medio familiar y suspensión de autorización de visitas en medio institucional se tomaron conforme al numeral 2 del artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 (...) Por tratarse de un presunto abuso sexual por parte de su progenitora, misma que comparte este despacho hasta tanto no se descarte que la situación descrita en el informe rendido por las diferentes áreas de la Institución en que se encuentra la niña sea desvirtuada”.

2. Impugnación[46]

Inconforme, la madre de LFCM apeló el fallo el 28 de junio de 2018, recurso que fue concedido mediante auto de 3 de julio siguiente[47].

– Según certificación de la psicóloga Enith Franco, la adolescente LFCM sufre ecolalia, condición que se caracteriza por “la repetición automática de las últimas palabras o frases que ha escuchado recientemente provenientes de otras personas, canciones, programas de televisión, entre otras”.

– De acuerdo con la certificación expedida por la administradora del edificio donde reside la madre, “en el conjunto San Miguel, residen varias familias costeñas y entre ellas una convive muy cerca de la Sra. DPCM, ya que habita el Apto 14 resaltando que su conducta es inapropiada, mantiene música – champeta a alto volumen, los niños tienen

lenguaje inapropiado y todos juegan frente al apartamento de la Sra. DPCM expresando groserías, peleas”.

- En lo relacionado con la sexualidad de LFCM, se requieren “pautas de actuación desde el punto de vista educativo y allí se refiere al programa que se debe desarrollar para las ‘habilidades socio sexuales básicas y elementales, encaminadas a formar hábitos de privacidad”.
- Sobre el daño moral causado a la madre accionante y su hija, sostuvo que “la decisión de negar las visitas ordenada por la Defensora de familia está causando un daño gigante en primer lugar a la menor ya [sic] además a la madre”.
- Lo anterior, para (i) permitir las visitas de la madre demandante a su hija en forma permanente; (ii) garantizar un manejo adecuado de la sexualidad de LFCM; y (iii) adelantar un programa de capacitación promovido por el ICBF a todos sus funcionarios y operadores sobre el manejo de la sexualidad en adolescentes. Advierte la Sala que ninguna de estas peticiones hizo fue incluida en la demanda inicial.

3. Decisión de segunda instancia

El Juzgado 38 Civil del Circuito confirmó la decisión del a quo en sentencia de 23 de julio de 2018. Sostuvo que la acción de tutela resultaba improcedente por existir otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces a los que puede recurrir ante la falta de prueba de un perjuicio irremediable o condición especial que requiera una decisión urgente.

En todo caso, advirtió que en la impugnación “no pueden incluirse nuevas pretensiones no solicitadas al juez de primera instancia y que además resultan ajenas a la naturaleza de la acción de tutela”.

III. TRAMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN

1. Selección del expediente de tutela

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Nueve de 2018 por medio de Auto de 17 de septiembre de la misma anualidad y repartido a la Sala Quinta de Revisión.

2. Decreto de pruebas

Como medida provisional, el Magistrado Sustanciador mediante auto de 22 de octubre de 2018 levantó la restricción de visitas decretada el 2 de abril de 2018 por la Defensoría de Familia San Cristóbal Sur hasta tanto la Sala de Revisión dicte sentencia en el presente proceso de tutela[48], y ordenó la práctica de pruebas siendo arrimadas las siguientes:

2.1. ICBF – Regional Bogotá, Centro Zonal San Cristóbal[49]

Anexó copia de la historia de atención de LFCM en la que consta el seguimiento al PARD, y advirtió que la “decisión de suspender autorización de visitas a la adolescente, se tomó teniendo en cuenta que la progenitora en institución manifestó que no la visitaría pues lo que deseaba era llevarla los fines de semana. De igual manera solicito se tenga en cuenta la defensoría debe decidir de fondo el asunto en el mes de diciembre conforme los términos establecidos en la Ley 1878 de 2018”.

Posteriormente, frente al traslado de pruebas se pronunció mediante oficio radicado ante esta Corporación el 7 de noviembre de 2018, en el que indicó que, de acuerdo con el Código de la Infancia y Adolescencia[50], le corresponde a los defensores y a los comisarios de familia decidir sobre el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mientras que de acuerdo con la Resolución 2859 de 2013, corresponde a los centros zonales hacer el seguimiento de las medidas que se adopten dentro del PARD.

2.2. ICBF – Oficina Asesora Jurídica[51]

A propósito de la queja elevada por la señora DPCM en contra de Ruth Zolany Mora Gutiérrez y Sandra Fonseca Alfonso quienes fungían para la época de los hechos como Coordinadora y Defensora de familia respectivamente, adscritas al Centro Zonal San Cristóbal de la Regional Bogotá del ICBF, por presuntas irregularidades en el PARD de LFCM, el 29 de octubre de 2018 informó que se encuentra en indagación preliminar.

No obstante, reposa en el plenario copia de auto inhibitorio proferido el 1 de octubre de 2018 por la Oficina de Control Interno Disciplinario, en el que se abstuvo de adelantar la actuación disciplinaria iniciada por la queja interpuesta por la señora DPCM contra la Defensora de familia Sandra Fonseca por las presuntas irregularidades durante el PARD de

LFCM, al suspender sus salidas a medio familiar. Lo anterior, por considerar que la decisión acusada se adoptó en cumplimiento del artículo 8 del Código de Infancia y Adolescencia. Sin embargo, en la parte resolutive se indica que la decisión ha de comunicarse a la señora Diana Isabel Morales “quejosa en este asunto”, sin que se tenga noticia de quién se trata por cuanto quien interpuso la queja, en esta ocasión, fue la señora DPCM[52].

2.3. Instituto para Niños Ciegos Fundación Juan Antonio Pardo Ospina[53]

Sobre el estado de salud psicológica, física y emocional de la adolescente informó que “la joven muestra poco interés por las actividades en las que se vincula, rechazo continuo en las caminatas, las cuales requiere por diagnóstico de obesidad, no responde ante las instrucciones brindadas, en el aula facilita la realización de la práctica de auto cuidado de acuerdo a [sic] lo observado. No presenta estados anímicos de tristeza pese a la separación que tuvo con la progenitora, es importante resaltar que desde el área de psicología se realizó un proceso enfocado en los estados anímicos de la adolescente con el fin de que la misma no tuviera estados anímicos fluctuantes (...) su salud mental se encuentra bajo tratamiento farmacológico con especialistas de neurología y psiquiatría con (risperidona 1 mg en las noches) en donde se evidencia poca respuesta a su tratamiento con conductas de autoagresión, no acata órdenes, se dificulta realizar actividad física”.

2.4. Fundación hospital pediátrico La Misericordia[54]

Aportó la historia clínica de LFCM en la que se lee:

“Evolución No. 1. 2018/04/06 Paciente de 16 años con antecedente de discapacidad cognitiva severa y amaurosis bilateral por retinopatía del prematuro quien se encuentra bajo protección del ICBF en el Instituto nacional para ciegos. En ocasiones presenta conductas de auto y hetero agresión por lo que recibe Risperidona. Trae nota del ICBF donde informa que se necesita valoración por presunto abuso sexual, informa que presenta conductas sexualizadas; la funcionaria del Instituto comenta que tiene ecolalia donde refiere lenguaje sexualizado que no presentaba en días anteriores; por poca colaboración para examen físico por parte de la paciente solicitan se realice el examen bajo sedación. También comentan que desde hace varios meses tiene flujo vaginal por lo cual se realizó tratamiento con antimicótico. (...) Se decide dejar hospitalizada para sedación con 6 horas de ayuno. El examen genital se realizará con la paciente sedada, previo concepto de

anestesia, por lo tanto se deja hospitalizada sin vía oral, en el momento no se colocan líquidos intravenosos por riesgo de retirárselos ella misma. De acuerdo a lo encontrado en el examen ginecológico, si hay sospecha de abuso sexual, se solicitarán exámenes pertinentes. (...)

Evolución No. 4. 2018/04/07 (...) Me comunico con jefe Viviana cuidadora principal a cargo de pacientes del Instituto para Niños Ciegos (...) informa que desde hace 2 semanas notan cambios en el comportamiento de la menor, conductas sexualizadas que no presentaba antes, relatos de conductas sexuales de la mamá y de otra persona (hombre) que no conocen. Comenta que al principio de esta semana las terapeutas del hogar hicieron una actividad en el hogar en la que se debían acostar los niños en colchonetas, cuando LFCM estaba acostada empezó a masturbarse y a gemir, así como a describir actos sexuales, y que cuando se le pregunta porque [sic] hace eso menciona a la mamá. (...) la niña ha estado en ese periodo de tiempo por fuera del Instituto en dos ocasiones (los fines de semana), la última vez que estuvo en contacto con la madre fue hace ya 6 días. En el caso en que se hubiese presentado algún acceso carnal en ese periodo ya pasan las 72 horas en las que el protocolo de manejo para víctimas de abuso sexual indica que se deben recoger muestras y se debe dar manejo por profilaxis para ETS y anticoncepción de emergencia. (...) cabe mencionar que es una paciente adolescente en donde se asume una maduración de órganos sexuales y por lo tanto de genitales, ya debe tener un himen elástico y probablemente no se observen lesiones lo cual no descarta el abuso sexual. Es importante aclarar que el abuso sexual no se diagnostica por un examen ginecológico, este examen permitirá valorar los genitales externos, poder recoger muestras de flujo vaginal en caso de que se presenten y tomar muestras de otro tipo aunque se aclara que por el tiempo que se sospecha que podrían haber sucedido los hechos no se obtengan resultados positivos. (...)

Evolución No. 13. 2018/04/08 (...) Análisis: sospecha de AS (...) al examen físico evidencia de equimosis en miembro superior izquierdo (brazo) no agudos, genitales con leucorrea importante no se descarta vaginitis se solicita frotis vaginal, se toman laboratorios de sangre, uroanálisis, himen íntegro festoneado sin otras alteraciones, se espera completar valoración para manejo integral. (...)

Evolución No. 24. 2018/04/10 (...) Análisis: paciente adolescente femenino, con sospecha de

abuso sexual por conductas sexualizadas, se realizó examen físico bajo anestesia sin evidencia de lesiones agudas en región genital tiene flujo verdoso, GRAM con lactobacilos, paciente sin prurito vaginal ni otros síntomas y hallazgos en GRAM de flora bacteriana normal de área vaginal por lo que no se considera requiera manejo en el momento” (subrayado fuera de texto).

2.5. Procuraduría General de la Nación – Procurador 128 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la infancia, la adolescencia y la familia[55]

Mediante escrito fechado 29 de octubre de 2018, el agente del Ministerio Público detalló las actuaciones de vigilancia que ha realizado al PARD de LFCM, e indicó que además de oponerse formalmente a cualquier medida de adoptabilidad, solicitó reintegrarla al medio familiar con su progenitora. Adicionalmente en múltiples ocasiones ha advertido que, si el término perentorio establecido en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 estuviere vencido, la Defensora debe declarar su incompetencia y enviar las diligencias la juez de familia.

Conceptuó:

“Descendiendo al caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta el anterior marco jurídico constitucional, legal y jurisprudencial, encontramos con facilidad que el motivo por el cual se continuó con el PARD, presunto AS, no puede tornarse desproporcionado e irracional para mantenerse por tiempo prolongado, colocándose en riesgo que se rompan o debiliten los vínculos con la madre y familia, más aún si se tiene en cuenta las circunstancias especiales que rodean el caso, por lo tanto, en concepto del suscrito Agente Fiscal, se debe de garantizar el derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella, conforme lo consagra la Carta Política en los preceptos transcritos y en el código de infancia, la adolescencia y la familia, razón por la cual, solicito respetuosamente, que la NNA LFCM, se procure mantenerla definitivamente en medio familiar con la progenitora, prestándole la asistencia psicológica correspondiente, con el apoyo de políticas públicas y programas especiales del ICBF, Fundación Instituto para Niños Ciegos Juan Pardo Ospina, para superar los problemas que motivaron la continuación del PARD, conforme lo prevé el artículo 103 ejusdem, luego de efectuar las valoraciones psicosociales pertinentes. En caso contrario, conforme lo prevé la norma en comentario en concordancia con el artículo 100 ejusdem, me permito con las mismas razones y motivos oponerme desde ya a cualquier

medida de adoptabilidad, en procura del derecho que le asiste a la NNA LFCM, a tener una familia y no ser separado de ella; para que se remita el asunto al juez de familia, máxime que a la presente no existe medio probatorio sobre el presunto AS"[56].

La solicitud la fundamentó, principalmente, en las sentencias T-914 de 2007 y T-425 de 2018 de esta Corporación, y en la afirmación de que el 9 de julio de 2018 la Defensora de familia dictó resolución de prórroga de medida institucional.

2.6. DPCM – madre de LFCM[57]

Indicó que trabaja en la Secretaría Distrital de Integración Social con ingresos mensuales que ascienden a \$4'200,000; es propietaria de un bien inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá con un valor comercial aproximado de \$50'000,000; tiene a cargo a su hija LFCM y los gastos mensuales en los que incurre son de un poco más de \$2'500,000; está afiliada al régimen contributivo de salud; no ve a su hija hace 7 meses desde que remitió a la Corte dicha información en octubre de 2018 y tampoco tiene noticias de ella porque el Instituto se abstiene de informar por orden de la Defensoría.

Agregó que las consignaciones que ha realizado a favor del ICBF por cuota alimentaria de su hija las suspendió en marzo de 2018 porque verificó que la cédula de ciudadanía que la Defensora de Familia le indicó que debía reportar en las colillas bancarias no correspondía a la suya.

Finalmente explicó que una vez su hija esté bajo su cuidado, contratará servicio de medicina prepagada y una persona que se encargue del cuidado mientras cumple su jornada laboral. Además, adelantará estudios de maestría en modalidad virtual y a distancia en la ESAP.

2.7. Fiscalía General de la Nación[58]

A la solicitud de información sobre el avance de las diligencias adelantadas con ocasión de la denuncia que la Defensora de familia Sandra Fonseca instauró contra la señora DPCM por la conducta que fue catalogada como de actos sexuales con incapaz de resistir, respondió que fueron conocidas inicialmente por la Fiscalía 319 Seccional de la unidad, y posteriormente reasignada a la Fiscalía 49 Seccional. El 12 de septiembre de 2018 se

impartió orden a la policía judicial con el fin de oír a la madre de LFCM y entrevistar a la adolescente sin que a la fecha se tengan resultados por cuanto la orden fue prorrogada por 40 días más. El caso, por tanto, está en etapa de indagación. Al efecto, adjuntó los soportes de la denuncia.

3. Suspensión de términos

El 12 de diciembre de 2018, el Magistrado Sustanciador ordenó la suspensión de términos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, con el fin de valorar debidamente el acervo probatorio, mediante auto en el que también solicitó a la Defensora de Familia del centro zonal de San Cristóbal informar sobre las actuaciones adelantadas y las decisiones adoptadas dentro del PARD de LFCM, siendo que se había fijado fecha para audiencia de pruebas y fallo el 6 de diciembre de 2018. Ante la falta de respuesta, el Despacho requirió por segunda vez a la Defensora de familia para que aportara los documentos solicitados.

3.1. ICBF – Regional Bogotá, Centro Zonal San Cristóbal

En oficio suscrito el 6 de febrero de 2019, allegó copia de las actuaciones realizadas así:

- Audiencia de pruebas realizada el 6 de diciembre de 2018.
- Resolución Nro. 2422 de 24 de diciembre de 2018 proferida por la Defensora de familia Sandra Fonseca en la que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la señora DPCM en la que dispuso: “PRIMERO. Revocar la resolución 2412 proferida el día el día [sic] veinte (20) de diciembre del año dos mil dieciocho (2018). SEGUNDO: Aplicar excepción de inconstitucionalidad, inaplicando los términos establecidos en la Ley 1098 de 2006 para la medida de restablecimiento de derechos (...)”.

3.2. Procuraduría General de la Nación – Procurador 128 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la infancia, la adolescencia y la familia

Informó que, mediante oficio de 18 de febrero de 2019, solicitó a la Defensora de familia Sandra Fonseca declarar la pérdida de competencia para seguir conociendo del PARD y remitir las diligencias al Juez de Familia de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 9 del artículo 100 y el inciso 5 del artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, por cuanto

“verificado el seguimiento del proceso, mediante visitas al proceso, encontramos que mediante resolución No. 0112 del 29 de mayo de 2012, se reintegró a la NNA LFCM a medio familiar en cabeza de la progenitora DPCM, a quien se le otorgó la custodia y cuidado personal, además de ubicar a la NNA en la institución con perfil para discapacidad bajo la modalidad externado como medida de restablecimiento de derechos, debido a su discapacidad. Posteriormente, mediante resolución del 9 de julio de 2018, se procedió a prorrogar la medida de restablecimiento de derechos, por lo tanto, en CONCEPTO de esta Agente Fiscal, se tiene que a la fecha el término de los dieciocho (18) meses establecidos en forma imperativa en inciso 5 del artículo 103 opus citae, se encuentra más que vencido, sin que sea permitido prorrogarse o extenderse, debiéndose por ende remitir el expediente al juez de familia por pérdida de competencia de la autoridad administrativa; razón por la cual, comedidamente, solicito a usted, proceder de conformidad, remitiendo las diligencias al juez de familia para que defina la situación jurídica de la NNA LFCM al tenor de la regla en cita” (subrayado fuera de texto).

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

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

2. Examen de procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación en la causa

2.1.1. Legitimación en la causa por 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. Además, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[59] establece que “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier 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”.

En esta oportunidad, la señora DPCM acudió a la acción de tutela -en primera instancia- en su propio nombre y en representación de su hija LFCM, y en segunda, otorgó poder a Germán Humberto Rincón Prefetti y a Marcela León Sandoval[60], por lo que está legitimada en la causa para presentar la acción de tutela en contra de las personas y entidades demandadas y vinculadas, para efectos de que sean estudiadas las presuntas vulneraciones de los derechos fundamentales tanto de ella como de su hija.

2.1.2. Legitimación en la causa por pasiva

El artículo 86 de la Constitución Política define la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario que procede para la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. Frente a este segundo grupo, la norma precisa que procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La señora Sandra Fonseca ha fungido durante el PARD como Defensora de familia, por lo que está legitimada por pasiva en el proceso de tutela bajo estudio en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión. Así mismo, el Instituto para Niños Ciegos Fundación Juan Pardo Ospina es la institución a la que la adolescente LFCM ingresó con cupo en medio institucional, responsable de su cuidado y formación, por lo que también tiene legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte, el ICBF fue vinculado al proceso en sede de tutela en primera instancia por ser la entidad responsable de las actuaciones tanto de los defensores de familia como de los centros zonales y regionales por lo que a su respecto se predica, también, legitimación en la causa por pasiva.

Por el contrario, no reposa prueba en el expediente de que la señora Diana Arboleda haya fungido como directora regional del ICBF durante el PARD que en este caso nos convoca, por lo que se declarará a su respecto la falta de legitimación en la causa por pasiva. En efecto, si bien la acción de tutela va dirigida -entre otros- a ella[61], y el juez de

conocimiento ordenó que le fuera notificada la admisión de la misma[62], no reposa prueba de la notificación ni se arrió al expediente contestación alguna suscrita por ella, por lo que no se logró comprobar ni su calidad como funcionaria adscrita al ICBF, ni su vinculación al proceso.

2.2. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha señalado que los requisitos de subsidiariedad e inmediatez -como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela- han sido tradicionalmente una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de los derechos fundamentales, por vía excepcional.

2.2.1. Subsidiariedad

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

En el sub judice, los jueces de instancia negaron el amparo solicitado por DPCM por considerar que no se cumplía este requisito en tanto el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos no había culminado, y aún existían recursos que podían interponerse contra las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa en caso de que la accionante las considerara vulneratorias de sus derechos e intereses.

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

En el caso objeto de estudio, además de que se plantea una controversia que reviste especial relevancia constitucional en tanto involucra el goce efectivo de los derechos fundamentales de una adolescente en su ámbito familiar, la acción de tutela resulta ser el medio idóneo y eficaz para perseguir el amparo de estos, máxime teniendo en cuenta que (i) LFCM padece enfermedades que le generan una condición de discapacidad, y tal como se abordará más adelante, (ii) a pesar de que la defensora de familia decidió inaplicar -sin justificación suficiente- los términos establecidos en la Ley 1098 de 2006 vía excepción de inconstitucionalidad para seguir conociendo del caso, la actuación administrativa está ampliamente vencida, por lo que cualquier pronunciamiento de fondo que profiera la Defensora resultaría extemporáneo. Estas situaciones evidencian la palmaria debilidad en que se encuentran las accionantes y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita.

Ahora, si bien dicho mecanismo de defensa judicial es presentado por la madre no solo en procura de la protección de los derechos de su hija sino también de los suyos, la cuestión subyacente es la obligación de asistencia y protección de la adolescente para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, lo cual corresponde no solo a los padres de familia, sino que también incumbe a la institución en la que fue ubicada dentro del PARD adelantado por el ICBF.

Por tanto, contrario a lo sostenido por los jueces de instancia en sede de tutela, al analizar el cumplimiento de este requisito la Sala lo encuentra acreditado pues se trata de la solicitud de una madre y su hija víctimas de desplazamiento forzado, la primera, madre cabeza de familia, y la segunda, adolescente en condición de discapacidad.

2.2.2. Inmediatez

En lo que hace referencia al denominado requisito de inmediatez, la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia[63].

Sin embargo, dicha exigencia no supone establecer un término exacto para fijar su cumplimiento, sino que, en su estudio, deben tenerse en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad que permiten observar las circunstancias del caso concreto, las cuales

pueden justificar que se haya dejado transcurrir un plazo más amplio sin que ello suponga su ausencia.

Así las cosas, al analizar el cumplimiento de este requisito, la Sala lo encuentra acreditado en el sub judice, como quiera que entre la decisión de suspender las salidas de la adolescente a medio familiar el 2 de abril de 2018 y el 6 de junio siguiente -fecha en la que interpuso el recurso de amparo-, pasaron menos de 2 meses.

3. Planteamiento del caso

Por un lado, la señora DPCM considera que la Defensora de Familia vulneró los derechos de su hija y los suyos propios al debido proceso y a la familia con la decisión de suspender las salidas a medio familiar y las visitas en medio institucional, y por el otro, el procurador judicial destacado para realizar la vigilancia del caso considera que dichos derechos se han vulnerado con la decisión de alegar la excepción de inconstitucionalidad con respecto a la norma que impone términos perentorios para la realización del seguimiento a las medidas adoptadas dentro del PARD.

4. Problema jurídico

Por tanto, corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar, por un lado, si la Defensora de Familia vulneró el debido proceso y el derecho a la familia de DPCM y LFCM por haber ordenado la suspensión de salidas a medio familiar con base en la información que le fue suministrada por el Instituto para Niños Ciegos, operador en el que la adolescente se encuentra internada. Por otro, si el Instituto para Niños Ciegos vulneró el debido proceso y el derecho a la familia de DPCM y LFCM por haber puesto en conocimiento de la Defensora de Familia sus sospechas de abuso sexual sufrido por la adolescente. Y finalmente, si la Defensora de Familia vulneró el debido proceso y el derecho a la familia de DPCM y LFCM por exceder los términos máximos establecidos en la Ley para surtir el PARD.

Para responder el problema jurídico planteado, la Sala estudiará: (i) la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en el ordenamiento constitucional colombiano como expresión del principio del interés superior; (ii) el derecho de los menores

de edad a tener una familia y a no ser separados de ella; (iii) el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas; y (iv) el procedimiento de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; para después analizar (v) el caso concreto.

5. La prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en el ordenamiento constitucional colombiano como expresión del principio del interés superior. Reiteración de jurisprudencia[64]

La consideración de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos privilegiados de la sociedad, encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional a través de diversos instrumentos que les otorga un trato especial.

Entre los instrumentos internacionales a los que se hace referencia, se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en el numeral 2 del artículo 25 establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y la Declaración de los Derechos del Niño[65] que en el segundo de sus principios indica que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[66] dispone en el artículo 24 que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. Así mismo, el numeral 3 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[67], prevé que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. Y en el mismo sentido lo consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos[68] al establecer que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (artículo 19).

Por su parte, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño[69] se

considera que dicho grupo poblacional “necesita protección y cuidado especial”. Por ello, en el artículo 3 establece un deber especial de protección, en virtud del cual “los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”. Y en el artículo 3.1. dispone que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El Constituyente de 1991 privilegió dicho tratamiento especial de los niños, las niñas y los adolescentes al elevar sus derechos a una instancia de protección superior y reconocer su particular condición de estar iniciando la vida y encontrarse en situación de indefensión, por lo que la familia, la sociedad y el Estado han de procurar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución Política consagra la especial protección que debe brindar el Estado a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes en virtud de su condición de debilidad y extrema vulnerabilidad en razón de su corta edad e inexperiencia, deber de protección que también se encuentra desarrollado en los artículos 44 y 45 Superiores que establecen algunos de los derechos fundamentales de aquellos, y determina su prevalencia sobre los derechos de los demás.

Ahora, el artículo 8 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, define el interés superior del niño, la niña o el adolescente como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”, mientras que el artículo 9 subraya dicha prevalencia al disponer que “[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

En efecto, siempre se habrá de privilegiar el interés de dicho grupo poblacional, lo que significa que todas las medidas que les conciernen, “deben atender a este sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que los menores de edad reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembros de la sociedad”[70].

En esta lógica de preservación y protección del interés prevalente de los niños, las niñas y los adolescentes, la Corte ha resaltado “el trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los menores de edad. Es así como esta Corporación ha fijado unas reglas destinadas a asegurar que en el marco de procesos judiciales, las autoridades competentes propendan por la salvaguarda del bienestar de dichos sujetos”[71].

Para efectos de analizar cómo opera dicho interés superior, en Sentencia T-510 de 2003 la Sala de Revisión fijó unos estándares de satisfacción de este principio y los clasificó como fácticos y jurídicos. Los primeros exigen que se analicen íntegramente las circunstancias específicas del caso, mientras que los segundos se refieren “a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”[72], especialmente en razón del riesgo que pueda generar la discrecionalidad que se requiere para hacer este tipo de valoraciones.

Según la sentencia referida, son criterios jurídicos para determinar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes: (i) la garantía del desarrollo integral del menor de edad; (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares de tal forma que si se altera dicho equilibrio debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; (vi) la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares; y (vii) la evasión de cambios desfavorables en las condiciones de los niños involucrados[73].

Por tanto, siempre que las autoridades administrativas, judiciales o institucionales se

enfrenten a casos en los que puedan resultar afectados los derechos de un niño, una niña o un adolescente, “deberán aplicar el principio de primacía de su interés superior, y en particular acudir a los criterios fácticos y jurídicos fijados por la jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos”[74].

Ahora, en lo que corresponde a los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, el artículo 13 Superior ordena al Estado, tal como ya se mencionó, la protección especial de aquellos que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en debilidad manifiesta[75]. En efecto, el propósito del Constituyente en esta materia estuvo orientado a implementar y fortalecer la recuperación y la protección especial de quienes padecen algún tipo de patología que produzca disminución o pérdida física, sensorial o psíquica, incentivando así, el ejercicio real y efectivo de la igualdad[76].

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 1098 de 2006, sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad estipula:

“Para los efectos de esta ley, la discapacidad se entiende como una limitación física, cognitiva, mental, sensorial o cualquier otra, temporal o permanente de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida cotidiana.

Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo:

1. Al respeto por la diferencia y a disfrutar de una vida digna en condiciones de igualdad con las demás personas, que les permitan desarrollar al máximo sus potencialidades y su participación activa en la comunidad.
2. Todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrá derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado, rehabilitación y cuidados especiales en salud, educación, orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención. Igualmente

tendrán derecho a la educación gratuita en las entidades especializadas para el efecto.

Corresponderá al Gobierno Nacional determinar las instituciones de salud y educación que atenderán estos derechos. Al igual que el ente nacional encargado del pago respectivo y del trámite del cobro pertinente.

3. A la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria.

4. A ser destinatarios de acciones y de oportunidades para reducir su vulnerabilidad y permitir la participación en igualdad de condiciones con las demás personas.

PARÁGRAFO 1o. En el caso de los adolescentes que sufren severa discapacidad cognitiva permanente, sus padres o uno de ellos, deberá promover el proceso de interdicción ante la autoridad competente, antes de cumplir aquel la mayoría de edad, para que a partir de esta se le prorrogue indefinidamente su estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la ley.

PARÁGRAFO 3o. Autorícese al Gobierno Nacional, a los departamentos y a los municipios para celebrar convenios con entidades públicas y privadas para garantizar la atención en salud y el acceso a la educación especial de los niños, niñas y adolescentes con anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad.

El Estado garantizará el cumplimiento efectivo y permanente de los derechos de protección integral en educación, salud, rehabilitación y asistencia pública de los adolescentes con discapacidad cognitiva severa profunda, con posterioridad al cumplimiento de los dieciocho (18) años de edad”.

6. El derecho de los menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella

De acuerdo con la normativa constitucional, el Estado debe amparar la familia como institución básica de la sociedad (art. 5), como derecho de todas las personas (art. 42), y como derecho fundamental de los niños a no ser separados de ella (art. 44).

Por su parte, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 indica que “[L]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no

ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

Al respecto, la Corte Constitucional ha protegido en reiteradas ocasiones, por vía de control concreto de constitucionalidad, el derecho de los menores de edad a la familia y la consecuente prohibición de ser separados de ella, “en el entendido de que las relaciones de los padres con sus hijos deben propender por garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, lo que posibilita su estabilidad y facilita la confianza en sí mismos, la seguridad y los sentimientos de auto valoración”[77].

Sin embargo, también ha establecido que esa protección no es absoluta, puesto que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella “no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”[78].

En efecto, en sentencia T-510 de 2003 la Corte Constitucional detalló las pautas para la determinación en este sentido, así:

“3.2.4. Sobre el particular, la Sala enfatiza que al momento de establecer la idoneidad de un determinado grupo familiar, se han de tener en cuenta distintos tipos de circunstancias y razones que, dependiendo de su relevancia para el bienestar del menor individualmente considerado, serán más o menos determinantes de la decisión a tomar.

3.2.4.1. Así, en primer lugar, existen hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, dada su gravedad; tal es el caso de (a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños: “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos

riesgosos”.

3.2.4.2. En segundo lugar, existen circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones. En esta segunda categoría se incluyen todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres.

3.2.4.3. Por último, existen circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño. Estas reglas son especialmente pertinentes para la resolución del caso bajo estudio” (subrayado fuera de texto).

7. El debido proceso en procedimientos administrativos

En los términos del artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso es un derecho fundamental que debe garantizarse en todas las actuaciones procesales con independencia de su naturaleza judicial o administrativa.

Se trata pues, del “conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo”[80]. Por tanto, en virtud del principio de legalidad, “el mismo proceso, sus etapas y los recursos en él previstos son el escenario natural para su ejercicio y protección”[81].

En efecto, la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas, advierte la preocupación del Constituyente por asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas, de manera que el ejercicio de las funciones públicas tenga un alcance definido que aleje la posibilidad de adoptar decisiones que puedan tornarse caprichosas o arbitrarias.

Al respecto la Sentencia C-089 de 2011, precisó los principios generales que rigen el debido proceso en materia administrativa así: “(i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados”.

Y posteriormente, en sentencia C-610 de 2012, explicó que:

“Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías mínimas propias del derecho fundamental al debido proceso, son aplicables al procedimiento administrativo, y deben ser aseguradas durante su desarrollo a fin de garantizar el equilibrio entre los sujetos que resultan involucrados en una decisión administrativa, también ha advertido sobre las importantes diferencias que existen entre uno y otro procedimiento, derivadas de las distintas finalidades que persiguen. En este sentido ha indicado que “[M]ientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No

obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso”[82].

Por consiguiente, el respeto a las formas de cada juicio se impone como garantía del derecho fundamental al debido proceso, incluso, en los procedimientos administrativos.

8. El procedimiento de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, autoridades responsables y pérdida de competencia

Según el artículo 50 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, “se entiende por el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”, responsabilidad que, según el artículo 51, le compete al “Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales”.

El artículo 53 establece las medidas de restablecimiento que pueden ser decretadas por la autoridad competente, así: (i) amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; (ii) retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; (iii) ubicación inmediata en medio familiar; (iv) ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; (v) adopción; (vi) cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes; y (vii) promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

Además, para el restablecimiento de los derechos de niños, niñas, adolescentes y mayores

de 18 años de edad en situación de discapacidad, se cuenta con modalidades de apoyo y fortalecimiento a la familia y modalidades de atención en medio diferente a la familia o red vincular.

Es así como, el Lineamiento técnico para la atención de niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad, aprobado mediante Resolución Nro. 1516 de 2016 proferida por la directora general del ICBF -actualmente vigente-, en cumplimiento del parágrafo del artículo 11 del Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 38 del Decreto Nro. 987 de 2012, que deroga el Lineamiento aprobado mediante Resolución Nro. 5928 del 27 de diciembre de 2010, con el fin de modificarlo y poder así, atender las necesidades diferenciales de dicha población, dispuso lo necesario para garantizar entornos accesibles e incluyentes que conduzcan al goce efectivo de sus derechos, así[83]:

modalidad

Población titular de atención

Apoyo y

fortalecimiento a la familia

Apoyo

Niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad.

Mayores de 18 años con discapacidad mental cognitiva o mental psicosocial con una limitación severa en su desempeño, que al cumplir la mayoría de edad se encontraban

con declaratoria de adoptabilidad.

Hogar Gestor

Niños, niñas, adolescentes de 0 a 18 años, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad.

Mayores de 18 años, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad mental cognitiva o mental psicosocial con una limitación severa en su desempeño.

Niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad y situación de desplazamiento.

Externado medio

tiempo

Niños, niñas y adolescentes de 6 a 18 años, con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad.

Externado tiempo

completo

Niños, niñas y adolescentes de 6 a 18 años, con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad.

Modalidades

de atención

en medio

diferente a la

familia o

red vincular

Hogar Sustituto

Niños, niñas, adolescentes de 0 a 18 años, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad.

Mayores de 18 años con discapacidad, que al cumplir la mayoría de edad se encontraban con declaratoria de adoptabilidad.

Niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con enfermedad de cuidado especial.

Niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, víctimas de minas antipersonal, municiones sin explotar y artefactos explosivos improvisados y niños, niñas y adolescentes víctimas de acciones bélicas y de atentados terroristas en el marco del conflicto armado.

Internado

Discapacidad

Niños y niñas mayores de 7 años y adolescentes, con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad mental cognitiva. En esta modalidad solo se podrán ubicar niños o niñas menores de 7 años cuando el grado de severidad de sus deficiencias y limitaciones no permita una ubicación en medio familiar.

Mayores de 18 años con discapacidad mental cognitiva, que al cumplir la mayoría de edad se encontraban con declaratoria de adoptabilidad.

Internado

Discapacidad

mental

psicosocial

Niños y niñas mayores de 7 años y adolescentes, con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad mental psicosocial certificada por médico psiquiatra o neurólogo.

Mayores de 18 años con discapacidad mental psicosocial certificada por médico psiquiatra o neurólogo, que al cumplir la mayoría de edad se encontraban con declaratoria de adoptabilidad.

Ahora, para la implementación de dicho Lineamiento, debe tenerse en cuenta el (i) Lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados; el (ii) Lineamiento técnico del modelo para la atención de niños, niñas y adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, y el (iii) Lineamiento técnico de modalidades para la atención a niños, niñas y adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, los cuales definen la ruta de actuaciones, el

modelo de atención y las modalidades establecidas por el ICBF para la atención a niños, niñas o adolescentes con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, el proceso y las medidas de restablecimiento de derechos.

(i) El Lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados, aprobado mediante la Resolución del ICBF Nro. 1526 de 2016[84], establece que la actuación administrativa dentro del PARD deberá resolverse dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud, o de la apertura oficiosa de la investigación, término que podrá ampliarse hasta por 2 meses más, contados a partir del vencimiento de los 4 meses iniciales, sin que sea posible en ningún caso una nueva prórroga y siempre que medie autorización del Director Regional del ICBF en los términos de la Ley 1908 de 2006. Al respecto, la Sala advierte que dichos términos corresponden a la versión original del artículo 100 del Código de Infancia y Adolescencia el cual fue modificado mediante la Ley 1878 de 2018.

Surtido el trámite procesal, la autoridad administrativa, mediante resolución, proferirá el fallo correspondiente que deberá motivar con base en las pruebas que obren en el proceso y que puede emitirse (i) en declaratoria de vulneración de derechos caso en el cual se deberá continuar con el fortalecimiento de los vínculos familiares existentes además de que si durante la etapa de seguimiento se demuestra que han sido superadas plenamente las circunstancias que dieron lugar a la apertura del proceso administrativo (inobservancia, amenaza o vulneración), deberá procederse de manera oportuna a la ubicación del niño, niña o adolescente en su medio familiar; o (ii) en declaratoria de situación de adoptabilidad que depende exclusivamente del Defensor de familia quien deberá comprobar la ausencia de familia o que la existente no garantiza las condiciones para el ejercicio pleno de los derechos del menor de edad, siendo evidente la situación de abandono físico, emocional o psicoafectivo del niño, niña o adolescente por parte de su familia, lo que constituye la continuidad de la inobservancia, amenaza o vulneración con base en la cual se inició el procedimiento administrativo.

El seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por las autoridades administrativas estará a cargo del respectivo Coordinador del centro zonal del ICBF en su calidad de autoridad administrativa de acuerdo con lo estipulado en el artículo

96 de la Ley 1098 de 2006, tarea que deberá adelantar con apoyo de su equipo técnico interdisciplinario.

(ii) Por su parte, el Lineamiento técnico del modelo para la atención de niños, niñas y adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, fue aprobado mediante Resolución del ICBF Nro. 1519 de 2016[85], y está dirigido a proteger los derechos de los niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes y/o en periodo de lactancia, con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados; mayores de 18 años sin discapacidad en declaratoria de adoptabilidad y mayores de 18 años con discapacidad que al cumplir la mayoría de edad se encontraban en declaratoria de adoptabilidad. Se trata de un documento que “integra y describe el conjunto de acciones planificadas y organizadas para la atención de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado, con el fin de garantizar y promover el ejercicio pleno de sus derechos, prevenir su inobservancia, amenaza o vulneración y restablecer aquellos que les han sido vulnerados”. De esta manera, se desarrollan los componentes fundamentales para la implementación y desarrollo del modelo de atención durante el trámite del PARD.

Dentro del componente técnico, se destaca el principio de oportunidad con base en el cual “se posibilita que los niños, las niñas, los adolescentes, con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados y sus familias y/o redes vinculares de apoyo, tengan acceso a la atención en forma eficaz en el momento requerido. Para ello, el talento humano tanto de los equipos técnicos interdisciplinarios de las autoridades administrativas competentes como de los operadores responsables del proceso de atención, desarrollen de manera ética y pertinente sus actuaciones en dichos procesos” (subrayado fuera de texto). Lo anterior, con base en un enfoque sistémico que debe procurar el fortalecimiento de capacidades individuales, familiares, comunitarias y sociales, lo que implica “desarrollar procesos de apoyo y fortalecimiento a la familia, por lo cual tanto el equipo de la Autoridad Administrativa, como el equipo interdisciplinario de la modalidad deben desarrollar acciones durante todo el proceso de atención que favorezcan el contacto, ubicación y vinculación de las familias y redes vinculares de apoyo”, por lo que “por ningún motivo se podrá negar el derecho a las visitas o a la comunicación de los niños, las niñas y los adolescentes, con la familia o red vincular de apoyo, autoridades tradicionales, excepto en casos en que la autoridad administrativa lo haya determinado de manera justificada” (subrayado fuera de

texto).

(iii) Finalmente, el Lineamiento técnico de modalidades para la atención a niños, niñas y adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, aprobado mediante la Resolución del ICBF Nro. 1520 de 2016[86], “tiene como propósito describir las características generales y específicas de la atención integral a los niños, las niñas y adolescentes, en las diferentes modalidades donde son ubicados por la autoridad administrativa”, y establece, en consecuencia, las fases de los procesos de atención y demás acciones que permiten generar las condiciones para el efectivo restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Resulta útil para el caso que ahora se estudia, entender que la modalidad externado permite la atención por parte de las familias o redes vinculares de apoyo mediante la “intervención interdisciplinaria individual, familiar y acompañamiento para resolver las situaciones que dieron origen al ingreso al proceso administrativo de restablecimiento de derechos”, la cual puede ser de media jornada o de jornada completa. A esta modalidad podrán vincularse los niños, niñas y adolescentes de 2 a 18 años con derechos inobservados, amenazados o vulnerados con discapacidad mental cognitiva, y los mayores de 18 años que al cumplir la mayoría de edad se encuentren en PARD.

Ahora, siguiendo con el estudio de las disposiciones del Código de Infancia y Adolescencia, el artículo 81 impone a las defensorías de familia[87], los deberes de “1) Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran. (...) 6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas” (subrayado fuera de texto). Y en su cabeza radicó las funciones de “1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza. 2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes. (...) 16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito. (...)” (subrayado fuera de texto).

En relación con las autoridades competentes para adelantar el procedimiento administrativo, el artículo 96 dispone que las defensorías y comisarías de familia deben “procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código”, mientras que el seguimiento a las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por aquellas estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del ICBF[88].

Originalmente, el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006 estableció que la actuación administrativa iniciaba con la solicitud de protección de los derechos del niño, niña o adolescente que ellos, el representante legal o la persona que los tuviera bajo su cuidado o custodia hicieran ante el defensor o el comisario de familia, quienes al tener conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que el Código de Infancia y Adolescencia protege, y de ser competentes, debían abrir la respectiva investigación a través de providencia de apertura de investigación en la que ordenaban (i) la identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieran a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos; (ii) las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente; y (iii) la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente.

De acuerdo con lo que disponía el artículo 100 de la misma, si se tratase de asuntos no conciliables, o ante el fracaso de la conciliación cuando esta procedía, el funcionario corría traslado de la solicitud por 5 días a las demás personas interesadas o implicadas, para pronunciarse y aportar pruebas, término posterior al cual se fijaba fecha para realizar audiencia en la que después de practicar las que hubieren sido decretadas[89], se decidía a través de resolución susceptible de recurso de reposición que debía interponerse en la misma audiencia[90]. Resuelto, y ante la inconformidad expresada por alguna de las partes o el Ministerio Público, el expediente debía ser remitido al Juez de Familia para que, en un término no superior a 10 días, homologara el fallo[91].

El parágrafo 2 del artículo 100 establecía que

“[E]n todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar. Excepcionalmente y por solicitud razonada del defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, el director regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales, sin que exista en ningún caso nueva prórroga”[92] (subrayado fuera de texto).

Al respecto, la Corte Constitucional indicó, en sentencia C-228 de 2008, que con base en lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes “exige celeridad, oportunidad y eficacia en el desarrollo de las actuaciones estatales y la adopción de las decisiones correspondientes”, por lo que resulta razonable que ante el incumplimiento de los términos de los que goza la autoridad administrativa para decidir el procedimiento, se “disponga un mecanismo sustitutivo que permita resolver la solicitud formulada, la investigación oficiosa o el recurso de reposición en las citadas condiciones de celeridad, oportunidad y eficacia, y para tal efecto su asignación a la jurisdicción especializada es claramente adecuada”.

Y en sentencia C-740 de 2008, insistió que

Los artículos 99 y 100 de la Ley 1098 de 2006 fueron modificados por los artículos 3 y 4 de la Ley 1878 de 2018. A partir de entonces, la solicitud de protección puede ser elevada por cualquier persona, y la autoridad competente dará apertura al PARD, mediante auto contra el cual no procede recurso alguno en el que ordenará (i) la identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieran a su cargo; (ii) las medidas de restablecimiento de derechos provisionales de urgencia que se requieran para

la protección integral del niño, niña o adolescente; (iii) la entrevista al niño, niña o adolescente en concordancia con los artículos 26 y 105 del Código; y (iv) las prácticas de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente.

En todo caso, si la autoridad competente advierte la ocurrencia de un posible delito, deberá denunciarlo de manera inmediata, y en los casos de inobservancia de derechos, deberá movilizar a las entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, dictando las órdenes específicas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Una vez se dé apertura al PARD en favor de un niño, niña o adolescente, el funcionario notificará y correrá traslado del auto de apertura por 5 días a las personas que de conformidad con el artículo 99 del Código deben ser citadas, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer.

Vencido el traslado, la autoridad administrativa decretará de oficio o a solicitud de parte las pruebas que no hayan sido ordenadas en el auto de apertura siempre que sean conducentes, útiles y pertinentes; de ser practicadas fuera de audiencia, se correrá traslado a las partes por un término de 5 días para que se pronuncien conforme a las reglas establecidas en el procedimiento civil vigente, vencido el cual, mediante auto que será notificado por estado, se fijará fecha para la audiencia de pruebas y fallo, en donde se practicarán aquellas que no hayan sido adelantadas, se dará traslado de estas y se emitirá el fallo que en derecho corresponda, el cual es susceptible de recurso de reposición que deberá interponerse verbalmente en la audiencia. Resuelto, y ante la inconformidad expresada por alguna de las partes o el Ministerio Público, el expediente debe ser remitido dentro de los 15 días siguientes a su ejecutoria al Juez de Familia, para que en un término no superior a 20 días homologue el fallo.

Además, incluyó un trámite adicional que se surte cuando la autoridad administrativa no define la situación jurídica del niño, niña o adolescente dentro de los términos indicados, así:

“(…) En todo caso, la definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración

de los derechos del menor de edad, término que será improrrogable y no podrá extenderse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá dentro de los tres (3) días siguientes el expediente al juez de familia para que resuelva el recurso o defina la situación jurídica del niño, niña o adolescente en un término máximo de dos (2) meses. Cuando el juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

El juez resolverá en un término no superior a dos (2) meses, contados a partir del día siguiente a la radicación del proceso, so pena que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Si el juez no resuelve el proceso en este término, perderá competencia para seguir conociendo del asunto, remitirá inmediatamente el expediente al juez de familia que le sigue en turno y se pondrá en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura.

En los casos que la autoridad administrativa pierda competencia y no remita el proceso al Juez de Familia dentro del término señalado en este artículo, el Director Regional del ICBF estará facultado para remitirlo al juez de familia.

PARÁGRAFO 1o. En caso de evidenciarse vulneración de derechos susceptibles de conciliación en cualquier etapa del proceso, el funcionario provocará la conciliación y en caso de que fracase o se declare fallida, mediante resolución motivada fijará las obligaciones provisionales respecto a custodia, alimentos y visitas y en caso de que alguna de las partes lo solicite dentro de los cinco (5) días siguientes, el funcionario presentará demanda ante el Juez competente.

PARÁGRAFO 2o. La subsanación de los yerros que se produzcan en el trámite administrativo, podrán hacerse mediante auto que decrete la nulidad de la actuación específica, siempre y cuando se evidencien antes del vencimiento del término para definir la situación jurídica; en caso de haberse superado este término, la autoridad administrativa competente no podrá subsanar la actuación y deberá remitir el expediente al Juez de

Familia para su revisión, quien determinará si hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado y en estos casos, resolver de fondo la situación jurídica del niño, niña y adolescente conforme los términos establecidos en esta ley e informará a la Procuraduría General de la Nación.

PARÁGRAFO 3o. Para el efectivo cumplimiento de este artículo, los entes territoriales y el ICBF, dentro de su organización administrativa adoptarán las medidas necesarias para que la información respecto a la presunta vulneración o amenaza de derechos se ponga en conocimiento de la autoridad administrativa en el menor tiempo posible.

PARÁGRAFO 4o. El incumplimiento de los términos para la tramitación y decisión del proceso administrativo de restablecimiento de derechos por parte de las autoridades administrativas y judiciales será causal de falta gravísima.

PARÁGRAFO 5o. Son causales de nulidad del proceso de restablecimiento de derechos las contempladas en el Código General del Proceso, las cuales deberán ser decretadas mediante auto motivado, susceptible de recurso de reposición, siempre y cuando se evidencien antes del vencimiento del término de seis (6) meses señalado anteriormente. En caso de haberse superado este término, la autoridad administrativa deberá remitir el expediente al Juez de Familia para que asuma la competencia.

PARÁGRAFO 6o. En todo caso, ante cualquier vacío jurídico deberá remitirse a lo reglamentado en la legislación procesal civil vigente.

PARÁGRAFO 7o. Cuando la definición de la situación jurídica concluya con resolución que deje en firme el consentimiento para la adopción, deberá adelantar el trámite establecido en los incisos 2 y 3 del artículo 108 del presente Código” (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, entre las modificaciones introducidas por la Ley 1878 de 2018, se tiene que la definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente -de manera improrrogable- dentro de los 6 meses siguientes al conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, por lo que vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá el

expediente al juez de familia para que resuelva el recurso o defina la situación jurídica del niño, niña o adolescente, caso en el cual, deberá informar a la Procuraduría General de la Nación para que promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Por tanto, al igual que en los artículos originales de la Ley 1098 de 2006, los nuevos términos para la actuación administrativa de restablecimiento de derechos de los niños, niñas o adolescentes son perentorios, porque buscan favorecer el interés superior de la población objeto del proceso, y responder a las exigencias de celeridad, oportunidad y eficacia en el desarrollo de las actuaciones estatales.

Sobre la pérdida de competencia del Defensor de Familia, esta Corporación ha sostenido que:

“En virtud de lo consagrado en el Art. 1 de la Constitución, el Estado colombiano es un Estado Social de Derecho, una de cuyas características fundamentales es la sujeción de todos los habitantes al ordenamiento jurídico (Arts. 4, 6 y 95 C. Pol.). Ello explica que por regla general los actos de la Administración Pública estén sometidos al control de legalidad por parte de la rama jurisdiccional, cuya función general es “decir el Derecho” con carácter definitivo.

(...)

Por estas razones, en el presente asunto es constitucionalmente válido que, por razón del interés superior del niño y la protección especial que le confieren la Constitución colombiana y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, el Art. 100, inciso 4o, de la Ley 1098 de 2006 someta las decisiones administrativas adoptadas por los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia, en relación con dicha protección, a la homologación o confirmación de los Jueces de Familia, que tienen carácter especializado, por petición de una de las partes o del Ministerio Público. En el mismo sentido, es constitucionalmente válido que el párrafo 2o del mismo artículo establezca que si la autoridad administrativa no toma su decisión sobre la actuación o sobre el recurso de reposición dentro del término legal correspondiente, pierda la competencia y deba remitir el expediente al Juez de Familia para que adelante la actuación o el proceso respectivo.

En ambos casos se pone de manifiesto el interés plausible del legislador de otorgar

efectividad a la protección especial de los menores, mediante decisiones calificadas por parte de una jurisdicción especializada, que otorgan certeza con carácter definitivo y confieren también celeridad al reconocimiento de sus derechos”[93] (subrayado fuera de texto).

A su turno, el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006 establecía que la autoridad administrativa que haya adoptado las medidas de protección procedentes, podía modificarlas o suspenderlas cuando se hubiere demostrado la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas a través de resolución que se notificaba mediante aviso, y que estaría sometida tanto al recurso de reposición como al control judicial establecidos en el artículo 100, siempre que no se hubiera surtido la homologación, por parte del juez, de la declaratoria de adoptabilidad o decretado la adopción.

Con la modificación introducida a través del artículo 6 de la Ley 1878 de 2018, se detalló el procedimiento a seguir cuando estén demostradas las alteraciones de las circunstancias que dieron lugar a la adopción de las medidas de restablecimiento de derechos, caso en el cual, la autoridad administrativa competente podrá modificarlas a través de resolución proferida en audiencia y sometida a los mecanismos de oposición establecidos en el artículo 100 de la misma cuando la modificación se genere con posterioridad a dicha actuación. Cuando el cambio se produzca antes de la audiencia de pruebas y fallo, se hará mediante auto motivado que será notificado por estado y no tendrá ningún recurso.

Además, dicha norma indica que

“En los procesos donde se declare en situación de vulneración de derechos a los niños, niñas y adolescentes, la autoridad administrativa deberá hacer seguimiento por un término que no exceda seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo, término en el cual determinará si procede el cierre del proceso cuando el niño, niña o adolescente esté ubicado en medio familiar y ya se hubiera superado la vulneración de derechos; el reintegro al medio familiar cuando el niño se hubiera encontrado institucionalizado y la familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos; o la declaratoria de adoptabilidad cuando del seguimiento se hubiera establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos.

En los casos excepcionales que la autoridad administrativa considere que debe superarse el

término de seguimiento, deberá prorrogarlo mediante resolución motivada por un término que no podrá exceder de seis (6) meses, contados a partir del vencimiento del término de seguimiento inicial. La prórroga deberá notificarse por Estado.

En ningún caso el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos con el seguimiento podrá exceder los dieciocho (18) meses, contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa hasta la declaratoria de adoptabilidad o el reintegro del niño, niña o adolescente a su medio familiar.

Cuando la autoridad administrativa supere los términos establecidos en este artículo sin resolver de fondo la situación jurídica o cuando excedió el término inicial de seguimiento sin emitir la prórroga, perderá competencia de manera inmediata y deberá remitir el expediente al Juez de Familia para que este decida de fondo la situación jurídica en un término no superior a dos (2) meses. Si la autoridad administrativa no remite el expediente, el Director Regional hará la remisión al Juez de Familia” (subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 13 de la Ley 1878 de 2018, “[L]os procesos en curso al entrar en vigencia la presente ley, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación: 1. Los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos que no cuenten aún con la definición de la situación jurídica establecida en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, deberán ser fallados conforme la legislación vigente al momento de su apertura. Una vez se encuentre en firme la declaratoria en situación de vulneración o adoptabilidad se continuará el trámite de seguimiento de acuerdo con lo previsto en la presente ley. 2. Respecto de los procesos que se encuentran con declaratoria en situación de vulneración de derechos, se deberá aplicar lo dispuesto en la presente ley para el seguimiento de las medidas, cuyo término se contará a partir de la expedición de la presente ley”.

En este orden de ideas, en el caso sub judice, la norma aplicable es la Ley 1878 de 2018 por cuanto al entrar en vigencia ya se había resuelto la situación jurídica de LFCM y lo que estaba en discusión era el cambio de modalidad en la atención que se le presta por su condición de discapacidad, análisis que fue suspendido con ocasión de la denuncia penal interpuesta contra la madre de LFCM por presunto abuso sexual.

9. El caso concreto

9.1. La Defensora de familia no vulneró el debido proceso ni el derecho a la familia de DPCM y LFCM por haber ordenado la suspensión de salidas a medio familiar

De acuerdo con lo consignado en la historia de atención de LFCM en la que consta el seguimiento al PARD[95], el 26 de enero de 2005 el ICBF solicitó constituir hogar biológico en favor de la niña en situación de desplazamiento forzado[96], por cuanto su madre requería apoyo de los programas para niños con discapacidad debido a la limitación visual de aquella[97]. Dicha solicitud fue respaldada en informe rendido el 12 de abril de 2005 por la trabajadora social del centro zonal de Ciudad Bolívar del ICBF[98], de manera que mediante Resolución Nro. 018 del 13 de mayo de 2005, proferida por la Defensora de familia Luz Dary Meléndez, se resolvió constituir en hogar biológico[99] a la solicitante en favor de su hija, con el fin de garantizarle el derecho a la salud con base en el artículo 9 del decreto 2737 de 1989[100].

El 27 de marzo de 2007, en el “informe de aula de apoyo de tiflogología” suscrito por la licenciada en educación especial destacada para el caso, se propuso solicitar “ingreso al Instituto para Niños Ciegos Fundación Juan Antonio Pardo Ospina o Hogar Luz y Vida, escuelas especiales donde se adelantan acompañamientos a estos niños de forma más individualizada y donde también puede adelantar estudios avanzados si lo requiere”[101]. Lo anterior, con base en los antecedentes de la historia clínica de LFCM, según los cuales tiene secuelas de encefalopatía hipóxica perinatal y prematuridad, retardo global del desarrollo con mayor compromiso del lenguaje, déficit mental leve y déficit visual severo.

De acuerdo con la certificación emitida el 27 de abril de 2007 por la rectora académica del Instituto, LFCM se encuentra interna de lunes a viernes y comparte los fines de semana con su progenitora[102].

Posteriormente, el 29 de mayo de 2012, a través de la Resolución Nro. 0112-2012 por medio de la cual se adoptaron medidas para el restablecimiento de los derechos de aquella, proferida por el Defensor de familia Luis Orlando Sánchez, se resolvió su situación jurídica así: “ARTÍCULO PRIMERO. Reintegrar al [sic] niña LFCM en cabeza de su progenitora señora DPCM, a quien se le otorga la custodia y el cuidado provisional de la niña quien se compromete a cuidarla y responder en todo sentido por ella ante el ICBF. (...) ARTÍCULO SEGUNDO. Ubicar al [sic] niña LFCM en la institución con perfil para discapacidad bajo la

modalidad internado, esto como medida de restablecimiento de derechos en razón de su discapacidad”[103].

En la misma fecha (i) dictó Resolución Nro. 0113-2012 por medio de la cual se decretó el cierre del hogar gestor en favor de la niña LFCM[104]; (ii) emitió boleta de ubicación en la que indicó que le fue asignado un cupo en medio institucional con perfil de discapacidad[105]; y (iii) autorizó que continuaran las salidas a medio familiar los fines de semana “en donde la progenitora la recogería los días viernes en horas de la tarde y la regresa los días lunes en horas de la mañana, salvo los días que son festivos en donde la regresará los días martes. Es de anotar que estas salidas son autorizadas de carácter permanente por lo que no requiere cada fin de semana una autorización”[106].

Desde entonces, LFCM continuó ubicada en el Instituto para Niños Ciegos, interna de lunes a viernes y con salidas a medio familiar los fines de semana.

Sin embargo, a través de correo electrónico enviado a la Defensora de familia Sandra Fonseca el 26 de marzo de 2018 por el equipo psicosocial del Instituto para Niños se consignó lo siguiente: “Por medio de la presente nos dirigimos a usted con el fin de informarle frente al comportamiento sexual de la NNAJ LFCM, esto ya que el día de hoy 26/03/2018 la adolescente llegó de salida medio familiar con la progenitora presentando conductas sexuales marcadas, esto se evidenció debido a que la docente estaba realizando una actividad con el grupo de NNAJ en la cual se debían acostar en el piso frente a esto la adolescente empieza a presentar movimientos sexuales marcados en los cuales realiza movimientos pélvicos y se acaricia los senos a la par realiza sonidos simulando gemidos diciendo “que rico dale más”, por otro lado es importante mencionar que la adolescente llegó del fin de semana con acento de la costa atlántica marcado, mencionando palabras como “muñequera”, entre otras lo cual es preocupante ya que la progenitora refiere que vive sola y que la NNJA no comparte espacio con otras personas, la adolescente también llegó mencionado diferentes frases tales como “vamos a fumar marihuana, uy es viernes tomemos aguardiente, néctar rojo”, entre otras, por ende consideramos de gran importancia hacer llegar a la Defensora dicha información, con el fin de tomar medidas preventivas frente a la presente información”[107].

Al respecto, se cuenta con: (i) el relato de Rosalba Rodríguez quien estuvo presente durante

la realización de los supuestos “movimientos sexuales marcados” y que consignó por escrito el 13 de abril de 2018, en documento en el que se lee: “frente a los comportamientos de la joven LFCM, ya que en una actividad realizada el día 26 de marzo del 2018, enfocado en relajación [sic] se realiza los chicos se acuestan a escuchar música de relajación y observo que LFCM hace los movimientos que realiza a diario pero cuando está en una silla acompañado con gemidos”[108]; y (ii) el relato de la psicóloga Juliana Pinillos, consignado por escrito el 16 de abril del mismo año, en los siguientes términos: “el día lunes 26 de marzo me dirigí al aula de clases de la cuidadora Rosalba Rodríguez para preguntar frente a como [sic] se encontraban los NNAJ, frente a eso me refirió que la adolescente LFCM estaba realizando diferentes comportamientos relacionados con el acto sexual, es importante mencionar que LFCM llegó de salida a medio familiar con la progenitora, según lo referido por la cuidadora esto se evidenció debido a que estaba realizando una actividad con el grupo de NNAJ en la cual se debían acostar en el piso, frente a esto la adolescente empieza a presentar movimientos pélvicos marcados se acaricia los senos, a la par realiza sonidos simulando gemidos diciendo “que rico dale más”. Por otro lado es importante mencionar que al encontrarme en el aula realice [sic] una observación no participante, donde evidencie [sic] que la adolescente tenía un acento de la costa atlántica marcado, mencionando palabras tales como “muñequera”, entre otras, lo cual es preocupante ya que la progenitora refiere que vive sola y que la LFCM no comparte espacio con otras personas, la adolescente también menciona diferentes frases tales como “vamos a fumar marihuana... uy es viernes tomemos aguardiente, néctar rojo”, entre otras, por ende se consideró de gran importancia hacer llegar a la Defensora dicha información, frente a esto se envió de forma inmediata vía internet un correo electrónico a la Defensora de familia Sandra Fonseca con el fin de que orientara al equipo psicosocial frente a las medidas preventivas de la situación presentada”[109].

El 2 de abril siguiente, también mediante correo electrónico, la Defensora de familia Sandra Fonseca, se dirigió al equipo psicosocial del Instituto y ordenó la suspensión de las salidas a medio familiar así: “Buen día, teniendo en cuenta esta información se cancela autorización de salidas de la adolescente con su progenitora, de igual manera me permito solicitar, me informen por este medio cómo llegó la adolescente con la salida de este fin de semana”[110]. Mediante oficio Nro. 11-10042-135 suscrito en la misma fecha, solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, valorar a LFCM por presunto abuso sexual, pero en el informe pericial de la clínica forense realizado el 5 de abril siguiente, se

indicó que no se adelantó el examen por ser necesario realizarlo bajo sedación en centro médico especializado[111].

El 3 de abril de la misma anualidad, el equipo psicosocial del Instituto para Niños Ciegos informó a la Defensora, a través de correo electrónico, que en la misma fecha se reunieron con la señora DPCM en la que se le notificó la suspensión de salidas a medio familiar por haberse interpuesto en su contra denuncia penal por presunto abuso sexual, con base en “las conductas sexuales que estaba presentando LFCM y del vocabulario poco apropiado que refería la NNAJ”, frente a lo cual la progenitora explicó que tiene “una vecina costeña y relaciona el vocabulario de LFCM con el tipo de música y palabras que escucha LFCM por cercanía a su lugar de vivienda. A su [sic] manifiesta preocupación por afectación emocional de LFCM con respecto a las salidas, por otro lado la progenitora menciona que queda a la espera de las medidas que tome Defensora de familia de acuerdo a la decisión del día de hoy y el acta que se adjunta cuenta con la disponibilidad y disposición para presentarse a defensoría de familia si la citan, ya que refiere que ‘si voy sin cita no me atienden’”[112].

El 6 de abril siguiente, “la Sra. DPCM progenitora de la adolescente asiste a la institución por citación realizada para capacitación a padres de familia. Allí se le notifica que, por instrucción telefónica de defensoría de familia, LFCM continúa con suspensión de salidas a medio familiar, pero cuenta con visitas en medio institucional bajo supervisión de psicología, frente a esto, la Sra. DPCM se muestra disgustada y se retira de la institución sin asistir a la capacitación y sin realizar la visita a la adolescente. El día 13 de abril asiste a la institución el equipo de la defensoría de familia a realizar el seguimiento al artículo 105, en el cual se establece “la progenitora debe presentarse al centro zonal el día 16 de abril a las 11:00 am. Se suspende autorización visitas en medio institucional y acompañamiento a citas médicas”[113].

Como se dijo ad supra, dentro de las funciones radicadas en cabeza de las defensorías de familia a través del artículo 81 de la Ley 1098 de 2006, está la de adelantar, de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas y adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza; adoptar las medidas de restablecimiento necesarias para detener la violación o amenaza de los derechos de aquellos; y formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.

Por tanto, ante la información suministrada por el Instituto para Niños Ciegos, la Defensora de familia estaba en la obligación de interponer la denuncia penal que efectivamente presentó, y de adoptar las medidas que considerara pertinentes para detener la presunta violación de los derechos de aquella, por lo que la decisión de suspender las salidas a medio familiar, ante los hechos que le fueron puestos en conocimiento, no sólo resultó conducente sino proporcional, pues, además, mantuvo la autorización de visitas semanales supervisadas con el fin de proteger el interés superior de LFCM y evitar el deterioro grave de las relaciones familiares que resulta de la falta de contacto.

Estos hechos están siendo investigados por la autoridad competente que reportó mediante oficio Nro. 20330-04-49014 suscrito el 12 de septiembre de 2018, que “las diligencias fueron conocidas inicialmente por fiscalía 319 seccional, donde se elaboró el plan metodológico 10/05/2018. En virtud de la reestructuración fueron reasignadas, al igual que otras 200 carpetas aproximadamente de varias fiscalías, en el caso que nos ocupa me las entregaron físicamente el 30 de agosto de 2018. Revisada la actuación con la celeridad que se requiere, en el día de hoy impartí orden a policía judicial SIJIN investigador Raúl Beltrán Vargas, en relación con los hechos enunciados. Las actuaciones actualmente se encuentran en etapa de indagación bajo los parámetros de la ley 906 de 2004”[114].

Por lo anterior, a efectos de proteger los derechos de la adolescente, resulta conveniente que la autoridad investigativa resuelva con prontitud la etapa de indagación con el fin de decidir sobre el archivo o no de las diligencias en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004[115]. Al efecto, se ordenará el envío de una copia del expediente de tutela que ahora se decide para que cuente con mayores elementos de convicción.

Por otro lado, reposa en el plenario solicitud elevada por la señora DPCM a la Personería de Bogotá, en la que requiere “que se realice [sic] los exámenes competentes que me confirme el estado de mi hija LFCM, donde me dé a conocer si existe tal delito de abuso sexual, ya que temo que en la Fundación Juan Pardo Ospina no tengan los cuidados y atenciones pertinentes con la niña y haya ocurrido algún hecho que vulnere su integridad y posteriormente me culpen de ello”[116].

Por no obrar respuesta de dicha entidad, y ante la evidente desconfianza de la tutelante con respecto a las condiciones de seguridad e integridad que el Instituto para Niños Ciegos

ofrece a su hija, se solicitará la intervención del Comité Técnico Consultivo para el Restablecimiento de Derechos creado mediante la Resolución del ICBF Nro. 7397 de 2017, para que, (i) dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión, se reúna a efectos de conformar un equipo interdisciplinario en el que participen un psicólogo forense infantil con experiencia en casos de abuso sexual, un trabajador social, el Procurador 128 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, y el Fiscal Seccional 49 de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales; (ii) dicho equipo tendrá como objetivo valorar a LFCM -dentro de los 3 días siguientes a la fecha de la realización del comité consultivo-, para determinar si hay necesidad de trasladarla a otro centro especializado mientras el Juez de Familia que asumirá el conocimiento del caso profiere la decisión definitiva; (iii) el cumplimiento de la decisión que adopte, estará a cargo de la Dirección de Protección del ICBF.

9.2. El Instituto para Niños Ciegos no vulneró el debido proceso ni el derecho a la familia de DPCM y LFCM por haber puesto en conocimiento de la Defensora de familia sus sospechas, pero debe capacitarse sobre el manejo de información sensible y reservada, y sobre el natural desarrollo de la sexualidad de los niños, niñas y adolescentes

Respecto a las acciones que adelantó el Instituto para Niños Ciegos ante la sospecha de abuso sexual en medio familiar dentro del PARD de LFCM, la Sala encuentra que no vulneró el debido proceso ni el derecho a la familia de esta y su madre por haber puesto el tema en conocimiento de la Defensora de familia, pero considera que debe capacitarse sobre el manejo de información sensible y reservada.

El Instituto para Niños Ciegos, “presenta una vinculación contractual con el ICBF, para la atención integral a NNAJ en condición de discapacidad que tiene un proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos”[122], y por lo tanto es sujeto de control por parte del ICBF.

En este orden de ideas, el Instituto para Niños Ciegos debió limitarse a poner en conocimiento de la autoridad competente las conductas que consideró sospechosas -tal como en efecto lo hizo- y a volcar sus esfuerzos multidisciplinarios hacia la evaluación y protección de la supuesta víctima, y abstenerse de interpretar la información sobre un relato de hechos que pudo haber desfigurado los originales. Lo anterior, con base en el

contenido del Código Ético y los Lineamientos institucionales cuyos postulados está llamada a cumplir.

Por un lado, el Código Ético incluye la obligación de respetar y reservar “la historia de vida de los niños, las niñas y adolescentes a cargo, sin explorar sobre la misma o pretender profundizar en información específica, que esté por fuera de aportar al restablecimiento de derechos y que no obedezca al interés superior”[123], lo que -en contrapartida- invita a abstenerse de suprimir o agregar información que no cuente con el respectivo soporte, por cuanto se podría inducir en error a las autoridades competentes para realizar las investigaciones a las que hubiere lugar.

Por el otro, el Lineamiento técnico para la atención de niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad, aprobado mediante Resolución Nro. 1516 de 2016, incluye -dentro de las actuaciones especializadas en la atención de la población con discapacidad-, jornadas de educación en salud sexual y reproductiva con contenidos ajustados a los niveles de comprensión de los niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad a su cargo, además de la orientación tanto a la población objeto de las medidas como a las familias o red vincular de apoyo en el manejo de la sexualidad del niño, niña, adolescente o mayor de 18 años con discapacidad[124].

Más importante aún, detalla actuaciones especializadas relacionadas con (i) la elaboración y socialización con los profesionales y personas a cargo de los niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad, para implementar los protocolos de salidas pedagógicas, traslados, prevención de accidentes, evasiones, maltrato, abuso sexual y fallecimiento, entre otros, que se consideren necesarios, teniendo en cuenta las características de los beneficiarios; y con (ii) la estructuración y desarrollo de procesos de formación complementaria dirigida a profesionales y personas encargadas de la atención de los niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad.

Para el diseño de los contenidos y herramientas de los procesos de formación complementaria, dicho Lineamiento advierte que es importante tener en cuenta componentes de género, orientación sexual, diversidad étnica y cultural, acompañamiento psicosocial y salud sexual y reproductiva, con el fin de abordar -de manera integral- las

particularidades y necesidades de los niños, niñas, adolescentes y adultos con discapacidad. En este campo un asunto trascendental es el de la garantía de los derechos sexuales y reproductivos a las personas con discapacidad y en particular de las niñas y adolescentes mujeres.

Por tanto, la prestación de servicios a dicha población requiere una continua formación y actualización de los conocimientos de los profesionales y personal asistencial responsables de su atención, “siendo fundamental cualificar el servicio y generar condiciones favorables para la garantía y el restablecimiento de los derechos en el marco de la corresponsabilidad”[125]. Esta capacitación complementaria hace referencia a los planes de capacitación que debe entregar anualmente el operador al ICBF, que han de incluir las estrategias para su implementación.

Es así como, los operadores constituidos en “instituciones creadas con la misión de brindar cuidado y protección a los niños, niñas y adolescentes, [que] asumen temporalmente la corresponsabilidad con el Estado, y otras instituciones”[126] , deben velar por la pertinencia de las acciones tendientes a la búsqueda del mejoramiento de las condiciones de vida mediante el respeto por los derechos que otorga la condición humana, lo que de suyo implica una rigurosidad extrema en el manejo de la información que producen por los impactos que la misma tiene sobre el PARD[127].

Al respecto, considera la Sala de especial importancia que el ICBF evalúe los planes de capacitación que anualmente ha debido entregar el Instituto para Niños Ciegos, con el fin de verificar que dentro de los procesos de formación complementaria, esté incluida la capacitación a sus propios equipos de apoyo con el fin de formarlos (i) en el natural desarrollo de la sexualidad de los niños, niñas y adolescentes, y en la identificación de momentos y espacios propicios para la privacidad e intimidad; y (ii) en el manejo objetivo de información sensible y reservada bajo estrictos estándares técnicos que impidan su distorsión. De no registrar capacitación alguna sobre el tema, habrá de ordenarla y hacerle seguimiento con el fin de cumplir con los objetivos indicados en el mencionado Lineamiento. En todo caso, se ordenará directamente al Instituto para Niños Ciegos que incluya dentro de sus planes de capacitación anuales, dichos temas.

Lo anterior, en atención al artículo 16 de la ley 1098 de 2006, que establece el deber de

vigilancia del Estado a todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el ICBF o sin ella, que aún con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden niños, niñas o adolescentes, y ratifica la competencia del ICBF como ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en los términos establecidos en la resolución Nro. 3435 de 2016 por la cual se establece el “régimen especial para otorgar, reconocer, suspender, renovar y cancelar las personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las instituciones del Sistema Nacional de Bienestar Familiar que prestan servicios de protección integral”.

Se entiende que si bien las organizaciones contratadas para la operación del servicio son autónomas en el desarrollo del proceso de selección del talento humano en sus diferentes áreas, siempre que cumplan con el perfil establecido en los lineamientos técnicos elaborados por el ICBF en cada modalidad, corresponde a los supervisores de contratos de las regionales del ICBF y sus equipos, adelantar la función verificadora del cumplimiento de obligaciones contractuales, además del seguimiento y monitoreo de la prestación del servicio en las diferentes modalidades del sistema[128].

9.3. La Defensora de familia vulneró el debido proceso y el derecho a la familia de DPCM y LFCM por exceder los términos máximos establecidos en la Ley para surtir el PARD

Dentro del procedimiento administrativo plurimencionado, el 29 de mayo de 2012, a través de la Resolución Nro. 0112-2012 por medio de la cual se adoptaron medidas para el restablecimiento de los derechos de LFCM, proferida por el defensor de familia Luis Orlando Sánchez, se resolvió su situación jurídica reintegrándola “en cabeza de su progenitora señora DPCM, a quien se le otorga la custodia y el cuidado provisional de la niña quien se compromete a cuidarla y responder en todo sentido por ella ante el ICBF” [129]. A su vez, se decidió ubicarla “en la institución con perfil para discapacidad bajo la modalidad internado, esto como medida de restablecimiento de derechos en razón de su discapacidad”[130].

Si bien consta el seguimiento realizado por la autoridad administrativa y diversos intentos por reubicarla en medio familiar, obra prueba de que la señora DPCM, en varias ocasiones solicitó posponer la decisión por diversas razones. Es así como, en informe social rendido el

6 de octubre de 2015 se indicó que no está de acuerdo con el cambio de modalidad a semi internado para su hija “porque ella regresa de sus actividades laborales a las 11 PM”[131]. Posteriormente, en valoración sociofamiliar realizada el 31 de enero de 2017, ante la notificación de la preparación para cambio de modalidad a externado jornada completa, “la progenitora refirió que aún no cuenta con las condiciones habitacionales y económicas para garantizar los derechos a su hija, por lo cual solicita que se le brinde mayor tiempo mientras se estabiliza laboralmente y adquiere vivienda propia cerca de la institución que le facilite el traslado de su hija a la misma”[132].

Es tan solo a mediados del año 2017 que manifestó estar en posibilidad de aceptar un cambio de modalidad en la atención de su hija, intención que quedó consignada en el informe de seguimiento social realizado el 21 de junio de 2017 por la trabajadora social asignada por el ICBF, en el que indicó: “La progenitora durante el seguimiento se muestra tranquila, establece emocionalmente y participativa, expresa que frente a lo que viene en su proyecto de vida que busca estar con su hija en los espacios y tiempos en los que no ha podido estar con ella y a nivel individual va a concursar en las diferentes ofertas de empleo de carrera o contratista para mayor estabilidad laboral. Teniendo en cuenta que en institución se ha reportado que la Sra. se evidencia comprometida con el proceso de su hija, establece, con condiciones habitacionales adecuadas y con el deseo de tener a su hija en medio familiar con apoyo de externado jornada completa, se sugiere solicitar cupo para modalidad externado, sin embargo, es necesario que se tenga establecido la ruta con el fin de evitar inconvenientes al momento de contar con el cupo”[133].

En consecuencia, el 24 de julio de 2017 se realizó solicitud de cupo para cambio de modalidad[134], proceso que estaba en desarrollo al momento en el que se suspendieron las salidas a medio familiar por presunto abuso sexual denunciado ante la autoridad competente.

El 9 de julio de 2018 la Defensora de familia Sandra Fonseca, profirió la Resolución Nro. 01914 por medio de la cual resolvió prorrogar “por 6 meses más” el término de seguimiento a la medida de restablecimiento de LFCM con el fin de definir si la progenitora u otro miembro de la familia pueden garantizar los derechos en medio familiar, pues según lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 1878 de 2018 “en los casos excepcionales que la autoridad administrativa considere que debe superarse el término de seguimiento, deberá

mediante resolución motivada prorrogar el seguimiento por un término que no podrá exceder de seis (6) meses contados a partir del vencimiento del término inicial”[135].

El último informe psicosocial que reposa en el expediente fue suscrito el 11 de septiembre de 2018 por el centro zonal San Cristóbal del ICBF con el objetivo de determinar las condiciones psicológicas y psicosociales actuales de LFCM, y de su red de apoyo, a fin de determinar la medida más adecuada para el restablecimiento definitivo de sus derechos hasta ahora vulnerados, en el que se lee: “De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta la permanencia del adolescente en protección, declarado en vulneración de derechos se consideraría pertinente que se defina la situación legal de LFCM en aras de brindar una garantía de derechos, atención integral y mantener una calidad de vida digna acorde a su condición de discapacidad. A la fecha la progenitora no cuenta con autorización de visitas a su hija teniendo en cuenta que manifestó no aceptar visitas supervisadas decisión que se toma por Defensora de familia al ser informada sobre presunto abuso sexual hacia la adolescente estando en medio familiar”[136].

Sin embargo, ante la inminencia del vencimiento del término máximo otorgado por la ley para finalizar el procedimiento administrativo, la Defensora adoptó dos decisiones que, en concepto de la Sala, vulneraron el debido proceso de las demandantes:

1. En Resolución Nro. 02412 del 20 de diciembre de 2018 concluyó que “De las pruebas recaudadas se desprende, en todo momento se procuró el reintegro a medio familiar de LFCM con su progenitora, a pesar de ello fue la progenitora quien se negó a recibirla, se le solicitó a la progenitora copia de contrato para establecer ingresos, a pesar de ello no los presentó ni aportó dirección clara de su lugar de trabajo. En el mes de diciembre de dos mil dieciocho la señora DPCM después de habersele indagado varias veces por familia extensa, ante presencia del Procurador aporta datos, trabajadora social de defensoría estableció comunicación con familia extensa y se desplazó a realizar visita domiciliaria, sin embargo la familia no demostró disposición para recibir a LFCM en contexto familiar. Conforme lo anterior, a la presente fecha, la señora DPCM, no ha demostrado ser garante para los derechos de su hija, con la cancelación de cita médica y falta de suministro de medicamentos se atenta contra su derecho a la salud, de igual manera el último correo electrónico de la Institución reportó la progenitora manifestó que no era su deber realizar gestiones médicas, lo que demuestra en caso que asumiera la custodia de su hija no sería

garante de los derechos a la salud de la niña. Ahora bien, la Corte Constitucional emitió orden a este Despacho solicitando se garantizaran visitas a la progenitora, las que se están garantizando, sin embargo en aras de continuar garantizando un desarrollo y proyecto de vida a la adolescente, debe modificarse la medida de protección tomada por la declaratoria de adoptabilidad, pues conforme la modificación de la Ley 1098 de 2006, corresponde o reintegro a medio familiar o adoptabilidad, frente a la negativa en el proceso de la progenitora y la falta de gestiones para recibir a su hija, así como la negativa de la familia extensa para recibirla esta defensoría RESUELVE. PRIMERO. Declárese en situación de adoptabilidad”.

Al respecto, es preciso recordar que “esta Corporación determinó que el interés superior del niño abarca tres dimensiones, a saber: (i) como derecho sustantivo a que el interés superior del niño sea una consideración primordial que se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses, cuando se deba tomar una decisión sobre una cuestión debatida; (ii) como principio jurídico interpretativo fundamental, conforme al cual, cuando una disposición jurídica admita más de una interpretación, se debe elegir aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y (iii) como norma de procedimiento, según la cual siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a uno o más niños, se deberá incluir una evaluación de las posibles repercusiones de la decisión en el o los menores de edad involucrados y dejar de presente explícitamente que se tuvo en cuenta ese derecho”[137].

Además, ha establecido elementos que las autoridades administrativas y judiciales competentes deben considerar al decretar la medida de restablecimiento de derechos, así:

“(i) ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos; (ii) deben además responder a una lógica de gradación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; (iii) por tanto, deben sujetarse al principio de proporcionalidad; (iv) se deben adoptar por un término razonable; (v) cuando impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para

cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar; (vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño; (vii); no pueden basarse únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia; y (viii) en ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño[138]” (subrayado fuera de texto).

Para la Sala, la motivación que tuvo la Defensora para proferir la decisión no corresponde a la realidad, pues si bien es cierto que la progenitora se abstuvo de suministrar el medicamento psiquiátrico, aceptó el tratamiento y dice estarlo cumpliendo gracias a las recomendaciones realizadas por el personal de apoyo del Instituto y de los médicos tratantes. Al respecto se recuerda que “[T]ratándose de aquellos funcionarios que por motivo de su trabajo diariamente tienen que enfrentarse a la durísima realidad del país, es particularmente importante hacer un esfuerzo adicional para que el dolor ajeno no se convierta en algo que por cotidiano se torne en deshumanizador”[141].

2. En todo caso, contra dicha decisión se alzó la demandante, recurso que fue resuelto por la misma autoridad administrativa mediante Resolución Nro. 2422 del 24 de diciembre de 2018, así: “Conforme lo anterior, es claro que a la presente fecha y con los informes recibidos, declarar a LFCM en situación de adoptabilidad no es coherente con las diligencias que ha presentado la progenitora a pesar de las dificultades presentadas por lo tanto el deber de aplicar frente a los términos establecidos por la Ley 1098 de 2006 la excepción de inconstitucionalidad conforme a lo establecido la Corte Constitucional sentencia SU 132 de 2013 (...) a la fecha no está totalmente demostrado que la progenitora brinde plena garantía a los derechos de su hija y tampoco se ha desvirtuado que exista vínculo y que la adolescente pueda haber sido víctima de abuso sexual en medio familiar por ello no se pueden realizar exigencias a la progenitora para que se movilice si no se cuenta con avances en la investigación penal. Conforme a lo expuesto esta Defensoría dispone: PRIMERO. Revocar la resolución 2412 proferida el día el día [sic] veinte (20) de diciembre del año dos mil dieciocho (2018). SEGUNDO: Aplicar excepción de inconstitucionalidad, inaplicando los términos establecidos en la Ley 1098 de 2006 para la medida de restablecimiento de derechos (...)”.

Para la Sala es diáfana la premura que tenía la Defensora de familia para decidir, sin importar cómo, la situación de LFCM ante el inminente vencimiento de los términos que la ley le otorgaba para adoptar una decisión, pues si la resolución por medio de la cual prorrogó el término para hacer seguimiento fue proferida el 9 de julio de 2018 (6 meses después de la entrada en vigor de la ley modificatoria del Código de Infancia y Adolescencia que impuso los términos para el seguimiento y su prórroga), tenía hasta el 9 de enero de 2019 para decidir, pero ante el supuestamente insuficiente acervo probatorio para hacerlo, decidió inaplicar la norma por excepción de inconstitucionalidad.

Sobre el plazo máximo de 18 meses al que alude el artículo 6 de la Ley 1878 de 2018, se tiene noticia sobre los esfuerzos de capacitación a las autoridades administrativas competentes y sus equipos técnicos interdisciplinarios realizados por la oficina central del ICBF, además de las opiniones de carácter técnico jurídico que en virtud de la resolución 1688 de 2017 ha emitido la coordinación de autoridades administrativas con el fin de brindar asistencia[142].

No obstante lo anterior, la decisión de inaplicar la norma sobre el plazo máximo para adelantar el PARD no responde a la intención ni del Legislador, ni del ICBF en su calidad de ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, de garantizar el carácter provisional y transitorio de las medidas de restablecimiento de derechos a las que haya lugar y que ha hecho público en los siguientes términos:

“Lo anterior, toda vez que la permanencia de las medidas de restablecimiento de derechos y por ende de las modalidades de atención es transitoria y lo esperado es que los NNAJ egresen de las diferentes modalidades de restablecimiento de derechos en el menor tiempo posible, y así retornar al medio familiar gozando de todos sus derechos, entre estos, el derecho a tener una familia y no ser separado de esta, evitando así las altas permanencias en los servicios de protección.

(...)

El PARD no está atado al término de duración de un tratamiento médico o psicológico, ya que la finalidad de este tipo de situaciones es la de proferir las ordenes necesarias para restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo cual es necesario que los diferentes sectores intervengan de manera sistemática en el acompañamiento. La

definición de protección integral contempla en su esencia el principio de corresponsabilidad, que reconoce en los diversos sectores que componen la institución pública o privada una responsabilidad en la protección de los niños, niñas y adolescentes de cara a sus competencias. Por tanto, una situación de discapacidad es susceptible de ser abordada desde diferentes sectores por medio de intervenciones integrales que permitan una sostenibilidad y una continuidad que se traduzca en la superación de la situación de riesgo.

(...)

Ampliando lo anterior, cabe resaltar que las personas con discapacidad son sujetos de derechos, cuya agencia y autonomía ha sido reconocida a través de diferentes instrumentos normativos; que la discapacidad no configura por sí sola una situación de amenaza o vulneración para los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

Es claro, entonces, que en el sub judice los términos están ampliamente vencidos, por lo que cualquier pronunciamiento de fondo que profiera la Defensora resulta extemporáneo, circunstancia que configura una pérdida de competencia, de conformidad con lo previsto en el inciso 6 del artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, y en consecuencia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para que adelante la actuación o el proceso respectivo.

Sobre la imposibilidad de extender los términos dentro del PARD, la Sentencia C-228 de 2008, indicó:

“Por otra parte, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección especial que debe dispensarles el Estado, además de la familia y la sociedad, exige celeridad, oportunidad y eficacia en el desarrollo de las actuaciones estatales y la adopción de las decisiones correspondientes. Por ello es razonable que la expresión demandada señale los términos mencionados para resolver tanto la actuación administrativa como el recurso de reposición que procede contra dicha resolución.

En el mismo sentido, también es razonable que si el funcionario administrativo competente incumple esos términos, el legislador disponga un mecanismo sustitutivo que permita resolver la solicitud formulada, la investigación oficiosa o el recurso de reposición en las citadas condiciones de celeridad, oportunidad y eficacia, y para tal efecto su asignación a la

jurisdicción especializada es claramente adecuada. Ante ella, como está contemplado en las normas procedimentales respectivas, los interesados podrán hacer valer sus derechos y ejercer el derecho de defensa”.

En el mismo sentido en la Sentencia C-740 de 2008, señaló:

“Es constitucionalmente válido que, por razón del interés superior del niño y la protección especial que le confieren la Constitución colombiana y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, se sometan las decisiones administrativas adoptadas por los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia, en relación con dicha protección, a la homologación o confirmación de los Jueces de Familia, que tienen carácter especializado, por petición de una de las partes o del Ministerio Público y que si la autoridad administrativa no toma su decisión sobre la actuación o sobre el recurso de reposición dentro del término legal correspondiente, pierda la competencia y deba remitir el expediente al Juez de Familia para que adelante la actuación o el proceso respectivo. En ambos casos se pone de manifiesto el interés plausible del legislador de otorgar efectividad a la protección especial de los menores, mediante decisiones calificadas por parte de una jurisdicción especializada, que otorgan certeza con carácter definitivo y confieren también celeridad al reconocimiento de sus derechos”.

Por tanto, el traslado de competencia a los Jueces de Familia es una obligación legal que procura garantizar la celeridad y eficacia en el restablecimiento de los derechos de los menores de edad, evitando que la definición de su situación jurídica se dilate en el tiempo y en consecuencia la garantía de sus derechos quede en suspenso, por lo que a este se le impone la obligación de conocer y adoptar todas las medidas establecidas en el Código de Infancia y Adolescencia, no sólo por lo dispuesto en esa normativa, sino por lo incluido por el legislador en el numeral 20 del artículo 21 del Código General del Proceso, así:

“Competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia. Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 20. Resolver sobre el restablecimiento de derechos de la infancia cuando el defensor de familia o el comisario de familia hubiere perdido competencia”[144].

En consecuencia, la decisión de inaplicar la norma que regula la competencia temporal de los Defensores de familia dentro de los PARDs -en este caso concreto- vulneró el debido

proceso de la adolescente y su madre por falta de motivación, así como la garantía de los principios de celeridad y eficiencia que deben regir el proceso para procurar la oportunidad de las decisiones respecto del menor de edad. Es decir, que la alegada excepción de inconstitucionalidad, en el sub lite no tiene la entidad suficiente para suspender los términos y, por tanto, se declarará la falta de competencia y se remitirá a reparto para que el juez de familia asuma conocimiento. Adicionalmente se solicitará al Procurador judicial II que conoce del caso, hacer seguimiento e intervenir en el proceso.

9.4. Cuestiones finales

9.4.1. De acuerdo con las pruebas aportadas en sede de tutela por la oficina asesora jurídica del ICBF[145] a propósito de la queja elevada por la señora DPCM en contra de Ruth Zolany Mora Gutiérrez y Sandra Fonseca Alfonso quienes fungían para la época de los hechos como Coordinadora y Defensora de familia respectivamente, adscritas al Centro Zonal San Cristóbal de la Regional Bogotá del ICBF, por presuntas irregularidades en el PARD de LFCM, el 29 de octubre de 2018 informó que se encuentra en indagación preliminar. Sin embargo, reposa en el plenario copia de auto inhibitorio proferido el 1 de octubre de 2018 por la Oficina de Control Interno Disciplinario, en el que se abstuvo de adelantar la actuación disciplinaria iniciada por la queja interpuesta por la señora DPCM contra la Defensora de familia Sandra Fonseca por las presuntas irregularidades durante el PARD, al suspender sus salidas a medio familiar. La Sala hace un llamado para que la entidad reporte a las autoridades judiciales información consistente y veraz para evitar este tipo de confusiones.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos para fallar sobre el caso de la referencia.

SEGUNDO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva de Diana Arboleda

quien supuestamente funge como directora regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por no obrar prueba de su calidad ni la vinculación al proceso.

TERCERO: REVOCAR las decisiones judiciales proferidas el 23 de julio de 2018 por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá que confirmó la dictada el 26 de junio de 2018 por el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá. En su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la familia de DPCM y LFCM, en los términos señalados en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: Como medida provisional, ORDENAR mantener la suspensión del cumplimiento de la orden de restricción de visitas dictada por la Defensoría de Familia del Centro Zonal San Cristóbal Sur en Bogotá el día 6 de abril de 2018, y en consecuencia AUTORIZAR a DPCM a visitar a su hija en medio institucional sin supervisión, y acompañarla a las consultas y procedimientos médicos que se requiera, hasta tanto el Juez de familia que sea asignado al caso, dicte la respectiva sentencia dentro del PARD.

SEXTO: ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación, enviar copia completa del expediente de la referencia al Fiscal Seccional 49 de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales para lo de su competencia.

SÉPTIMO: SOLICITAR la intervención del Comité Técnico Consultivo para el Restablecimiento de Derechos creado mediante la Resolución del ICBF Nro. 7397 de 2017, para que: (i) dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión, se reúna a efectos de conformar un equipo interdisciplinario en el que participen un psicólogo forense infantil con experiencia en casos de abuso sexual, un trabajador social, el Procurador 128 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, y el Fiscal seccional 49 de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales; (ii) Dicho equipo tendrá como objetivo valorar a LFCM -dentro de los 3 días siguientes a la fecha de la realización del comité consultivo-, para determinar si hay necesidad de trasladarla a otro centro especializado mientras el Juez de Familia que asumirá el conocimiento del caso profiere la decisión definitiva; (iii) El cumplimiento de la decisión que adopte, estará a cargo de la Dirección de Protección del ICBF.

OCTAVO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, evaluar los planes de capacitación que anualmente ha debido entregar el Instituto para Niños Ciegos Fundación

Juan Pardo Ospina, con el fin de verificar que dentro de los procesos de formación complementaria, esté incluida la capacitación a sus propios equipos de apoyo con el fin de formarlos (i) en el natural desarrollo de la sexualidad de los niños, niñas y adolescentes, y en la identificación de momentos y espacios propicios para la privacidad e intimidad; y (ii) en el manejo objetivo de información sensible y reservada bajo estrictos estándares técnicos que impidan su distorsión. De no registrar capacitación alguna sobre el tema, habrá de ordenarla y hacerle seguimiento en los términos dispuestos en la presente providencia.

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

Notifíquese, comuníquese, cópiese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folio 11 del cuaderno de tutela.

[2] Folio 11 cuaderno de tutela.

[3] Transformado en hogar gestor a partir de 2006.

[4] Folio 32 cuaderno de pruebas.

[5] Folio 41 cuaderno de pruebas.

[6] Folio 47 y 52 cuaderno de pruebas.

[7] Folio 136 cuaderno de pruebas.

[8] Folio 155 cuaderno de pruebas.

[9] Folio 144 cuaderno de pruebas. Expresa la psicóloga: “teniendo en cuenta que la progenitora es la única responsable por la niña y esta no cuenta con red de apoyo que pueda contribuir o colaborar con el cuidado de LFCM, se requiere apoyo modalidad internado para la misma”.

[10] Folio 156 cuaderno de pruebas.

[11] “Resolución No. 0112-2012 (29 de mayo de 2012). Historia de atención No. 11ª 1003-2006. Por medio de la cual se aplican medidas para el restablecimiento de los derechos de la niña LFCM.

El suscrito defensor del centro zonal de Ciudad Bolívar, en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas por los artículos 20, 50, 51, 52, 53, 56, 79, 82, 96 y concordantes de la ley 1098 de 2006, el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo y teniendo en cuenta los siguientes:

Hechos

1. La niña LFCM es hija de la señora DPCM, tal y como consta en el registro civil de nacimiento.
2. Mediante escrito del 26 de enero de 2005 la trabajadora social hace solicitud de cupo en el programa de hoja biológico para la niña LFCM en condición de desplazamiento y discapacidad física (invidente).
3. Obra en el expediente auto de avoco de fecha 15 de marzo de 2005.
4. Reposa en el plenario informe social de fecha 18 de abril de 2005 por medio del cual se conceptualiza la pertinencia de asignación de hoja biológico a la niña LFCM.

5. Por medio de resolución número 018 del 13 de mayo de 2005 se ordena la constitución de hogar biológico a favor de la niña LFCSM.
6. El día 20 de junio de 2006 la defensora de familia, doctora Claudia Esteban profiere auto de avoco del expediente 11ª 1003-2004 [sic].
7. La defensora de familia doctora Doris Cecilia Gómez Profiere auto de avoco de fecha 26 de febrero de 2006.
8. De fecha 30 de noviembre de 2010 el defensor de familia doctor Luís Orlando Sánchez emite auto de avoco.
9. Por medio de memorando el defensor de familia solicita cupo en institución en la Institución para Niños Ciegos, Fundación Juan Antonio Pardo Ospina.
10. Obra en el plenario escrito por medio del cual la señora DFCM en calidad de progenitora de la NNA LFCM solicita le sea asignado cupo en institución bajo modalidad de internado.
11. Que una vez valorado por las áreas de psicología, se conceptúa que la niña requiere de la institución solicitada bajo la modalidad de internado, así como también se evidencia compromiso por parte de la progenitora para asumir el cuidado de la niña.

Actuación procesal

El despacho observa que la actuación procesal se ha desarrollado en legal forma, en consecuencia, no hay lugar a que posteriormente se puedan alegar nulidades, por lo que esta defensoría procede a resolver la situación jurídica de la niña LFCM.

(...)

Resuelve

Artículo segundo: Esta defensoría de familia amonesta a la progenitora de la niña LFCM, señora DPCM identificada con la cédula de ciudadanía XXX, previniéndole que si e [sic] la niña por alguna circunstancia ingresa al área de asuntos no conciliables del ICBF, por descuido, maltrato, negligencia o cualquiera de las causales que establece la ley de

infancia y la adolescencia sobre la situación de vulnerabilidad, que signifiquen el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta diligencia, acarreará sanción de multa equivalente al valor de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios legales, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada día de salario diario mínimo legal de multa, sin perjuicio de las medidas de restablecimiento que ordenen a favor del niño [sic].

Artículo tercero: ubicar a la niña LFCM, en la institución con perfil para discapacidad bajo la modalidad internado, esto como medida de restablecimiento de derechos, en razón a su discapacidad. (...)” (subrayado fuera de texto).

[12] Folio 165 cuaderno de pruebas.

[13] Folio 152 cuaderno de pruebas.

[14] Folio 163 cuaderno de pruebas.

[15] Folio 400 cuaderno de pruebas.

[16] Folio 417 cuaderno de pruebas.

[17] Niños, niñas, adolescentes y jóvenes.

[18] Folio 41 cuaderno de tutela.

[19] Folio 45 cuaderno de tutela.

[20] Folio 50 cuaderno de tutela.

[21] Folio 54 (reverso) cuaderno de tutela.

[22] Folio 42 cuaderno de tutela.

[23] Folio 56 cuaderno de tutela.

[24] Folio 135 cuaderno de tutela.

[25] Folio 14 cuaderno de tutela.

[26] Folio 9 del cuaderno de tutela.

[27] Folio 11 cuaderno de tutela.

[28] Folio 481 cuaderno de tutela.

[29] Folio 513 cuaderno de pruebas.

[30] Folio 14 del cuaderno de revisión.

[31] Folio 168 cuaderno de tutela.

[32] Folio 172 cuaderno de tutela.

[33] Folio 21 del cuaderno de tutela.

[34] Folio 1 del cuaderno de tutela en primera instancia.

[35] Folio 72 del cuaderno de tutela.

[36] Folio 28 del cuaderno de tutela.

[37] Folio 36 del cuaderno de tutela.

[39] Folio 41 del cuaderno de tutela.

[40] Folio 41 reverso del cuaderno de tutela.

[41] Folio 45 del cuaderno de tutela.

[42] Folio 49 del cuaderno de tutela.

[43] Folio 42 del cuaderno de tutela.

[44] Folio 8 del cuaderno de tutela.

[45] Folio 94 del cuaderno de tutela.

[46] Folio 105 del cuaderno de tutela.

[47] Folio 106 del cuaderno de tutela.

[48] Folio 14 del cuaderno de revisión.

[49] Folio 35 del cuaderno de revisión.

[50] Norma modificada por la Ley 1878 de 2018.

[51] Folio 36 del cuaderno de revisión.

[52] Folio 192 del cuaderno de revisión.

[53] Folio 37 del cuaderno de revisión.

[54] Folio 42 del cuaderno de revisión.

[55] Folio 64 del cuaderno de revisión.

[56] Folio 82 del cuaderno de revisión.

[57] Folio 86 del cuaderno de revisión.

[58] Folio 135 del cuaderno de revisión.

[59] Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

[60] Folio 8 del cuaderno de tutela en segunda instancia.

[61] Folio 11 del cuaderno de tutela en primera instancia.

[62] Folio 21 del cuaderno de tutela en primera instancia.

[63] Así lo dispone el artículo 86 Superior.

[64] Se siguen de cerca las Sentencias de la Corte Constitucional T-387 de 2016, T-398 de 2017 y T-005 de 2018.

[66] Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso

de la República mediante Ley 74 de 1968.

[67] Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

[68] Aprobada por la Ley 16 de 1972.

[69] Este instrumento hace parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, integra el ordenamiento interno de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política.

[70] Corte Constitucional, Sentencia T-767 de 2013.

[71] Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2013.

[72] Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

[73] Esta regla fue formulada en las Sentencias de la Corte Constitucional T-397 de 2004 y T-572 de 2010.

[74] Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2016.

[75] Artículo 13 de la Constitución Política: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

[76] Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2016.

[77] Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2016.

[78] Corte Constitucional, Sentencia C-997 de 2004.

[79] Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2014.

[80] Ídem.

[81] Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2015.

[82] Corte Constitucional, Sentencia C-610 de 2012.

[83] Lineamiento técnico para la atención de niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad, aprobado mediante resolución 1516 de 2016.

[84] Modificado por las Resoluciones ICBF 7547 de 2016; y 8720 de 2018.

[85] Modificado por las Resoluciones ICBF 5864, 7959 y 13367 de 2016; la 245 y 7398 de 2017; y la 14612 de 2018.

[86] Modificado por las Resoluciones ICBF 5863, 7960 y 13366 de 2016; y las 244, 1261 y 7399 de 2017; y la 14611 de 2018.

[87] Dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

[88] De acuerdo con el artículo 98 de la misma normativa, en los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que este Código le atribuye serán cumplidas por el comisario de familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía. La declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia.

[89] Cuando lo estime aconsejable para la averiguación de los hechos, el defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, podrán ordenar que el equipo técnico interdisciplinario de la defensoría o de la comisaría, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial.

[90] “De otro lado, la ausencia de previsión de dicha segunda instancia en relación con las decisiones de los Defensores de Familia se justifica por la misma urgencia indicada y porque el Art. 100 demandado contempla que resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para que homologue el fallo, si dentro de los cinco (5) días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad. En esta forma, se establece un control judicial de legalidad de las decisiones

administrativas en esa materia, que ostensiblemente amplía la protección especial de los niños, niñas y adolescentes”. Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2008.

[91] “Sobre esta base, la falta de previsión de la segunda instancia en relación con las sentencias dictadas por los Jueces de Familia y los Jueces Municipales no se revela contraria a los preceptos constitucionales, ni al principio de proporcionalidad, en cuanto permite una decisión pronta y definitiva, con valor de cosa juzgada, de los conflictos relativos a la asistencia y protección de los niños, niñas y adolescentes, como lo requiere el interés superior que la Constitución y el Derecho Internacional les reconocen”. Corte Constitucional, Ídem.

[92] En concepto 153 de 2014 emitido por la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, se dijo: “La prórroga otorgada en el parágrafo 2 del artículo 100, solo debe ser utilizada de forma excepcional y cuando existan razones fundadas que imposibilitan a la autoridad administrativa definir la situación jurídica del niño, niña y adolescente dentro del término fijado en el Código de la Infancia y la Adolescencia. Así las cosas, por el carácter que tiene el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y el análisis que se haga de la solicitud de prórroga no deberá extenderse en el tiempo, sino que por el contrario se le deberá dar toda la prioridad que reviste y resolverla de manera célebre, a efectos de no vulnerar los derechos del niño, niña y adolescente involucrados”.

[93] Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2008.

[94] “El hecho de que dicho cargo no exista en la planta de personal respectiva, como lo afirman los demandantes, no vulnera el citado principio, y en tal situación lo que lógicamente debe hacerse es crearlo en aquella, para cumplir la ley que asigna esa competencia, mediante la aplicación de las normas constitucionales, legales y reglamentarias aplicables”. Corte Constitucional, C-228 de 2008.

[95] Folio 35 del cuaderno de revisión. Prueba aportada en sede de revisión por el ICBF – Regional Bogotá, Centro Zonal San Cristóbal.

[96] Folio 27 cuaderno de pruebas.

[97] Folio 6 cuaderno de pruebas.

[98] Folio 18 del cuaderno de pruebas.

[99] Transformado en hogar gestor a partir de 2006.

[100] Folio 32 cuaderno de pruebas.

[101] Folio 41 cuaderno de pruebas.

[102] Folio 47 y 52 cuaderno de pruebas.

[103] Folio 156 cuaderno de pruebas.

[104] Folio 165 cuaderno de pruebas.

[105] Folio 152 cuaderno de pruebas.

[106] Folio 163 cuaderno de pruebas.

[107] Folio 41 del cuaderno de tutela.

[108] Folio 465 cuaderno de pruebas.

[109] Folio 466 cuaderno de pruebas.

[110] Folio 41 reverso del cuaderno de tutela.

[112] Folio 42 del cuaderno de tutela.

[113] Folio 461 cuaderno de pruebas.

[114] Folio 513 cuaderno de pruebas.

[115] Artículo 79. “Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”. Se advierte que con respecto a la frase subrayada, la Corte Constitucional condicionó en el sentido de que corresponde a tipicidad

objetiva y la decisión del fiscal deberá ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones.

[116] Folio 14 del cuaderno de tutela en primera instancia.

[117] Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones.

[118] Por el cual se reglamentan las leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7o. de 1979. Artículos compilados en el Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación.

[119] Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación.

[120] Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

[121] Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones.

[122] <http://www.institutoparaninosciegos.org/educacion/modalidades> Revisado el 15 de junio de 2019.

[123] Lineamiento técnico del modelo para la atención de los niños, las niñas y los adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, Página 81 y ss., aprobado mediante Resolución No. 1519 de febrero 23 de 2016.

[124] Página 34 Op Cit.

[125] Página 44 Ídem.

[126] Lineamiento técnico del modelo para la atención de los niños, las niñas y adolescentes con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, aprobado mediante Resolución No. 1519 de febrero 23 de 2016, modificado mediante Resoluciones Nros. 5864 de junio 22 de 2016, 7959 de agosto 10 de 2016, 13367 de diciembre 23 de 2016, 245 de

enero 20 de 2017, 1262 de marzo 2 de 2017, 7398 de agosto 24 de 2017 y 14612 de diciembre 17 de 2018.

[127] Dicho Lineamiento dispone que “[L]a no observación de los cuidados y protocolos expuestos en dicho código, conllevará sanciones acordes con la gravedad del incumplimiento, previa investigación y desarrollo del debido proceso establecido para tal fin”.

[128] Comunicación Nro. S-2018-773636-0101 del ICBF. Respuesta ofrecida el 27 de diciembre de 2018 por el ICBF al Secretario General de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, con ocasión de un debate de control político al sector.

[129] Folio 156 cuaderno de pruebas.

[130] Folio 156 cuaderno de pruebas.

[131] Folio 348 cuaderno de pruebas.

[132] Folio 36 del cuaderno de tutela.

[133] Folio 400 cuaderno de pruebas.

[134] Folio 417 cuaderno de pruebas.

[135] Folio 481 cuaderno de pruebas.

[136] Folio 507 cuaderno de pruebas.

[137] Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2016.

[138] Corte Constitucional, Sentencia T-580A de 2011.

[139] Folio 36 del cuaderno de tutela.

[140] Folio 400 cuaderno de pruebas.

[141] Corte Constitucional, Sentencia T-723 de 1999.

[142] Comunicación Nro. S-2018-773636-0101 del ICBF. Respuesta ofrecida el 27 de diciembre de 2018 por el ICBF al Secretario General de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, con ocasión de un debate de control político al sector.

[143] Corte Constitucional, Sentencia T- 608 de 2007.

[144] El artículo 17 numeral 6 establece que cuando en el municipio no haya juez de familia o promiscuo de familia, los asuntos atribuidos al juez de familia en única instancia, los conocerán, los jueces civiles municipales.

[145] Folio 36 del cuaderno de revisión.