

JUEZ DE TUTELA Y CASO EN QUE SE VERIFIQUE UN VERDADERO DAÑO CONSUMADO- Supuestos que se deben distinguir

Cabe preguntarse cuál es la conducta a seguir por parte del la juez de tutela en el caso en el que se verifique la existencia de un verdadero daño consumado teniendo en cuenta que, como se dijo, cualquiera de sus órdenes sería inocua. Para responder a este interrogante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos. El primero de ellos se presenta cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que “la acción de tutela no procederá.... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado (...)”. Esto quiere decir que el juez de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño. El segundo supuesto tiene lugar cuando el daño se consume en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el juez de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión: (i) Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado. (ii) Hagan una advertencia “a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991. (iii) informen al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la

reparación del daño. (iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño. Para ejemplificar la hipótesis del daño consumado durante el transcurso del proceso de tutela resulta útil traer a colación dos casos similares al presente, los cuales fueron decididos por esta Corte mediante las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008.

CAMBIO DE UBICACION DE MENORES DE HOGAR AMIGO A HOGAR SUSTITUTO/JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO- Caso en que los menores ya fueron reubicados en nuevo hogar sustituto

En el presente asunto, como se dijo, se pretendía que el juez de tutela ordenara suspender la medida del Defensor de Familia dirigida a cambiar la ubicación de los menores, del cuidado de familia XY al cuidado de un nuevo hogar sustituto. Esto con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores, en el sentido de evitar que fueran separados de la familia XY de manera intempestiva, pues convivieron con ellos durante 10 meses; por lo que se solicitó ordenar al Defensor en cuestión, otorgar un tiempo razonable y prudencial para hacer efectiva la medida. Como quiera que la medida consistente en el cambio de ubicación ya se hizo efectiva, la orden en el sentido solicitado por los demandantes tendría como consecuencia aquello que precisamente se pretendía evitar con la demanda de tutela. Es decir, en pro de garantizar la estabilidad emocional de los menores y hacer razonable y gradual el cambio de entorno afectivo de los mismos, se terminaría por profundizar aún más el carácter voluble de los vínculos afectivos construidos por los infantes, derivado de los constantes cambios de entorno familiar. Advierte la Sala entonces que en el presente caso se presenta una carencia actual de objeto porque la orden del juez de amparo carece de sentido en relación con la vulneración alegada, y por el contrario agravaría la situación de los menores porque produce justamente aquello que se buscaba evitar para ellos.

CAMBIO DE HOGAR SUSTITUTO Y ACTUACION DEL ICBF-Manejo prudencial del componente afectivo que en este caso fue descuidado al hacer efectiva la medida de cambio de ubicación de los menores/REQUERIMIENTO AL ICBF PARA QUE ELABORE PROTOCOLO

No se encuentra razón alguna para que en casos como el presente el ICBF se abstenga de tomar medidas de coordinación con las familias que ejercen el cuidado temporal de los

menores en tanto se decide su situación jurídica. De hecho, a primera vista parece ser el camino coherente con aquello que buscan las medidas de restablecimiento de derechos del menor (art 53 CIA), consistentes en adelantar procesos de adaptación justificados en que su condición de menores así lo exige. Y dicha condición, según el mismo CIA también, tiene un importante y mayoritario componente afectivo. Aquello que hace especial las medidas de nuestro sistema jurídico respecto de la garantía de los derechos de los menores, es el reconocimiento de que su vulnerabilidad no se reduce a la alimentación, la vivienda, el vestido y otras necesidades básicas de este tipo, sino sobre todo a las necesidades afectivas. De lo expuesto se puede concluir que esta clase de medidas para modificar el entorno de cuidado temporal de los menores deben considerar el manejo prudencial del componente afectivo, lo cual sin duda fue descuidado por ICBF en el presente caso, pues pretendió que al día siguiente del aviso a la familia XY sobre la medida de cambio de ubicación, los menores fueran entregados al Defensor de Familia. Por lo anterior, la Sala considera pertinente requerir al ICBF para elaborar un protocolo que regule la consideración, forma de aplicación y surtimiento de las etapas necesarias para la implementación de medidas para modificar el entorno de cuidado temporal de los menores, con el fin de dar un manejo prudencial del componente afectivo que ello supone.

Referencia: expediente T-2833248

Acción de tutela interpuesta por XX y YY contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., cinco (5) de mayo de dos mil once (2011)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela en el asunto de la referencia, dictados por el Juzgado Veintisiete Administrativo del Circuito de Medellín el 12 de julio de 2010 en primera instancia (Fls 178 a 195); y por el Tribunal Administrativo de Antioquia –Sala Novena de Decisión, del 24 de agosto de 2010, en segunda instancia (Fls 224 a 233).

PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD

En el presente caso debe aclararse que por estar involucrados menores de edad, así como personas que de manera voluntaria intervinieron temporalmente en su cuidado, la Sala ha decidido no hacer mención de sus nombres como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomarán medidas para impedir su identificación, reemplazando el nombre por convenciones a las que se hará referencia en el relato de los hechos que enmarcan el caso. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará que la Secretaría de esta Corporación y que las autoridades judiciales de instancia guarden estricta reserva respecto de las identidades referidas.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El día 5 de agosto de 2009 el ICBF hizo entrega de los menores AA y BB1 de 14 meses y 4 años, a los cónyuges XX y YY2 mediante “acta de colocación familiar hogar amigo”, como medida de protección dentro del proceso de restablecimiento de derechos de los menores. Esto, con el fin de proteger a los menores en sus necesidades de manera temporal mientras el juez respectivo definía la situación jurídica de los mismos.

1. El 23 de junio de 2010, es decir 10 meses después, vía telefónica el ICBF informó a la familia XY que debía hacer entrega de los menores para lo cual debían presentarse al día

siguiente ante el Defensor de Familia.

1. El 24 de junio de 2010, la familia XY y su apoderado judicial se presentaron ante el Defensor de Familia, pero sin los menores. El apoderado solicitó la nulidad, y la suspensión provisional del acto administrativo mediante el cual se requería a la familia XY para entregar a los menores, y argumentó que no se había notificado debidamente el acto en cuestión, y que el cambio súbito de ubicación de los menores en cumplimiento del mismo implicaba la vulneración de sus derechos, pues al cabo de 10 meses habían surgido fuertes lazos afectivos entre los menores y la familia XY.

1. Mediante Acta Secretaria, la solicitud de suspensión fue negada por el Defensor de Familia, bajo el argumento de que el “acta de colocación familiar hogar amigo” mediante la que se hizo entrega temporal de los menores a la familia XY especificaba claramente dentro de sus obligaciones, la de hacer entrega de los menores cuando el ICBF lo solicitara, así como el cumplimiento cabal de las cláusulas del acta referida.

1. Por lo anterior, la familia XY por intermedio de su abogado interpuso acción de tutela con el fin de que se revocara la negativa del Defensor del Pueblo de suspender la devolución de los menores, en tanto se tramitaba la solicitud de nulidad del acto administrativo que ordenaba lo propio.

Pruebas relevantes que obran en los expedientes

1. Escrito de la demanda de tutela (Fls. 3 a 12)

1. Solicitud de la familia XY de suspensión de la medida (Fls. 48 y 53)

1. Negativa a la solicitud de suspensión (Fls. 54 y 55).

1. Respuesta a la demanda de tutela (Fls. 93 a 105)

1. Sentencias de tutela de primera y segunda instancia. (Fls. 178 a 195 224 a 233 respectivamente)

Fundamentos de la Tutela

La familia demandante alegó que se debió notificar el acto administrativo mediante el cual se decidió cambiar la ubicación de los menores, con el fin de que se permitiera prepararlos para el efecto, y no simplemente avisar telefónicamente que al día siguiente se debía entregar a los menores.

De otro lado, argumentó que solicitó la suspensión temporal de la entrega de los menores porque éstos permanecieron con la familia XY durante 10 meses, por lo cual resultaba a todas luces contraproducente cambiarlos de ubicación de manera súbita. En este sentido, sostuvo que el ICBF vulneró el debido proceso en el desarrollo de las actuaciones que culminaron con el acto administrativo que ordenó el cambio de ubicación de los menores, pues no se le permitió a la familia XY prepararlos para ello, lo cual era necesario debido al vínculo afectivo surgido al cabo de casi un año de cuidado.

Respuesta del ICBF

El ICBF alegó que el acta suscrita por la familia XY, mediante la cual se les otorgó el cuidado temporal de los menores, estableció el deber explícito de entregarlos al momento en que un juez definiera su situación jurídica. Afirmó que dentro de las cláusulas del acta referida se consignó la obligación de preparar a los menores para salir del entorno de su familia biológica, y así crear condiciones de adaptabilidad que permitieran que los menores encontraran garantizados todos sus derechos.

Agregó que las modalidades de “hogar amigo”, como medidas de protección consisten justamente en otorgar el cuidado temporal de los menores a familias que no tienen, y no deberían tener interés alguno en conseguir la custodia legal permanente de éstos, porque el mencionado cuidado temporal se da en el entretanto de la definición de la situación legal de los menores, y con el único fin de garantizar sus derechos y procurarles un entorno digno.

Por lo anterior, considera que la familia XY incumplió los deberes contemplados en el acta que respaldó la entrega de los menores, y asevera que no entiende por qué luego de estar de acuerdo con su contenido ahora pretende conservar a los menores.

Decisiones objeto de revisión

Primera Instancia

El juez de primera instancia decidió conceder la solicitud elevada por la familia XY y dejó sin efectos la orden del Defensor de Familia de cambiar la ubicación de los menores.

Con base en lo anterior ordenó al Defensor de Familia que definiera la situación de vulnerabilidad de los menores en un lapso no superior de 4 meses, y que luego de decidir la medida a tomar, “notificara dicha decisión al hogar amigo accionante, con un término prudencial para la preparación de los infantes (...)”

Segunda Instancia

Por su lado el ad quem resolvió revocar la decisión de primer grado para en su lugar negar el amparo solicitado con base en tres argumentos que, a su juicio, justifican la conducta del ICBF consistente en requerir la entrega inmediata de los menores por parte de la familia XY. En primer lugar sostuvo que el acta suscrita por la mencionada familia establecía una custodia temporal de los menores.

En segundo lugar esgrimió que la conducta del demandado encuentra respaldo legal en el artículo 59 del Código de la Infancia y la Adolescencia que prescribe que la medida de ubicación en medio familiar del artículo 53 ídem durará máximo seis meses prorrogables por otros seis meses más. Así, a su juicio, debido a que en este caso la duración de la medida había alcanzado los diez meses, el ICBF debía tomar las medidas necesarias para resolver la situación jurídica de los menores de manera permanente, como en efecto lo hizo al requerir

la entrega inmediata de los menores en custodia.

En tercer lugar, el surgimiento de un supuesto vínculo afectivo entre la familia XY y los menores no puede dar al traste con el carácter temporal de la custodia pues el espíritu de la medida de custodia temporal es, precisamente, que los menores no pierdan la capacidad de establecer este tipo relaciones para que estén en capacidad de hacerlo una vez se decida su situación jurídica de forma permanente.

Actuaciones en sede de revisión

Mediante Auto del 8 de febrero de 2011 el Magistrado Sustanciador solicitó al ICBF enviar los documentos necesarios que soportan la situación jurídica actual de los menores. En cumplimiento del Auto en cuestión el ICBF aportó el expediente correspondiente al proceso de restablecimiento de derechos de los menores, en el cual se encontró que el 13 de septiembre de 2010, se hizo efectivo el cambio de ubicación de los menores del hogar amigo conformado por los demandantes, la familia XY, a un nuevo hogar sustituto.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso y del problema jurídico

2.- Los menores AA y BB de 14 meses y 4 años, fueron entregados a los cónyuges XX y YY mediante “acta de colocación familiar hogar amigo” del 25 de agosto de 2009, como medida de protección dentro del proceso de restablecimiento de derechos de los menores. Esto, con el fin de proteger a los menores en sus necesidades de manera temporal mientras el juez respectivo definía la situación jurídica de los mismos. El 23 de junio de 2010, es decir 10 meses después, vía telefónica el ICBF informó a la familia XY que debía hacer entrega de los menores para lo cual debían presentarse al día siguiente ante el Defensor de Familia. El 24

de junio de 2010, la familia XY y su apoderado judicial solicitaron la nulidad, y la suspensión provisional del acto administrativo mediante el cual se requería a la familia XY para entregar a los menores, y argumentó que no se había notificado debidamente el acto en cuestión, y que el cambio súbito de ubicación de los menores en cumplimiento del mismo implicaba la vulneración de sus derechos, pues al cabo de 10 meses habían surgido fuertes lazos afectivos entre los menores y la familia XY. Esta solicitud fue negada por el Defensor de Familia, pues el acuerdo de cuidado temporal especificaba claramente dentro de sus obligaciones, la de hacer entrega de los menores cuando el ICBF lo solicitara.

Por lo anterior, la familia XY por intermedio de su abogado interpuso acción de tutela con el fin de que se revocara la negativa del Defensor del Pueblo de suspender la devolución de los menores, en tanto se tramitaba la solicitud de nulidad del acto administrativo que ordenaba lo propio.

3.- El ICBF alegó que el acta suscrita por la familia XY, mediante la cual se les otorgó el cuidado temporal de los menores, estableció el deber explícito de entregarlos al momento en que un juez definiera su situación jurídica. Afirmó que dentro de las cláusulas del acta referida se consignó la obligación de preparar a los menores para salir del entorno de su familia biológica, y así crear condiciones de adaptabilidad que permitieran que los menores encontraran garantizados todos sus derechos. Agregó que las modalidades de “hogar amigo”, como medidas de protección consisten justamente en otorgar el cuidado temporal de los menores a familias que no tienen, y no deberían tener interés alguno en conseguir la custodia legal permanente de éstos, porque el mencionado cuidado temporal se da en el entretanto de la definición de la situación legal de los menores, y con el único fin de garantizar sus derechos y procurarles un entorno digno.

4.- Por su lado, a quo decidió conceder la solicitud elevada por la familia XY y dejó sin efectos la orden del Defensor de Familia de cambiar la ubicación de los menores. Sostuvo que si bien el ICBF no incurrió en la vulneración del debido proceso, sí desatendió el interés superior de los menores porque no le permitió a la familia XY cumplir de manera eficaz con el deber de preparar a los menores para el cambio de ubicación; situación que no iba a ser físicamente posible, pues como fue afirmado por los accionantes y corroborado por el Defensor de Familia (...), sólo se les informó con un día de anticipación, al cambio de ubicación provisional de los menores.

El ad quem resolvió revocar la decisión de primer grado explicó que el acta suscrita por la familia XY establecía una custodia temporal de los menores; que la conducta del demandado encuentra respaldo legal en el artículo 59 del Código de la Infancia y la Adolescencia que prescribe que la medida de ubicación en medio familiar del artículo 53 ídem durará máximo seis meses prorrogables por otros seis meses; y que el surgimiento de un supuesto vínculo afectivo entre la familia XY y los menores no puede dar al traste con el carácter temporal de la custodia pues el espíritu de la medida de custodia temporal es, precisamente, que los menores no pierdan la capacidad de establecer este tipo relaciones para que estén en capacidad de hacerlo una vez se decida su situación jurídica de forma permanente.

Por último de las pruebas recabadas en sede de revisión se determinó que el 13 de septiembre de 2010, se hizo efectivo el cambio de ubicación de los menores del hogar amigo conformado por los demandantes, la familia XY, a un nuevo hogar sustituto.

Problema Jurídico

5.- De lo anterior se desprende que el asunto cuestionado en el presente caso se refiere a que el ICBF presuntamente no otorgó un tiempo razonable y prudencial para permitir a la familia XY preparar a los menores para el cambio de ubicación a otro hogar sustituto, lo que repercutiría en los derechos fundamentales de los menores, pues el cuidado de éstos por parte de la familia XY se prolongó por 10 meses.

Ahora bien, siendo el carácter súbito de la medida adoptada por el Defensor de Familia, el hecho del que se deriva la supuesta vulneración a los derechos constitucionales de los menores, la formula de reparación de dicha situación es el otorgamiento de un tiempo prudencial a la familia XY para que tome las medidas necesarias y prepare a los menores para el cambio ordenado por el Defensor; sin embargo, como se puede concluir del recuento fáctico del caso, los menores ya fueron reubicados en un nuevo hogar sustituto desde septiembre de 2010, por lo cual la eventual orden del juez de amparo dirigida a que los menores no sean reubicados de manera súbita resultaría contraproducente en las actuales condiciones.

Por lo anterior se explicará a continuación el fenómeno de la carencia de objeto en materia

de tutela, con el fin de justificar su ocurrencia en el presente caso.

Jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto

6.- El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío³. Lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

¿Cuál debe ser entonces la conducta del juez de amparo ante la presencia de un hecho superado? Según la jurisprudencia constitucional⁶, para resolver este interrogante se debe hacer una distinción entre los/las jueces/zas de instancia y la Corte Constitucional cuando ejerce su facultad de revisión.

Así, esta Corte ha señalado que “no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”⁷, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991. Lo que es potestativo para los/las jueces/zas de instancia, se convierte en obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión pues como autoridad suprema de la Jurisdicción Constitucional “tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”⁹.

Ahora bien, lo que sí resulta ineludible en estos casos, tanto para los jueces de instancia como para esta Corporación, es que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado¹⁰, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

8.- Por otro lado, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental¹¹.

Recuérdese que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general¹². En otras palabras, su fin es que el juez de tutela, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización¹³. En este orden de ideas, en caso de que presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua¹⁴ o, lo que es lo mismo, caería en el vacío¹⁵ pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

Cabe preguntarse cuál es la conducta a seguir por parte del la juez de tutela en el caso en el que se verifique la existencia de un verdadero daño consumado teniendo en cuenta que, como se dijo, cualquiera de sus órdenes sería inocua. Para responder a este interrogante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos¹⁶.

El primero de ellos se presenta cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que “la acción de tutela no procederá.... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado (...)”. Esto quiere decir que el juez de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo¹⁷. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir

para el resarcimiento del daño.

El segundo supuesto tiene lugar cuando el daño se consuma en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el juez de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión¹⁸:

i. Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado¹⁹.

i. Hagan una advertencia “a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991²⁰.

i. Informen al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño²¹.

i. De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño²².

9.- Para ejemplificar la hipótesis del daño consumado durante el transcurso del proceso de tutela resulta útil traer a colación dos casos similares al presente, los cuales fueron decididos

por esta Corte mediante las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008.

En esas oportunidades se verificó la existencia de una carencia actual de objeto por daño consumado ya que, ante la injustificada negativa de las Empresas Promotoras de Salud -EPS- y de las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- a realizar a las peticionarias el procedimiento necesario para la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal no consentido, éstas dieron a luz. Como se ve, aquello que se pretendía evitar con la interposición de la acción de tutela se produjo de modo tal que no era posible emitir orden judicial alguna para retrotraer la situación.

Ante la presencia del daño consumado, de conformidad con la jurisprudencia reseñada, la Corte procedió a (i) indicar que los demandados habían incurrido en una vulneración de los derechos fundamentales de la actora al rehusarse a practicarle la IVE23 a pesar de encontrarse incurso en una de las hipótesis despenalizadas mediante la sentencia C-355 de 2006, (ii) señalar que los jueces de instancia han debido conceder el amparo y a (iii) oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de la Protección Social, al Consejo Seccional de Judicatura respectivo y a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se investigaran las conductas de las demandadas y de los jueces de instancia. Es más, en las sentencias reseñadas la Corte consideró que, más que informar a la peticionaria y a su familia sobre las acciones jurídicas a las que podía acudir para la reparación del daño, se debía hacer uso del artículo 25 del decreto 2591 de 1991 que permite, de forma excepcional (iv) ordenar en abstracto la indemnización del daño causado.

10.- Ahora bien, advierte la Sala que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto. A manera de ejemplo, ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el tutelante perdiera el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo.

Ello sucedió en un asunto similar al de la referencia -decidido a través de la sentencia T-988 de 2007- en el que tanto la EPS como los jueces de instancia se rehusaron ilegítimamente a practicar la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal violento en

persona incapaz de resistir. Ante la negativa, la mujer terminó su gestación por fuera del sistema de salud, por lo que, en sede de revisión, cualquier orden judicial dirigida a la interrumpir el embarazo resultaba inocua. No se trataba entonces de un hecho superado, pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada, pero tampoco de un daño consumado en vista de que el nacimiento tampoco se produjo.

En esa ocasión se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte (i) se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que el amparo debía haber sido concedido y (ii) advirtiera a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales. Agrega la Sala que aquí también es procedente (iii) compulsar copias del expediente a las autoridades que se considere obligadas a investigar la conducta de los demandados que violaron derechos fundamentales.

11.- Visto lo anterior, es claro para la Sala que la carencia actual de objeto -por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela- no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, salvo la hipótesis de la daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Menos aún en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional.

Además, como se dejó entrever, un pronunciamiento judicial en este tipo de casos, a pesar de la ausencia de una orden dirigida a conceder la solicitud de amparo, tiene importantes efectos en materia prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y puede ser un primer paso para proceder a la reparación de perjuicios y a la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

Caso concreto

12.- En el presente asunto, como se dijo, se pretendía que el juez de tutela ordenara

suspender la medida del Defensor de Familia dirigida a cambiar la ubicación de los menores, del cuidado de familia XY al cuidado de un nuevo hogar sustituto. Esto con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores, en el sentido de evitar que fueran separados de la familia XY de manera intempestiva, pues convivieron con ellos durante 10 meses; por lo que se solicitó ordenar al Defensor en cuestión, otorgar un tiempo razonable y prudencial para hacer efectiva la medida.

Como quiera que la medida consistente en el cambio de ubicación ya se hizo efectiva, la orden en el sentido solicitado por los demandantes tendría como consecuencia aquello que precisamente se pretendía evitar con la demanda de tutela. Es decir, en pro de garantizar la estabilidad emocional de los menores y hacer razonable y gradual el cambio de entorno afectivo de los mismos, se terminaría por profundizar aún más el carácter voluble de los vínculos afectivos construidos por los infantes, derivado de los constantes cambios de entorno familiar.

Advierte la Sala entonces que en el presente caso se presenta una carencia actual de objeto porque la orden del juez de amparo carece de sentido en relación con la vulneración alegada, y por el contrario agravaría la situación de los menores porque produce justamente aquello que se buscaba evitar para ellos.

Sobre la actuación del ICBF

16.- No obstante lo anterior, la Sala encuentra que si bien desde una perspectiva meramente formal, el ICBF atendió la obligación legal de tomar las medidas necesarias para lograr el bienestar de los menores, y en dicha tarea procuró de parte de la familia XY el cumplimiento cabal del acuerdo temporal de cuidado; se debe afirmar que la obligación exigida a la mencionada familia, relativa a la preparación de los menores para el ingreso a otro entorno afectivo según lo que el análisis de su situación determinara, implicaba algunas consideraciones del ICBF.

En efecto, la satisfacción del compromiso adquirido por la familia XY respecto del bienestar de los menores, hacía necesario que la entidad en cuestión otorgara a la familia referida un lapso de tiempo razonable para preparar el cambio de ubicación. Resulta evidente que el cuidado de menores, con exigencia de afecto y afabilidad como el mismo Código de Infancia y Adolescencia (CIA) lo exige, genera vínculos que deben ser manejados de manera

prudencial.

No se encuentra razón alguna para que en casos como el presente el ICBF se abstenga de tomar medidas de coordinación con las familias que ejercen el cuidado temporal de los menores en tanto se decide su situación jurídica. De hecho, a primera vista parece ser el camino coherente con aquello que buscan las medidas de restablecimiento de derechos del menor (art 53 CIA), consistentes en adelantar procesos de adaptación justificados en que su condición de menores así lo exige. Y dicha condición, según el mismo CIA también, tiene un importante y mayoritario componente afectivo. Aquello que hace especial las medidas de nuestro sistema jurídico respecto de la garantía de los derechos de los menores, es el reconocimiento de que su vulnerabilidad no se reduce a la alimentación, la vivienda, el vestido y otras necesidades básicas de este tipo, sino sobre todo a las necesidades afectivas.

17.- De lo expuesto se puede concluir que esta clase de medidas para modificar el entorno de cuidado temporal de los menores deben considerar el manejo prudencial del componente afectivo, lo cual sin duda fue descuidado por ICBF en el presente caso, pues pretendió que al día siguiente del aviso a la familia XY sobre la medida de cambio de ubicación, los menores fueran entregados al Defensor de Familia.

Por lo anterior, la Sala considera pertinente requerir al ICBF para elaborar un protocolo que regule la consideración, forma de aplicación y surtimiento de las etapas necesarias para la implementación de medidas para modificar el entorno de cuidado temporal de los menores, con el fin de dar un manejo prudencial del componente afectivo que ello supone.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar a la CARENANCIA ACTUAL DE OBJETO por las razones explicadas, y en consecuencia NO CONCEDER el amparo solicitado por la parte demandante.

SEGUNDO.- REQUERIR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para que elabore

un protocolo que regule la consideración, forma de aplicación y surtimiento de las etapas necesarias para la implementación de medidas tendientes a modificar el entorno de cuidado temporal de los menores, con el fin de dar un manejo prudencial del componente afectivo que ello supone, según lo explicado en los fundamentos jurídicos 16 y 17 de la presente sentencia.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 En adelante “la familia XY”

3 Sentencia T-533 de 2009.

4 Ibídem.

5 En el mismo sentido, las sentencia T-170 de 2009, T-309 de 2006, T-308 de 2003 y T-972 de 2000, entre muchas otras.

6 Sentencia T-533 de 2009.

7 Sentencia T-170 de 2009.

8 “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

9 Sentencia T-170 de 2009.

10 Ibídem.

11 Sentencia T-083 de 2010.

12 Al respecto, ver las sentencias T-803 de 2005, T-448 de 2004, T-873 de 2001, T-498 de 2000, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-138 de 1994, T-468 de 1992 y T-456 de 1992, entre otras.

13 El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 25, regula la excepcional hipótesis de indemnización por vía de tutela de la siguiente forma : “Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ellos sin perjuicio

de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad". Sobre la aplicación de esta hipótesis en aquellos casos en que se debió haber ordenado la interrupción voluntaria del embarazo y por la negativa éste culminó en el nacimiento del/ de la hijo/a ver la sentencia T-209 de 2008.

14 Sentencias T-288 de 2004, T-496 de 2003, T-436 de 2002, SU-667 de 1998, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-596 de 1993 y T-594 de 1992, entre otras.

15 Sentencia T-309 de 2006, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998, entre otras.

16 T-083 de 2010.

17 Así se hizo, por ejemplo, en las sentencias T-979 de 2006 (respecto de la violación del derecho de petición), T-138 de 1994 y T-596 de 1993.

18 Sentencias T-170 de 2009 y SU-667 de 1998.

19 Ver sentencias T-803 de 2005, T-758 de 2003, T-873 de 2001, T-498 de 2000, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995, entre otras.

20 Así se hizo en las sentencias T-803 de 2005, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995.

21 Ver las sentencias T-170 de 2009 y T-576 de 2008.

22 Así se hizo en las sentencias T-808 de 2005, T-662 de 2005, T-980 de 2004, T-288 de 2004, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998.

23 Interrupción Voluntaria del Embarazo