

Sentencia T-387/16

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Naturaleza jurídica

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Contenido y alcance

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

El derecho de los niños a la familia y a no ser separados de ella implica que, como regla general, se garantice su estabilidad. En efecto, cualquier determinación de las autoridades en relación con este tema debe tomar en consideración la necesidad de que los niños permanezcan en un hogar, para que su desarrollo sea estable y no se interrumpa el ejercicio de otros derechos, como la educación y la salud. Sin embargo, la regla mencionada admite como excepción que los niños, niñas y adolescentes puedan ser separados de sus padres y/o de su núcleo familiar, cuando así lo imponga su interés superior.

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Situaciones que justifican la separación de los niños de su entorno familiar

El procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos es el mecanismo que prevé la ley para asegurar a los niños, niñas y adolescentes sus garantías fundamentales.

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Vulneración de sus derechos cuando los padres desconocen las medidas de restablecimiento de derechos adoptadas por las autoridades competentes

ACCION DE TUTELA CONTRA ICBF-Improcedencia por cuanto no se vulneraron los derechos de la menor, pues se comprobó que los funcionarios de la entidad cumplieron con sus obligaciones y adoptaron las medidas pertinentes para proteger sus derechos

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Orden a padre de menor entregarla en las instalaciones del ICBF para que se restablezcan sus derechos

Referencia: expediente T-5.472.647

Procedencia: Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Libertad.

Asunto: Acción de tutela presentada por Fidel, en representación de su hija Ema contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Villachica.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

Aclaración previa

En razón a que en el presente caso se estudiará la situación de una menor de dieciocho años, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre de la niña y el de sus familiares, y los datos e informaciones que permitan conocer su identidad.

En consecuencia, para efectos de identificar a las personas, y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, se han cambiado los

nombres reales de la menor de edad y de sus familiares por unos ficticios[1], que se escribirán en letra cursiva. Del mismo modo, los nombres de los municipios en los que sucedieron los hechos se reemplazarán por unos ficticios.

I. ANTECEDENTES

El 22 de mayo de 2015, el señor Fidel, obrando en representación de su hija Ema, interpuso acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal de Villachica, por considerar vulnerado el derecho fundamental de su hija a la vida digna. Lo anterior, en razón a que la citada entidad adoptó como medida de restablecimiento de derechos, la asignación de custodia y cuidado personal provisional de la niña a su tía paterna, quien a juicio del señor Fidel, no dará un buen ejemplo a su hija.

A. Hechos y pretensiones

1. La niña Ema, de 12 años de edad[2], es hija de Clara y Fidel[3].
2. Según el señor Fidel, la señora Clara abandonó el hogar y él no puede estar pendiente de su hija porque debe trabajar en el campo con el fin de ganar dinero para la alimentación de la menor de edad.
3. En consecuencia, Ema vivía con su abuela paterna, la señora Adela, de 86 años de edad, quien tenía a su cargo a sus 2 nietos, el adolescente Juan y la niña Ema[4].
4. El 2 de marzo de 2015, la señora Adela acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –en adelante ICBF- y solicitó que la entidad se hiciera cargo de la menor de edad. En particular, manifestó que vive de la caridad, tiene a su cargo a su esposo, quien está en situación de discapacidad, y no podía cuidar a los 2 nietos bajo su custodia, quienes en ese momento tenían 10 y 15 años de edad[5].

En la misma solicitud la abuela indicó que un tío y el hermano de la menor de edad obligaron a esta última a consumir sustancias psicoactivas, la familia no tenía conocimiento sobre el paradero de su mamá, y su papá no podía ocuparse de ella porque trabaja en el campo.

5. Con posterioridad se efectuó la valoración psicológica de la niña y se evidenció la

existencia de pautas y estilos de crianza autoritarios, con focos de agresividad física y psicológica (su abuela se dirigía a ella en términos soeces y le imponía fuertes castigos físicos). Además, se encontró que vivió con su tía, la señora Belén, pero no quería volver a su casa porque era agresiva verbalmente, le exigía hacer todos los quehaceres domésticos, y uno de sus hijos la obligó a consumir marihuana[6].

6. Por consiguiente, la Defensoría de Familia verificó la amenaza de los derechos a la vida, al ambiente sano, de alimentos, a la protección contra el consumo de sustancias psicoactivas, a la custodia y cuidado personal de Ema. En consecuencia, el 2 de marzo de 2015, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Villachica ordenó la ubicación de la menor de edad en un hogar sustituto[7].

7. Mediante Auto 020 del 3 de marzo de 2015, se dio la apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos[8].

8. El 24 de marzo de 2015, en el proceso de restablecimiento de derechos, la señora Rosa, tía política de la niña, rindió declaración ante la Defensora de Familia del ICBF de Villachica[9] y manifestó que: (i) la niña estaba abandonada, vivía en la calle y pedía dinero a los transeúntes, no estaba afiliada al sistema de salud, ni asistía al colegio; (ii) el padre de la menor de edad tiene problemas mentales; (iii) la madre vive en Libertad; (iv) ningún familiar se puede hacer cargo de la niña; (v) las tías la maltratan y la obligan a hacer oficios de la casa, y (vi) la niña vivió en la casa de una tía llamada Amanda, pero el esposo tocaba sus partes íntimas.

9. Posteriormente, ante la petición de la tía Belén de tener la custodia de la niña, el 19 de mayo de 2015 se llevó a cabo el reintegro familiar con la tía paterna[10].

10. Afirma el accionante que su hermana Belén, a quien el ICBF dio la custodia de su hija, está privada de la libertad en su casa por el delito de porte y tráfico de estupefacientes, y ella y sus hijas ejercen la prostitución.

11. El padre de la menor indica que su hija corre peligro al estar bajo la custodia de la señora Belén, porque podría ser explotada sexualmente. Por lo tanto, solicita el amparo del derecho fundamental a la vida digna de su hija y pide al juez conceder la tutela y, en consecuencia ordenar al ICBF que otorgue la custodia a la abuela paterna, la señora Adela.

B. Actuación procesal

Mediante auto del 25 de mayo de 2015[11], el Juzgado Promiscuo de Familia de Villachica, avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó vincular, en calidad de autoridad demandada, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Villachica, para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

Respuesta de la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Villachica

Mediante escrito recibido por el juzgado el 27 de mayo de 2015[12], la Coordinadora del Centro Zonal de Villachica respondió la tutela. La funcionaria indicó que: (i) la abuela de la menor de edad solicitó al ICBF que se encargara de 2 de sus nietos que estaban bajo su cuidado, el adolescente Juan y la niña Ema; (ii) el hermano de la niña y su tío la habían obligado a consumir sustancias psicoactivas; (iii) como medida temporal, la niña fue ubicada en un hogar sustituto desde el 2 de marzo hasta el 19 de mayo de 2015, (iv) el 19 de mayo de 2015 se hizo el Reintegro Familiar con su tía paterna, con fundamento en su interés de asumir el cuidado de la niña de manera responsable y el estudio social mediante el cual se demostró que tenía las condiciones para hacerlo; (v) de las declaraciones de familiares en el proceso se deriva que el actor tiene problemas de comportamiento (mentales) y a pesar de que no existe un dictamen médico, esto se puede deducir de su conducta agresiva. Sin embargo, el criterio para restablecer los derechos de la niña fue el hecho de que el padre no tiene un lugar estable para vivir.

Además, indicó que al asignar la custodia de la niña a la tía, ésta adquirió compromisos, de ahí que corresponderá a un equipo interdisciplinario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar verificar su cumplimiento, y en caso de que se transgredan los deberes adquiridos por la señora Belén, adoptar las medidas pertinentes.

Por último, solicitó “(...) no tutelar el derecho al señor FIDEL, toda vez que debemos darle prioridad a los derechos de los niños sobre los derechos de los adultos, siendo estos primordiales y constitucionalmente protegidos” [13].

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

En sentencia del 1º de junio de 2015[14], el Juzgado Promiscuo de Familia de Villachica determinó que la tutela no era el mecanismo idóneo para obtener la pretensión del actor consistente en devolver la custodia a su abuela paterna, pues el padre podría acudir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar directamente para controvertir las decisiones adoptadas en el proceso o iniciar un proceso ordinario (no especificó de qué proceso se trata).

Por otra parte, agregó que el accionante no probó que su hermana fuera trabajadora sexual o incitara a sus hijas a la prostitución, ni puso en conocimiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar estas situaciones. En consecuencia, el juez negó el amparo y exhortó al ICBF Centro Zonal Villachica, para que revisara el presente caso y realizara “las gestiones pertinentes en procura de los derechos de la niña”.

Impugnación

Mediante oficio radicado el 9 de junio de 2015[15], el accionante impugnó la sentencia de primera instancia, sin presentar argumentos para sustentar la impugnación.

Sentencia de segunda instancia

En sentencia del 30 de julio de 2015[16], la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Libertad resolvió confirmar la decisión del a quo con fundamento en los mismos argumentos presentados por éste.

D. Actuaciones en sede de revisión

1. La Sala Quinta de Revisión profirió el auto de 1º de junio de 2016 en el que: (i) vinculó a la señora Clara, madre de la menor de edad, por tener interés en los resultados del proceso, y (ii) solicitó al Centro Zonal de Villachica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que remitiera a esta Corporación copia del expediente del proceso de restablecimiento de derechos, y formuló una serie de preguntas con el fin de dilucidar los hechos del caso[17].

2. En cumplimiento de la providencia mencionada, el 8 de julio de 2016 se recibió un correo

electrónico remitido por el Centro Zonal de Villachica del ICBF, al cual se anexó la copia digital del expediente de restablecimiento de derechos de la niña Ema, en el que también obra la respuesta a las preguntas formuladas por esta Sala.

En relación con los cuestionamientos planteados por la Corte, el ICBF informó a esta Corporación:

a) Que a pesar de que en la valoración inicial realizada a la niña, ella manifestó que no quería vivir con su tía, los psicólogos competentes identificaron la dinámica familiar, y dieron distintas pautas para mejorar la comunicación asertiva dentro del núcleo familiar, fortalecer vínculos afectivos, fomentar pautas de crianza adecuadas y afianzar valores en el sistema familiar.

Además, en razón a que la señora Belén es la única “red familiar” que tiene las condiciones para garantizar los derechos a la niña (esto se comprobó mediante estudios sociales e intervenciones psicológicas), fue posible otorgar la custodia de la menor de edad a la tía, para así garantizar su derecho a tener una familia y a no ser separada de ella.

b) Que la custodia de la niña fue asignada a la señora Belén, mediante Resolución No. 0085 del 19 de mayo de 2015, acto administrativo que está en firme.

No obstante, se informó que a la fecha de la respuesta (15 de junio de 2016), la menor de edad estaba con su padre, quien el 3 de abril de 2016 acudió al domicilio de la señora Belén y se la llevó sin autorización. Agregó que de esta situación se ordenó seguimiento y verificación al equipo psicosocial de la entidad.

c) Que se ordenó al equipo psicosocial de la Defensoría de Familia efectuar el seguimiento de la asignación de custodia a la señora Belén, a fin de verificar que se garantizaran los derechos de la niña. En efecto, se constató que la niña se encontraba en óptimas condiciones, se le estaban garantizado sus derechos, y no se evidenciaron factores de vulnerabilidad que ameritaran la adopción de una medida diferente.

d) Que el acto administrativo No. 0085 del 19 de mayo de 2015, no fue objeto de recurso, por lo que no se llevó a cabo el proceso de homologación.

e) Que como consecuencia del exhorto contenido en la sentencia de primera instancia de

esta acción constitucional, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Villachica; mediante Resolución No. 101 del 12 de junio de 2015, la Defensora de Familia resolvió modificar la medida de reintegro familiar a favor de la señora Belén, y ubicó a la niña en un hogar sustituto mientras el equipo psicosocial de la Defensoría verificaba si eran ciertas las afirmaciones del padre sobre el riesgo que corría su hija de ser explotada sexualmente.

Posteriormente, el equipo comprobó que las acusaciones del padre no correspondían a la realidad, y por lo tanto no se encontró algún comportamiento que afectara a la menor de edad. En consecuencia, mediante Resolución N° 00245 del 20 de noviembre de 2015, la Defensora de familia efectuó el reintegro familiar de la niña a su tía Belén.

De otra parte, del expediente contentivo del proceso de restablecimiento de derechos de la niña Ema, resultan relevantes los siguientes hechos:

b) Mediante escritos del 30 de marzo[19] y del 27 de julio de 2015[20], el ICBF dio respuesta a las solicitudes del accionante y señaló que a pesar de que podía pedir autorización para visitar a su hija, nunca lo había hecho. Además, indicó que el proceso de restablecimiento de derechos de la menor de edad se fundó en circunstancias que amenazaban sus derechos, particularmente: (i) la imposibilidad de la abuela de continuar con su cuidado, (ii) la existencia de factores negativos sobre el comportamiento del padre (comprobados mediante declaraciones y anotaciones de la Fiscalía General de la Nación)[21], y (iii) el hecho de que la niña estuvo afiliada al sistema general de salud en el régimen subsidiado hasta el año 2009.

c) El 10 de junio de 2015[22], el padre de la menor de edad rindió declaración dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de Ema. El señor Fidel manifestó que maltrataba a la niña “de vez en cuando”, que trabajaba en el campo y que deseaba hacerse cargo de ella, quien viviría en la casa de Paloma, su compañera permanente.

En la misma fecha la compañera permanente de Fidel rindió declaración y manifestó que maltrataba a la niña “de vez en cuando”, que no trabajaba, y la quería tener a su cargo.[23]

d) El 12 de junio de 2015 una trabajadora social del Centro Zonal de Villachica se

comunicó por teléfono con la señora Paloma, compañera permanente del padre de la menor de edad, con el fin de visitar la residencia de la señora. No obstante, la señora manifestó: “No estoy de acuerdo en que se realice estudio social a mi vivienda, para la entrega de la niña EMA, ya que el señor Fidel, padre de la niña, me estaba obligando para que me prestara a decir que vivía con él (...) dejó claro que no quiero que me metan en esos problemas; es mentira que él vive conmigo y que yo quiera hacerme cargo de la hija.”[24]

e) El 28 de julio del 2015, la madre de la menor de edad rindió declaración dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de su hija, y manifestó que se separó del padre porque la maltrataba físicamente. Agregó que vive en Libertad con su compañero permanente, se desempeña haciendo las labores de aseo en una casa, y deseaba hacerse cargo de la niña.

En la misma fecha el compañero permanente de Clara rindió declaración y manifestó que quería tener a su cargo a Ema.

f) El equipo del ICBF realizó una visita al domicilio de la señora Clara, y en un informe del 23 de julio de 2015[25] advirtió que se trataba “(...) de una persona idónea, para asumir el cuidado y custodia de su hija, se caracteriza por ser una mujer dedicada al hogar, responsable y con capacidad moral, emocional y afectiva, además de presentar factores protectores que estimulan y motivan el sano crecimiento de los integrantes de la familia, en el área personal, familiar y social, siendo ella como su actual pareja personas idóneas y garantes para restablecer los derechos de la niña en mención.”[26]

Sin embargo, en el mismo informe se estableció que la madre de la niña tiene “autoridad permisiva” y “manifiesta incapacidad para asumir la autoridad”, lo cual genera desórdenes que pueden conducir a la desintegración familiar.

g) El 7 de septiembre de 2015 el equipo psicosocial del ICBF entrevistó a personas residentes en el barrio donde vive la señora Belén, con el fin de indagar si ésta presentaba conductas de incitación a la prostitución.

Los vecinos entrevistados afirmaron que se trata de una familia de buenos modales, respetuosa y de buen comportamiento, cuyos miembros se dedican al cuidado de sus hijos.

Particularmente, manifestaron que la señora Belén se caracteriza por ser una persona dedicada a las labores del hogar y sus hijos se comportan “en el marco de la normalidad”.

h) En informe de evolución del proceso de atención a Ema, del 8 de octubre de 2015 (en el que se analizó el periodo comprendido entre el 8 de julio y el 8 de octubre de 2015)[27], se estableció que la relación de la niña con su madre es distante. Específicamente, se comprobó que la menor de edad guarda resentimiento hacia su figura materna debido a los antecedentes de abandono.

Además, se estableció que por referencias de las personas entrevistadas en el proceso la conducta social de la madre no era adecuada (en el proceso las tías afirmaron que la madre pedía dinero en la calle y consumía drogas) y la niña no la percibe como figura cariñosa y protectora.

i) El 11 de noviembre de 2015, la niña escapó del hogar sustituto en el que había sido ubicada como consecuencia del exhorto proferido por el juez de primera instancia, permaneció un día en la calle y 7 días en la casa de la señora Belén, quien acudió al ICBF para que se definiera su situación.

k) El 28 de enero de 2016[29], el equipo interdisciplinario del ICBF acudió a la casa de la señora Belén para hacer seguimiento del caso. En la visita realizada se constató que la niña estaba estudiando, cumplía con sus deberes y tenía una relación cariñosa con su tía.

l) El 22 de marzo de 2016 se hizo un nuevo seguimiento al caso y se confirmó que la niña tenía una buena relación con su tía.[30]

m) Mediante escrito del 8 de abril de 2016, el padre de la menor de edad informó al ICBF que su hija se encontraba en estado de abandono y peligro, debido a que su tía “(...) la tenía en un bar del municipio de Villachica, contra su voluntad en compañía de las hijas de [su] hermana quienes son actualmente trabajadoras sexuales declaradas, con el propósito de venderla por primera vez por su virginidad”.[31]

Según el padre de la menor de edad, en razón a que su hija fue retenida en contra de su voluntad y retirada arbitrariamente del cuidado de su abuela, la niña decidió buscar su

apoyo, como padre biológico, y por esta razón la acogió. En ese sentido, aclaró que en ningún momento secuestró a su hija, sino que por el contrario, actualmente goza de su protección.

n) Mediante edicto emplazatorio se citó al señor Fidel para que acudiera al ICBF con el fin de restablecer los derechos de la menor de edad Ema, pero el padre nunca se presentó. Ante esta situación, la citación mencionada fue transmitida mediante la Emisora Comunitaria XXX Stereo, pero el señor Fidel no acudió a las instalaciones del ICBF.

o) A pesar de que se interrogó a la abuela paterna de la menor de edad (6 de junio de 2016), a la tía paterna Amanda (14 de abril de 2016), y a la señora Belén (6 de junio de 2016); no se pudo determinar el paradero exacto de la niña, quien aparentemente estaba con su papá en una finca.

p) El 10 de junio de 2016, la señora Belén se presentó en las instalaciones del ICBF para rendir declaración en el proceso de restablecimiento de derechos de Ema. La señora confirmó que el padre se llevó a la niña a comprar ropa y nunca regresaron. No se conoce el paradero de la menor de edad, quien dejó de asistir al colegio. Según la señora Belén, el señor Fidel “(...) es loco sufre de la mente y todo es a patadas y golpes y se la pasa borracho”, y su relación con él es “pésima”, pues cuando la ve, intenta matarla.

q) Mediante oficios del 13 de junio de 2015[32], la Defensora de familia encargada del caso (i) presentó denuncia penal en contra del señor Fidel, quien incurrió en el presunto delito de ejercicio arbitrario de custodia y cuidado personal, previsto en el artículo 230 del Código Penal; y (ii) solicitó al Comandante de Policía de Villachica su colaboración con el fin de que se realizara la búsqueda de la niña Ema.

3. Posteriormente, el 22 de junio de 2016, la Magistrada sustanciadora profirió un auto mediante el cual comisionó al juez de primera instancia para practicar un interrogatorio de parte y una inspección judicial en la vivienda de la señora Belén.

Mediante oficio del 6 de julio de 2016, recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional el 11 de julio de 2016[33], el Juzgado Promiscuo de Familia de Villachica remitió a esta Corporación las actas de las diligencias practicadas, de las cuales resulta relevante la siguiente información:

a) El juez verificó que la vivienda de la señora Belén se ubica en un barrio en el que hay casas de uso familiar, no se encontraron establecimientos de licor y a simple vista no se advirtió que se ejerciera la prostitución en el sector. La señora afirmó que el único negocio existente cerca al inmueble es una tienda ubicada a una cuadra de distancia.

b) La señora Belén manifestó que se desempeña como ama de casa y no es cierto que ejerza la prostitución. Además sostuvo que fue condenada por porte de estupefacientes, pues la detuvieron transportando base de coca, cumplió la condena en su casa y en la actualidad no es requerida por ninguna autoridad.

c) Al ser interrogada, la señora Belén señaló que el padre de la niña la escondió en una finca durante 15 días y después regresaron a Villachica, pero no vive con ella. Además, señaló que la menor de edad no está estudiando, y acompaña a su papá quien “se la pasa borracho”. [34]

Por último, afirmó que no desea continuar con la custodia de la niña Ema, pues aunque tienen una buena relación, quiere evitar problemas con el padre, quien es muy problemático y en varias ocasiones fue agresivo con los funcionarios del ICBF y con ella. Específicamente, sostuvo que su hermano la amenazó con un cuchillo y el guardia de seguridad de la entidad tuvo que separarlos.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Con fundamento en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241 -numeral 9°- de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en el proceso de la referencia.

2. El 22 de mayo de 2015, el señor Fidel, obrando en representación de su hija Ema, interpuso acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal de Villachica, por considerar vulnerado el derecho fundamental de su hija a la vida digna. Lo anterior, porque la entidad adoptó como medida de restablecimiento de derechos de la niña, la asignación de custodia y cuidado personal provisional a su tía paterna, quien

a juicio del señor Fidel, puede explotar sexualmente a su hija.

La niña Ema fue entregada al ICBF por su abuela, quien manifestó que la madre la había abandonado y el padre no podía hacerse cargo de ella. El ICBF advirtió que la menor de edad no estaba afiliada al sistema de salud, no iba al colegio, pedía dinero en la calle, y fue obligada a consumir drogas. Por consiguiente, la Defensora de familia verificó la amenaza de los derechos a la vida, al ambiente sano, de alimentos, a la protección contra el consumo de sustancias psicoactivas, a la custodia y cuidado personal de la niña, e inició un proceso de restablecimiento de derechos de la menor de edad.

Como medida provisional, el ICBF ubicó a la niña en un hogar sustituto, y tras verificar quién se podía hacer cargo de la menor de edad, adoptó como medida de restablecimiento de derechos la asignación de la custodia a su tía Belén.

El padre de la niña afirma que su hermana está privada de la libertad en su casa por el delito de porte y tráfico de estupefacientes, y ella y sus hijas ejercen la prostitución, motivo por el cual Ema corre peligro de ser explotada sexualmente.

El accionante pide al juez de tutela, amparar el derecho fundamental a la vida digna de su hija y, en consecuencia, ordenar al ICBF que otorgue la custodia a su abuela, la señora Adela.

3. La situación fáctica exige a la Sala determinar si procede la tutela para controvertir el acto administrativo mediante el cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar restableció los derechos de Ema, decidió ubicarla en el medio familiar y asignó la custodia y cuidado personal a la señora Belén, a pesar de que el padre de la menor de edad podría solicitar que se llevara a cabo el control jurisdiccional de la decisión adoptada por la entidad.

En caso de ser procedente, será preciso entrar a analizar el fondo del asunto, el cual plantea el problema jurídico que se explicará a continuación:

4. En primer lugar, mediante la Resolución No. 0085 del 19 de mayo de 2015, se asignó la custodia de Ema a su tía, la señora Belén, con el fin de restablecer los derechos de la menor de edad. El señor Fidel presentó la tutela objeto de estudio en consideración a que, a su

juicio, su hermana puede inducir a la prostitución a su hija.

En consecuencia, la Sala verificará el cumplimiento de las obligaciones a cargo del ICBF en el proceso de restablecimiento de los derechos de Ema.

5. En segundo lugar, en el trámite de la tutela en sede de revisión se advirtió que el señor Fidel acudió a la casa de la señora Belén y se llevó a la niña Ema con la excusa de comprarle ropa. No obstante, la menor de edad nunca regresó a la casa de la tía y a pesar de haber sido citado en múltiples ocasiones y por distintos medios para presentarse en el Centro Zonal del ICBF, el señor Fidel no ha atendido el llamado de la entidad, ni ha devuelto a la niña, cuyo paradero es desconocido.

La situación anterior conlleva el siguiente problema jurídico:

¿Se vulneran el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, y en particular la estabilidad familiar, cuando un padre desconoce la asignación de la custodia realizada por el ICBF y se lleva al menor de edad sin autorización de las autoridades?

6. Para resolver los cuestionamientos planteados, se estudiarán los siguientes temas: (i) la procedencia de la acción de tutela en el caso que se analiza; (ii) la naturaleza y alcance del interés superior del niño; (iii) el derecho de los menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella; y (iv) el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos.

Examen de procedencia de la acción de tutela

- Legitimación activa

7. El artículo 86 de la Constitución establece la facultad que tiene toda persona para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados.

La legitimidad para el ejercicio de esta acción está prevista en el artículo 10[35] del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que ésta puede ser presentada (i) directamente por el afectado, (ii) a través de su representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial, o

(iv) por medio de un agente oficioso.[36]

8. En este caso, el señor Fidel manifiesta expresamente que presenta la acción en representación de su hija, motivo por el cual está legitimado para interponer la tutela con el fin de que se protejan los derechos de la menor de edad.

- Legitimación pasiva

9. La legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte demostrada.[37]

Sobre el particular, el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procede contra cualquier autoridad pública. Por lo tanto, es posible concluir que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar está legitimado por pasiva en el caso que se analiza.

- Subsidiariedad

10. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Del texto de la norma se evidencia que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer, dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.[38]

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de

los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita (i) que el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela.”[39]

11. Con respecto al primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.[40]

12. De conformidad con el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, el procedimiento de restablecimiento de derechos culmina en un término máximo de cuatro meses, prorrogables por otros dos por decisión del Director de ICBF. Al cabo de ese término, se debe decidir sobre el restablecimiento de derechos del menor de edad, mediante resolución contra la cual procede el recurso de reposición.

De otra parte, de conformidad con el inciso 4° del artículo en cita, las decisiones administrativas adoptadas por los defensores y los comisarios de familia en relación con el restablecimiento de derechos de los niños, se someten a la homologación o confirmación por parte de los jueces de familia, por petición de una de las partes o del Ministerio Público.

Además, el párrafo 2° del mismo artículo establece que si la autoridad administrativa no adopta una decisión sobre la actuación o el recurso de reposición dentro del término legal correspondiente, pierde la competencia y debe remitir el expediente al juez de familia para que adelante la actuación o el proceso respectivo.

En ambos casos, se evidencia el interés del Legislador de hacer efectiva la protección especial de los menores de edad, “(...) mediante decisiones calificadas por parte de una jurisdicción especializada, que otorgan certeza con carácter definitivo y confieren también celeridad al reconocimiento de sus derechos”[41].

13. En relación con la improcedencia de la tutela para controvertir medidas tendientes a

restablecer los derechos de los menores de edad, en sentencia T-276 de 2012[42], esta Corporación determinó que, como regla general, el medio jurisdiccional de homologación es el mecanismo idóneo para controvertir las medidas definitivas tomadas en este tipo de procesos.

En la misma decisión se estableció que la tutela puede ser el mecanismo idóneo para proteger los derechos de los menores de edad, cuando se cuestionen actuaciones adoptadas dentro del procedimiento de restablecimiento de derechos y no la medida de restablecimiento en sí misma.

14. En relación con el segundo supuesto previsto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha establecido que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Tal perjuicio se caracteriza: “(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente;(ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”[43]

Esta Corporación se ha pronunciado en relación con la procedencia excepcional de la tutela para controvertir los actos administrativos que adoptan medidas para restablecer los derechos de menores de edad, cuando se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable.

Por ejemplo, en la sentencia T-117 de 2012[44], la Corte estudió la tutela presentada por un hombre contra las decisiones definitivas, adoptadas en dos procesos de restablecimiento de derechos de sus hijos y sus nietos. En aquella ocasión esta Corporación determinó que existe un procedimiento, en principio idóneo y efectivo, para adelantar el control judicial de legalidad de las decisiones adoptadas por el ICBF y en ese caso en particular la decisión de los jueces de familia estaba pendiente, de manera que no resultaba procedente la intervención del juez de tutela.

Sin embargo, la Corte aclaró que cuando la tutela se interpone con el fin de obtener el amparo de los derechos de sujetos de especial protección constitucional, como son los menores de edad, debe evaluarse en cada caso concreto si es necesario un pronunciamiento del juez constitucional para salvaguardar sus derechos. En este orden de ideas, la Sala estableció que la tutela puede ser procedente “(...) cuando, a pesar de tratarse de un procedimiento breve, la espera de la decisión de homologación puede resultar perjudicial para el interés superior del menor, o cuando el asunto posea características constitucionales para las que el trámite de homologación no resulte apto, aspectos que solo pueden determinarse en el marco del caso concreto.”

Adicionalmente, en sentencia T-679 de 2012[45], la Corte conoció el caso de una mujer, quien presentó la tutela contra el ICBF por haber declarado a su hija en situación de adoptabilidad ante el maltrato al que era sometida por parte de su padrastro. La madre había presentado recurso de reposición contra la decisión mencionada pero omitió solicitar la homologación de la resolución que confirmó la medida de restablecimiento de derechos.

En aquella ocasión, la Corte determinó que si las actuaciones administrativas adelantadas por los funcionarios del ICBF vulneran o amenazan derechos fundamentales, “(...) procederá la tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio iusfundamental de carácter irremediable, ‘sin que ello signifique que el juez constitucional haya suplantado a la Autoridad administrativa’[46], no obstante que tales actuaciones sean susceptibles de ser controvertidas judicialmente ante los jueces contencioso administrativos o ante los jueces de familia. (...)”

15. En síntesis, en principio, el control judicial a las medidas de restablecimiento de derechos de los menores de edad es el mecanismo idóneo para controvertirlas. No obstante, cuando a pesar de que existe este mecanismo idóneo para obtener la protección de los derechos fundamentales invocados, se está ante la inminencia de que ocurra un perjuicio irremediable, la tutela será procedente para obtener el amparo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

16. En el caso que se analiza, de conformidad con el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, contra el acto administrativo proferido por el ICBF, mediante el cual asignó la custodia de

la menor de edad Ema a su tía Belén, procedía el recurso de reposición y contra la resolución que lo resolviera era procedente el control jurisdiccional ante el juez de familia.

En este sentido, tanto el recurso de reposición como el control jurisdiccional parecen ser idóneos porque, en caso de prosperar, la autoridad que lo profirió y el operador judicial, respectivamente, se pronunciarían nuevamente sobre la medida. En particular, si el demandante solicitara el control jurisdiccional, el juez tendría la función no solamente de examinar que se hubieran cumplido las formas propias del procedimiento, sino que, como garante de los derechos de las partes, debería verificar que las decisiones y medidas adoptadas favorecieran el interés superior del niño y, a la vez, fueran respetuosas de los derechos fundamentales de otras partes, como los padres.[47]

Así pues, a primera vista tanto el objeto del control jurisdiccional (prevalente para verificar que las decisiones y medidas adoptadas favorezcan el interés superior del niño), como su resultado previsible, conllevarían la protección de los derechos de la menor de edad.

17. No obstante, para su caso particular la prolongación del procedimiento afectaría desproporcionadamente el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. En efecto, las afirmaciones del padre sobre el riesgo de que su hija sea explotada sexualmente evidencian la necesidad de que se profiera una decisión judicial que resuelva el asunto con máxima celeridad, de conformidad con el mandato constitucional de proteger a los niños contra toda forma de abuso sexual y explotación.

Así pues, la afirmación del padre sobre el riesgo de que la niña sea inducida a ejercer la prostitución, evidencia que se está ante un perjuicio inminente y grave, que requiere que se adopten medidas urgentes e impostergables a fin de garantizar sus derechos.

Por consiguiente, la Sala considera que el control jurisdiccional es idóneo para conseguir el amparo de los derechos de la menor de edad, pero de las afirmaciones del padre podría pensarse que se está ante la inminencia de que Ema sufra un perjuicio irremediable.

18. Lo anterior sería suficiente para concluir que en esta oportunidad la tutela es procedente. Sin embargo, la Sala considera pertinente agregar que, en todo caso, de las pruebas aportadas al proceso se demuestra que el padre de la menor de edad desconoció la

medida de restablecimiento de derechos adoptada por el ICBF y se llevó a la niña de la casa de la señora Belén, quien tenía a su cargo la custodia de Ema.

Tal y como se constata en el expediente de restablecimiento de derechos allegado por la autoridad accionada, a la fecha se desconoce el paradero de la niña y, en ese orden de ideas, no es posible determinar si el padre está garantizando el ejercicio de sus derechos. En efecto, los testimonios de los familiares evidenciaron que: (i) la menor de edad estaba escondida en una finca alejada de la ciudad, (ii) aparentemente regresó a la ciudad y la han visto por las calles siguiendo a su papá en estado de embriaguez, (iii) la niña dejó de asistir al colegio, y (iv) el padre tiene una actitud violenta.

De los hechos anteriores se demuestra que después de que el padre hubiera desconocido la determinación adoptada por el ICBF, los derechos de Ema están sometidos a una amenaza que está por suceder y en caso de que fuera así, el menoscabo sería de gran intensidad. Además, las medidas que se requieren para conjurar el posible perjuicio irremediable son urgentes y la acción de tutela es impostergable a fin de garantizar que ésta sea adecuada para restablecer el orden social justo.

19. En suma, en este caso la tutela es procedente con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable ante: (i) el riesgo que comporta la medida de restablecimiento de derechos adoptada por el ICBF, que asignó la custodia a Belén, y (ii) la amenaza de los derechos de Ema al haber sido sustraída de la casa de su tía por su padre, quien no tenía a su cargo la custodia.

Naturaleza y alcance del interés superior del niño

En efecto, de acuerdo con la norma citada, los niños no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico. Así pues, siempre que se protejan los derechos de los menores de edad cobra relevancia el interés superior del niño, lo que significa que todas las medidas que les conciernan, "(...) deben atender a éste 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".[48]

El principio mencionado es desarrollado por el Código de la Infancia y la Adolescencia, que

en su artículo 8º define el interés superior del niño, niña o 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”.

21. En el mismo sentido, la Convención sobre Derechos del Niño[49] consagra la obligación de las autoridades de tener una consideración especial para la satisfacción y protección de los derechos de los niños. Específicamente, el artículo 3.1. del instrumento mencionado 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.”

22. Para efectos de analizar cómo opera el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en la sentencia T-510 de 2003[50] esta Corporación 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”[51], especialmente en razón al riesgo que genera 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, niñas y adolescentes en un caso particular: (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 (si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y 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.[52]

23. En conclusión, siempre que las autoridades administrativas y operadores judiciales adopten una decisión de la que puedan resultar afectados los derechos de un menor de edad, 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.

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

24. El artículo 5º Superior prevé la obligación del Estado de amparar a la familia como institución básica de la sociedad. En el mismo sentido, el artículo 42 determina que la familia es un derecho de todas las personas y reitera la obligación del Estado de protegerla. Además, el artículo 44 consagra el derecho fundamental de los niños a tener una familia en la que se garanticen sus derechos al cuidado y al amor, y a no ser separados de ella.

La Ley 1098 de 2006[53], desarrolla los derechos fundamentales de los niños a la familia, al cuidado y al amor, y determina que “los 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 y sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos.”[54]

Asimismo, el artículo 23 de la misma ley dispone que los niños, las niñas y los adolescentes, tienen derecho a que sus padres, en forma permanente y solidaria, asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.

De las normas antes citadas se evidencia que el derecho de los niños a tener una familia (i) es de carácter fundamental, y (ii) conlleva la existencia de otras garantías fundamentales como son los derechos a no ser separados de ella y a recibir cuidado y amor.[55]

25. En distintas ocasiones la Corte Constitucional ha protegido por vía de tutela el derecho de los niños a la familia en relación con la prohibición de que sean 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.[56]

No obstante, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que esa protección no es absoluta, puesto que el derecho de los niños 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”[57].

Así, el derecho de los niños a la familia y a no ser separados de ella implica que, como regla general, se garantice su estabilidad. En efecto, cualquier determinación de las autoridades en relación con este tema debe tomar en consideración la necesidad de que los niños permanezcan en un hogar, para que su desarrollo sea estable y no se interrumpa el ejercicio de otros derechos, como la educación y la salud.

Sin embargo, la regla mencionada admite como excepción que los niños, niñas y adolescentes puedan ser separados de sus padres y/o de su núcleo familiar, cuando así lo imponga su interés superior.

26. Para establecer si la prevalencia del interés superior de un niño exige que sea separado de su núcleo familiar, además de los criterios generales de análisis ya mencionados, en la sentencia T-510 de 2003[58] la Corte Constitucional identificó tres tipos de circunstancias que indican cuándo se debe tomar una determinación en este sentido.

En primer lugar, existen hechos que son suficientes para decidir en contra de la ubicación de un niño en una determinada familia, estos son: (i) la existencia de riesgos ciertos para la vida, la integridad o la salud del menor de edad; (ii) los antecedentes de abuso (físico, sexual o psicológico) en la familia, y (iii) las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 Superior ordena protección, esto es, abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

En segundo lugar, las circunstancias que pueden constituir motivos de peso para separar a un niño de su familia son “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”. [59]

En tercer lugar, esta Corte identificó 4 circunstancias que no pueden ser suficientes para motivar la separación de un menor de edad de su familia biológica, a saber: (i) que la

familia biológica viva en condiciones de escasez económica; (ii) que los miembros de la familia biológica no cuenten con educación básica; (iii) que alguno de los integrantes de la familia biológica haya mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor; y (iv) que alguno de los padres o familiares tenga mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en violencia intrafamiliar).

No obstante, las tres últimas hipótesis, sumadas a otras razones de peso, pueden contribuir a orientar la decisión respecto de la separación del menor de edad de su núcleo familiar.

De acuerdo con estos criterios, que deben servir de fundamento a la decisión de apartar a un menor de edad de su familia biológica, para decretar la separación es indispensable hacer una valoración integral de las circunstancias fácticas de cada caso.

27. En distintas ocasiones la Corte ha estudiado casos en los que parientes de menores de edad controvierten decisiones que separan a los niños de sus padres y asignan la custodia a un miembro de su familia extensa.

28. Por ejemplo, en sentencia T-557 de 2011[60] esta Corporación estudió la tutela presentada por un hombre en representación de sus dos hijos menores de edad en contra el ICBF, con ocasión de la medida de restablecimiento de derechos consistente en otorgar la custodia provisional de los niños a su abuela materna, sin haberle notificado del inicio del procedimiento administrativo.

El accionante tenía a su cargo la custodia de los niños con ocasión del abuso sexual del que fue víctima la niña por parte del compañero permanente de la madre. No obstante, cuando los niños visitaron a la progenitora durante las vacaciones, ella incumplió el compromiso de regresarlos a la casa del padre y la abuela materna solicitó al ICBF que le asignara la custodia de los niños, lo que en efecto sucedió.

El padre de los niños viajó a la ciudad en donde residían la abuela y la madre, con el fin de recoger a sus hijos y descubrió que los niños no vivían con la abuela sino con la madre y su compañero permanente.

En la sentencia mencionada se estableció que los derechos e intereses de los padres y demás personas relevantes deben ser interpretados y garantizados en función del interés

superior de los menores de edad, de manera que sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños. En particular, la Sala de Revisión determinó que la medida de protección de los derechos de los niños adoptada por el defensor de familia del ICBF, no estaba fundamentada en material probatorio sólido, y la autoridad administrativa omitió valorar las consecuencias negativas que su decisión podía acarrear para los menores de edad, ante la amenaza sobre la integridad física y emocional de la niña, generada por la conducta del compañero de su madre.

La Sala resaltó que el ICBF ignoró que los niños habían constituido objeto de disputa entre sus progenitores y familiares, y que tal situación generaba consecuencias negativas para su adecuado desarrollo psicológico, afectivo, social y emocional. En relación con este punto se estableció que “[l]as autoridades administrativas y judiciales, se reitera, no deben avalar actuaciones apartadas del ordenamiento jurídico, como la retención de unos menores por uno de sus progenitores o algún familiar, pues lo que corresponde, en un Estado de Derecho, es hacer respetar las órdenes judiciales proferidas por las autoridades competentes, salvo que se compruebe que los niños están ante un peligro o amenaza inminente, que recomienden modificar una situación ya definida judicialmente, únicamente en aplicación del principio del interés superior del menor y siempre con respeto de las garantías de todos los interesados.”

En consecuencia, la Corte revocó el fallo de única instancia, concedió el amparo de los derechos de los niños y ordenó que los regresaran a la casa de su progenitor.

29. Del mismo modo, en sentencia T-767 de 2013[61], la Corte estudió la tutela presentada por el tío de dos niños contra la decisión adoptada por un juez de familia en el trámite de control jurisdiccional de la decisión mediante la cual el ICBF había ordenado el restablecimiento de sus derechos. En aquella ocasión el juez decidió no homologar la mediada de ubicación con su familia extensa (la tía paterna) y asignó la custodia a la madre. El tío de los menores de edad alegó la existencia de un defecto fáctico, pues en una valoración psicológica practicada, los niños dijeron que su abuela materna los maltrataba.

En aquella ocasión la Corte hizo referencia a la naturaleza y alcance del interés superior del niño, y se refirió a la Observación General No. 14 del 29 de mayo de 2013, mediante la cual el Comité de los Derechos del Niño[62] interpretó el párrafo 1º del artículo 3º de la

Convención sobre los Derechos del Niño.

Al resolver el caso concreto, la Sala encontró que la medida provisional adoptada por el ICBF, consistente en dar la custodia de los niños a la tía, comportó la convivencia con su papá (quien había violado un acuerdo de custodia) y la alienación de la madre. Por tal motivo, las declaraciones rendidas por los niños podían haber sido manipuladas.

En consecuencia, se determinó que el criterio determinante para restar valor a las declaraciones de los niños se fundó en su interés superior. En efecto, el juez de homologación “(...) aplicó el interés superior de los niños en su faceta de norma de procedimiento, y visibilizó que, la autoridad administrativa tomó una decisión que tenía estrecha relación con los derechos de los niños y no evaluó las posibles repercusiones de la decisión en los menores de edad involucrados. En este sentido, al estimar cuál debía ser la decisión adoptada por la autoridad administrativa, el Juzgado (...) en cumplimiento del deber que impone el interés superior del niño, determinó que la autoridad defendió únicamente los intereses del padre de los menores de edad y omitió considerar su estabilidad física, emocional y psicológica.”

Por consiguiente, la Corte confirmó la sentencia de única instancia, que negó la tutela presentada por el tío de los menores de edad.

30. De las decisiones reseñadas se evidencia que por regla general, los niños deben permanecer con sus padres y en caso de que la permanencia con estos amenace sus derechos, deben estar bajo el cuidado de su familia extensa. Sin embargo, todas las decisiones que adopten las autoridades administrativas y judiciales al respecto deben guiarse por el interés superior de los menores de edad, que supone que se realice un análisis minucioso de las circunstancias particulares de los niños para determinar si excepcionalmente procede la separación de los padres.

El procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos

31. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En el mismo sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que la familia tiene la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes y, además, el deber de asegurar a los niños su continuidad y permanencia en el ciclo educativo.

Adicionalmente, el artículo 41 de la misma normativa asigna al Estado distintos deberes, dentro de los cuales se encuentra el de asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que hayan sido vulnerados. En esa medida, el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos es el mecanismo que prevé la ley para asegurar a los niños, niñas y adolescentes sus garantías fundamentales.

32. En particular, el artículo 50 del Código de la Infancia y la Adolescencia indica que “se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los 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”.[63] Además, el artículo 52 de la misma normativa establece que el restablecimiento de los derechos es responsabilidad del Estado, a través de las autoridades públicas, las cuales tienen la obligación de adelantar el trámite respecto de los menores de edad que se encuentran en condiciones de riesgo o vulnerabilidad, para que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales.[64]

El ejercicio de aquella obligación estatal implica que, de manera inmediata, la autoridad competente compruebe el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y verifique: 1. el estado de salud física y psicológica; 2. el estado de nutrición y vacunación; 3. la inscripción en el Registro Civil de Nacimiento; 4. la ubicación de la familia de origen; 5. el entorno familiar y la identificación, tanto de elementos protectores, como de riesgo para la vigencia de los derechos; 6. la vinculación al sistema de salud y seguridad social; y 7. la vinculación al sistema educativo[65].

Con fundamento en los medios de prueba obtenidos en la etapa de verificación de derechos, las autoridades administrativas referidas pueden adoptar alguna de las medidas de restablecimiento previstas en el artículo 53 del código en cita[66], las cuales por regla general son de carácter transitorio, pues deben ser modificadas o suspendidas en caso de que se alteren las circunstancias que les dieron lugar.[67]

Así pues, la adopción de medidas de restablecimiento de derechos, tiene como fundamento la verificación metódica de las circunstancias particulares en las que se encuentra el menor de edad, con el fin de determinar si existe una real amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

33. La Corte Constitucional ha fijado reglas para la adopción de medidas de restablecimiento de derechos de los menores de edad, y específicamente ha señalado que el decreto y práctica de medidas de restablecimiento de derechos están sujetos a límites constitucionales, tales como la motivación objetiva,[68] por tal razón toda medida “debe encontrarse precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente”[69].

En ese orden de ideas, las medidas de restablecimiento deben estar justificadas de manera explícita, y además deben ser razonables y proporcionadas[70]. Estos estándares argumentativos limitan el margen de discrecionalidad que ostentan las autoridades competentes según el artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia (las defensorías y comisarías de familia)[71] para prevenir, garantizar y restablecer los derechos[72].

34. La jurisprudencia constitucional ha establecido algunos elementos que deben considerar tales decisiones, en razón a que se trata de procesos técnicos e interdisciplinarios complejos. Particularmente ha establecido que estas medidas deben:

35. En conclusión, cuando las autoridades administrativas decretan una medida de restablecimiento de derechos a favor de un menor de edad, deben ir más allá de la revisión de los requisitos sustanciales del asunto, pues están en la obligación de ejercer sus competencias legales de conformidad con los mandatos de la Constitución y tal imperativo implica proteger los derechos fundamentales de los niños de manera prevalente, con fundamento en criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, cualquier medida de restablecimiento de derechos debe estar precedida por un análisis de oportunidad, conducencia y conveniencia. Lo contrario podría conllevar, de manera paradójica, a la negación de los derechos que el Estado pretende proteger y a la admisión de la arbitrariedad como regla, en contra del derecho fundamental al debido

proceso administrativo.

El ICBF cumplió la obligación a su cargo de proteger los derechos de los niños

36. Tal y como se estableció en los fundamentos jurídicos 31 a 35 de esta sentencia, el Estado, a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, tiene a su cargo la protección de los derechos fundamentales de los niños, y en particular el deber de restablecerlos cuando quiera que estos sean amenazados. En ejercicio de dicha competencia, las autoridades pertinentes están obligadas a efectuar la verificación metódica de las circunstancias particulares en las que se encuentra el menor de edad, para determinar si existe una real amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

Además, la adopción de medidas de restablecimiento de derechos debe estar precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, y justificarse en el interés superior del niño.

En particular, las autoridades que tomen estas medidas deben soportarlas en criterios jurídicos que determinen el interés superior de los niños, tales como propender por el desarrollo integral del menor de edad, proporcionar las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, protegerlos frente a riesgos prohibidos, y proveer un ambiente familiar apto para su desarrollo.

Así pues, en caso de que las autoridades encargadas de adelantar los procesos de restablecimiento de los menores de edad, no tengan en cuenta los criterios antes mencionados y adopten medidas de restablecimiento de derechos que los sometan a riesgos prohibidos, se desconocerían el interés superior del niño y su derecho a tener una familia.

37. En el caso objeto de estudio, el señor Fidel afirmó que al haber adoptado como medida de restablecimiento de derechos de Ema la asignación de la custodia a su tía Belén, la menor de edad corría peligro de ser explotada sexualmente. Específicamente, el padre señaló que el ICBF ignoró que su hermana está privada de la libertad en su casa por el delito de porte y tráfico de estupefacientes, y ella y sus hijas ejercen la prostitución.

Contrario a lo que afirma el accionante, la Sala considera que en el procedimiento de restablecimiento de derechos que se adelanta ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las determinaciones adoptadas por la entidad han obedecido a los criterios fijados por la jurisprudencia, en particular, la primacía del interés de los niños, veamos:

38. En primer lugar, la determinación de iniciar el proceso de restablecimiento de derechos y la adopción de la medida provisional de ubicar a Ema en un hogar sustituto, obedecieron al análisis de las circunstancias fácticas del caso y a la necesidad de proteger sus derechos.

En efecto, la niña fue entregada al ICBF por su abuela, quien la agredía física y psicológicamente, y manifestó que no podía hacerse cargo de ella. Además, la madre la abandonó y el padre trabajaba en una finca y no podía garantizarle sus derechos.

Ante esas circunstancias, la Defensoría de Familia constató la amenaza de los derechos a la vida, al ambiente sano, de alimentos, a la protección contra el consumo de sustancias psicoactivas, a la custodia y cuidado personal de Ema. En consecuencia, el 2 de marzo de 2015, se ordenó la ubicación de la menor de edad en un hogar sustituto.

39. En segundo lugar, la Sala advierte que la determinación de asignar la custodia y cuidado personal de la menor de edad a su tía, obedeció a criterios objetivos, tales como la imposibilidad del padre de hacerse cargo de la menor de edad, los antecedentes de violencia del padre, la manifestación de la tía de querer cuidarla, y la estabilidad que le podía proporcionar la familia de la señora Belén.

En particular, la medida de restablecimiento de derechos adoptada fue precedida por distintas valoraciones psicológicas y la visita al domicilio de la señora Belén. Del mismo modo, la tía de la menor de edad adquirió distintos compromisos y se ordenó al equipo psicosocial de la Defensoría de Familia que efectuara el seguimiento de la asignación de custodia a la señora Belén, a fin de verificar que se garantizaran los derechos de la niña.

En efecto, las visitas se realizaron y se constató que la niña se encontraba en óptimas condiciones, se estaban garantizando sus derechos, y no se evidenció algún factor de vulnerabilidad que ameritara la adopción de una medida diferente.

40. En tercer lugar, como consecuencia del exhorto contenido en la sentencia de primera instancia de esta acción constitucional, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Villachica, la Defensora de Familia, profirió la Resolución No. 101 del 12 de junio de 2015, mediante la cual modificó la medida de Reintegro Familiar a favor de la señora Belén, y ubicó a la niña en un hogar sustituto mientras el equipo psicosocial de la Defensoría verificaba si eran ciertas las afirmaciones del padre sobre el riesgo que corría su hija de ser explotada sexualmente.

Posteriormente, el equipo psicosocial del ICBF entrevistó a personas que residen en el barrio de la señora Belén, con el fin de indagar si ésta presentaba conductas de incitación a la prostitución y verificó que las acusaciones del padre no correspondían a la realidad, y por lo tanto no encontró algún comportamiento que afectara a la menor de edad.

De otra parte, el ICBF garantizó la vinculación de la madre al proceso, quien manifestó que quería hacerse cargo de su hija. En consecuencia, se realizó una visita a su vivienda en la ciudad de Libertad, en la que se indagó sobre sus circunstancias particulares y se estableció que aunque podía encargarse del cuidado de su hija, tenía una actitud permisiva y era incapaz para asumir una posición de autoridad, lo cual podría conducir a la desintegración familiar. Asimismo, se estableció que el nivel educativo de la madre podría ser un factor de riesgo para su hija[75].

Posteriormente, se comprobó que la relación de la niña con su madre es distante y la menor de edad le guarda resentimiento debido a los antecedentes de abandono. En efecto, en el proceso se evidenció que la niña no la percibe como figura cariñosa y protectora.

En consecuencia, mediante Resolución N° 00245 del 20 de noviembre de 2015, la Defensora de familia efectuó el reintegro familiar de la niña a su tía Belén. En relación con la motivación de este acto administrativo, la Sala extraña referencias explícitas sobre la valoración de la posibilidad de asignar la custodia a la madre, quien manifestó la voluntad de hacerse cargo de su hija. Con todo, a pesar de la omisión mencionada, se advierte que el ICBF sí valoró la manifestación de la madre y su equipo psicosocial determinó, tal y como consta en las pruebas que obran en el expediente del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos (folios 219 y 251-259), que la relación de la niña con su madre estaba deteriorada por el abandono, que la actitud permisiva de la primera

comportaba un riesgo que podía producir la desintegración familiar, y que el nivel educativo de la señora era un factor de riesgo para la protección de los derechos de la menor de edad.

Posteriormente, el equipo interdisciplinario del ICBF acudió a la casa de la señora Belén en dos ocasiones para hacer seguimiento del caso y constató que la niña estaba estudiando, cumplía con sus deberes y tenía una relación cariñosa con su tía.

41. De otro lado, de las actas de las diligencias para las que fue comisionado el Juzgado Promiscuo de Familia de Villachica en sede de revisión, se constató que la vivienda de la señora Belén se ubica en un barrio en el que hay casas de uso familiar, no se encontraron establecimientos de licor y no se advirtió que se ejerciera la prostitución en el sector. Además, se comprobó que la señora Belén fue condenada por porte de estupefacientes, pues fue detenida transportando base de coca, cumplió la condena en su casa y en la actualidad no es requerida por ninguna autoridad judicial.

De los hechos probados en la inspección judicial y el interrogatorio practicado a la señora Belén, se evidencia que la información suministrada por el equipo psicosocial del ICBF coincide con las conclusiones de las diligencias practicadas en esta sede.

42. De conformidad con los hechos antes mencionados, la Sala advierte que todas las determinaciones adoptadas por el ICBF: (i) fueron precedidas por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro sobre los derechos fundamentales de Ema, es decir, se fundamentaron en evidencias y criterios objetivos, lo que se evidencia del análisis sobre la pertinencia de asignar la custodia sus padres, quienes manifestaron querer hacerse cargo de la niña; (ii) respondieron a una lógica de gradación, pues la gravedad de los hechos fue proporcional con la rigurosidad de las medidas adoptadas; (iii) en este sentido, se observó el principio de proporcionalidad; (iv) se adoptaron por un término razonable; (v) las medidas que implicaron la separación del niño de su familia, esto es, las dos oportunidades en las que fue ubicada en un hogar sustituto, fueron temporales y se basaron, la primera, en la evidencia de que no había una persona apta para cumplir con sus funciones básicas, y la segunda, en el aviso de que la niña corría el riesgo de ser inducida a la prostitución; (vi) siempre estuvieron justificadas en el principio de primacía del interés superior de la menor

de edad; (vii); no se basaron únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia; y (viii) no significaron una desmejora de la situación en la que se encontraba Ema, quien quedó a cargo de una familia que se ocupaba de su cuidado.

Por consiguiente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no vulneró los derechos de Ema, pues contrario a lo que afirma el señor Fidel, se comprobó que los funcionarios de la entidad cumplieron con sus obligaciones, adoptaron las medidas pertinentes para proteger sus derechos fundamentales, y siempre garantizaron la primacía de su interés superior.

La vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando los padres desconocen las medidas de restablecimiento de derechos adoptadas por las autoridades competentes

43. En el caso que se analiza el señor Fidel presentó la tutela en representación de su hija menor de edad, por considerar que el ICBF vulneró su derecho a la dignidad humana al asignar la custodia a su tía, quien podía incitarla a la prostitución. No obstante lo anterior, en el trámite de esta tutela la Corte advirtió que a pesar de que la señora Belén tiene a su cargo la custodia de la niña Ema, pues la Resolución N° 00245 del 20 de noviembre de 2015 está vigente, en la actualidad la menor de edad no vive con su tía.

En efecto, el 3 de abril de 2016, el padre acudió a la casa de la tía cuando ésta estaba ausente mientras atendía una calamidad familiar y se llevó a la niña para comprar ropa. Sin embargo, el señor Fidel no regresó con su hija, y a pesar de que fue citado a comparecer ante la entidad por diferentes medios no se presentó.

44. Tal y como se constata en el expediente de restablecimiento de derechos allegado por la autoridad accionada, a la fecha se desconoce el paradero de la niña y, en ese orden de ideas, no es posible determinar si el padre está garantizando el ejercicio de sus derechos. En efecto, de los testimonios de los familiares se evidencia que la menor de edad estuvo escondida en una finca alejada de la ciudad y aparentemente regresó a la ciudad porque ha sido vista siguiendo a su papá en estado de embriaguez. Además, la niña dejó de asistir al colegio, y está bajo el cuidado de su padre, quien tiene una actitud violenta.

En el procedimiento de restablecimiento de derechos y en el trámite de esta tutela se comprobó la imposibilidad del padre de cuidar a la menor de edad, pues tanto su madre

como él mismo, señalaron que él no podía hacerse cargo de su hija.

Así pues, aunque el señor Fidel no puede hacerse cargo de su hija y garantizarle sus derechos, decidió llevársela sin autorización y no se ha presentado al ICBF para demostrar que esa situación cambió, motivo por el cual solo es posible concluir que el padre está con su hija, a pesar de que no la puede cuidar.

45. De otra parte, en el trámite administrativo se advirtió que el accionante declaró que maltrataba a su hija “de vez en cuando” y, en la primera valoración psicológica de la niña, se hizo evidente que tenía un estilo de crianza autoritario, con focos de agresividad física y psicológica. A lo anterior se suma el carácter violento del señor Fidel, quien fue condenado por el delito de lesiones personales, al haber atacado a 3 hombres con un machete, se enfrentó al guardia de seguridad del Centro Zonal del ICBF con un cuchillo, y ha amenazado de muerte a su hermana.

En este orden de ideas, la infracción de la medida de restablecimiento adoptada por el ICBF pone en riesgo de ser maltratada a Ema, situación que a todas luces amenaza su integridad personal, y desconoce sus derechos al cuidado y al amor.

46. Como se mencionó, el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella no es absoluto, porque éste implica su integración en un medio propicio para desarrollarse. Entonces, cuando en la familia no hay presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza, y los derechos fundamentales de los niños están en riesgo, puede ser procedente la separación.

En este sentido, en el caso que se analiza el ICBF examinó la solicitud del padre para conservar la custodia de la menor de edad y determinó que la niña estaría en mejores condiciones bajo la custodia de su tía.

Así pues, el posible ejercicio arbitrario de la custodia por parte del padre de Ema restablece la condición de vulnerabilidad en la que estaba al momento de ser llevada ante el ICBF, esto es, expuesta: (i) a riesgos ciertos para su salud, pues el dictamen médico determinó que su peso era inferior al que correspondía para su edad; (ii) a maltrato físico, y (iii) al riesgo de ser abandonada nuevamente, pues ante la imposibilidad del padre de cuidar a su hija y la delegación del cuidado diario a su abuela, ninguna persona se pudo hacer cargo de ella.

47. En este caso la decisión de apartar a la menor de edad de su familia se fundamentó en la evidencia de que el padre no podía protegerla, y la medida adoptada para restablecer sus derechos había cumplido su objetivo. Sobre este punto cabe destacar que el ICBF había comprobado que con la medida adoptada se había garantizado el derecho de la niña a tener una familia, pues se sentía bien en la casa de su tía, iba al colegio y tenían una buena relación.

Por consiguiente, el señor Fidel vulneró el derecho fundamental de su hija a tener una familia y en particular a la estabilidad familiar al haberla sustraído de la casa de su tía mediante engaños y así desconocer la medida mediante la cual el ICBF había restablecido sus derechos.

Conclusiones y decisión a adoptar

48. Del análisis del caso planteado, se derivan las siguientes conclusiones:

- En este caso el actor indicó que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar había vulnerado el derecho a la dignidad humana de la niña Ema al haber adoptado como medida de restablecimiento de derechos la asignación de la custodia a su tía paterna, quien podía incitarla a la prostitución.

La Sala advirtió que en este caso, las autoridades adoptaron distintas medidas que fueron precedidas por labores de verificación, respondieron a una lógica de gradación, siempre estuvieron justificadas en el principio de primacía del interés superior de la menor de edad y no significaron una desmejora de la situación en la que se encontraba Ema, quien quedó a cargo de una familia que garantizaba sus derechos.

Por consiguiente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no vulneró los derechos de Ema, pues contrario a lo que afirma el señor Fidel, se comprobó que los funcionarios de la entidad cumplieron con sus obligaciones, adoptaron las medidas pertinentes para proteger sus derechos fundamentales, y siempre garantizaron la primacía de su interés superior.

- Un padre desconoce el derecho a tener una familia, y en particular la garantía a la estabilidad familiar, cuando arbitrariamente sustrae al niño del hogar al que el ICBF ha asignado su custodia.

En este caso el señor Fidel infringió la decisión adoptada por el ICBF y mediante engaños sustrajo a Ema de la casa de su tía. De este modo el padre transgredió el derecho fundamental de la niña a tener una familia y a no ser separada de ella.

49. Por ende, es preciso confirmar la decisión adoptada por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Libertad, que confirmó la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Villachica, que negó el amparo en relación con la supuesta violación del derecho a la dignidad humana de Ema por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pero por las razones contenidas en esta sentencia.

Además, esta Sala amparará el derecho a tener una familia y a no ser separada de ella de la niña Ema, vulnerado por el señor Fidel y, en consecuencia, ordenará al señor Fidel que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, entregue a la niña Ema en las instalaciones del ICBF para que se restablezcan sus derechos.

50. Además, se ordenará al ICBF, que una vez el señor Fidel presente a la niña Ema ante la entidad, adelante el restablecimiento de sus derechos. En ese proceso se deberá evaluar la voluntad, tanto de la madre como de la tía Belén (quien en el trámite de la tutela informó que no quería hacerse cargo de la niña por miedo a las amenazas de su hermano), de asumir la custodia de la menor de edad, y la valoración que se realice deberá aparecer de forma expresa en el acto administrativo que adopte la medida de restablecimiento de derechos correspondiente.

En todo caso, de considerarlo pertinente, el ICBF continuará con las visitas periódicas y dispondrá de los medios judiciales y/o policivos a que haya lugar para proteger a la niña de cualquier amenaza, en particular, de que su padre la sustraiga del lugar en el que sea ubicada.

51. De otra parte, según el artículo 82[76] de la Ley 1098 de 2006, corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del defensor de familia, representar a los niños, en las actuaciones judiciales cuando su representante sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.

En consecuencia, la Corte ordenará al ICBF que, en caso de que el señor Fidel no dé cumplimiento a la orden de devolver a Ema al ICBF, en representación de la niña solicite el cumplimiento de esta providencia al juez de primera instancia, de conformidad con los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, quien tendrá el apoyo de la Policía Nacional.

52. De otro lado, de conformidad con los artículos 2º Superior[77], 1º y 29 del Decreto 1355 de 1970[78], y 88 y 89 del Código de la Infancia y la Adolescencia[79]; la Policía tiene el deber de proteger la vida, honra y bienes de las personas, y ante la urgencia en la protección de los derechos se acude a su intervención. En ese sentido, corresponde a la Policía intervenir ante el llamado de cualquier persona cuando se está en una situación que pone en peligro los derechos de los niños.

Por consiguiente, se ordenará a la Comisaría de Policía de Villachica que busque a la menor de edad Ema y la ponga a disposición del ICBF, con el fin de que se adelante el proceso de restablecimiento de sus derechos.

53. Por último, de las pruebas aportadas al proceso, la Sala advirtió que la Defensora de familia encargada del caso presentó denuncia penal en contra del señor Fidel, quien incurrió en el presunto delito de ejercicio arbitrario de custodia y cuidado personal, previsto en el artículo 230 del Código Penal.

En esa medida, la Corte compulsará copias del expediente de la referencia a la Dirección Nacional de Seccionales y a la Seccional XXX de la Fiscalía General de la Nación, para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales, tenga en cuenta lo decidido en esta sentencia en la investigación que adelante ante la denuncia presentada el 13 de junio de 2016 por la Defensora de familia del Centro Zonal del ICBF de Villachica, en contra del señor Fidel por el presunto delito de ejercicio arbitrario de custodia y cuidado personal de su hija Ema.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la decisión adoptada por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Libertad, el 30 de julio de 2015, que confirmó la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Villachica el 1º de junio de 2015, que negó el amparo en relación con la supuesta violación de su derecho a la dignidad humana por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

SEGUNDO.- CONCEDER EL AMPARO de los derechos a familia y a la integridad personal de la niña Ema, vulnerados por el señor Fidel y, en consecuencia, ORDENAR al señor Fidel que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, entregue a la niña Ema en las instalaciones del ICBF para que se restablezcan sus derechos.

TERCERO.- ORDENAR al Centro Zonal de Villachica del ICBF, que una vez el señor Fidel presente a la niña Ema ante la entidad, adelante el restablecimiento de sus derechos. En ese proceso se deberá evaluar la voluntad, tanto de la madre como de la tía Belén, de asumir la custodia de la menor de edad, y la valoración que se realice deberá aparecer de forma expresa en el acto administrativo que adopte la medida de restablecimiento de derechos correspondiente. En caso de considerarlo pertinente, se realizarán las visitas periódicas y se dispondrá de los medios judiciales y/o policivos a que haya lugar para proteger a la niña de cualquier amenaza. En caso de que la custodia se asigne a la tía de la menor de edad, se deberá coordinar su protección con la Policía.

Además, en caso de que el señor Fidel no dé cumplimiento a la orden contenida en el numeral segundo de esta decisión, mediante sus defensores de familia, en representación de la niña Ema, deberá solicitar su cumplimiento ante el juez de primera instancia, de conformidad con los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, quien contará con el apoyo de la Policía Nacional.

CUARTO.- ORDENAR a la Comisaría de Policía de Villachica que (i) busque a la menor de edad Ema y la ponga a disposición del ICBF, con el fin de que se adelante el proceso de restablecimiento de sus derechos; (ii) en caso de requerirse la protección a la tía de la niña, la brinde; y (iii) en caso de que el juez encargado del cumplimiento de esta sentencia lo ordene, preste su apoyo para garantizar que se realicen las órdenes contenidas en ésta.

QUINTO.- COMPULSAR COPIAS del expediente de la referencia a la Dirección Nacional de Seccionales y a la Seccional XXX de la Fiscalía General de la Nación, para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales, tenga en cuenta lo decidido en esta sentencia en la investigación que adelante ante la denuncia presentada el 13 de junio de 2016 por la Defensora de familia del Centro Zonal del ICBF de Villachica, en contra del señor Fidel por el presunto delito de ejercicio arbitrario de custodia y cuidado personal de su hija Ema.

SEXTO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores de edad implicados en procesos de tutela y de los de sus familiares ha sido adoptada -entre otras- en las siguientes sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002 y T-510 de 2003.

[2] A folio 8 del Cuaderno 1, se encuentra la Tarjeta de Identidad de Ema, nacida el 6 de junio de 2004.

[3] A folio 17 ibídem, se encuentra la copia del Registro Civil de Nacimiento de Ema, en el

que consta la identidad de sus padres.

[4] A folio 19-22 ibídem, se encuentra la constancia de la denuncia presentada por Adela ante el ICBF el 2 de marzo de 2015, la cual está firmada por una trabajadora social del Centro Zonal de Villachica del ICBF. En el informe de constatación de denuncia se dice que los abuelos no pueden hacerse cargo de la menor de edad, ésta fue obligada a consumir marihuana, no sabe sobre el paradero de su mamá, y además, su papá no puede visitarla porque trabaja en el campo.

[6] A Folios 23-29 ibídem, se encuentra un concepto de estado de cumplimiento de los derechos de la niña tras valoración integral del ICBF, en el que se reseñan los resultados de la valoración psicológica de la menor de edad.

[7] A Folios 39-40 ibídem, se encuentra el Acta de Colocación Familiar del 2 de marzo de 2015, en la cual se deja constancia de la recepción de la niña Ema por parte de una madre sustituta. En el documento mencionado se fijan las obligaciones de la madre sustituta.

[8] A Folios 33-35 ibídem, se encuentra la copia del auto de apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos.

[9] A Folios 48-49 ibídem, se encuentra la declaración de la señora Rosa.

[10] A Folios 50-54 ibídem, se encuentra el informe social sobre la petición de Belén de tener la custodia de la niña. En el documento, del 4 de mayo de 2015, se establece que se practicó una visita domiciliar a la señora Belén, en la que se constató que vive en una casa propia, en la que habitan 6 personas, su esposo y 3 hijos de 20, 16 y 13 años y un nieto de 4 años. La señora Belén se dedica a su hogar y su esposo trabaja como coterero en el casco urbano de Villachica. Se concluye que éste es un hogar adecuado para la niña Ema.

[11] Folios 10-11 ibídem.

[12] La contestación de la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Villachica se encuentra a folios 16-18 ibídem.

[13] Folio 17 ibídem.

[14] Folios 55-61, ibídem.

[15] Folio 64, ibídem.

[16] Folios 4-9, Cuaderno 2.

[17] Específicamente la Sala formuló las siguientes preguntas:

“a) En la valoración psicológica de la menor, realizada en el marco del proceso de restablecimiento de derechos, se evidenció que la niña manifestó que había vivido con la señora Belén, pero no quería volver a su casa porque era agresiva verbalmente, le exigía a hacer los quehaceres domésticos, y uno de sus hijos la obligó a consumir marihuana. ¿Qué valoración dio el ICBF a la manifestación de la niña de no querer vivir con su tía?

b) ¿La medida adoptada en el trámite de restablecimiento de derechos de la niña Ema, consistente en otorgar la custodia a su tía Belén, está vigente?

c) ¿Se ha dado el seguimiento psicosocial por parte del ICBF para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la señora Belén? En caso de ser afirmativa la respuesta, allegue los documentos que den cuenta del resultado del seguimiento.

d) ¿Se llevó a cabo un proceso de homologación de la medida de restablecimiento de derechos?

e) En el trámite de esta tutela los jueces de primera y segunda instancia exhortaron al ICBF para que verificaran la situación de la niña. En particular, ¿qué medidas adoptó en cumplimiento del exhorto proferido por el juez de primera instancia y confirmado por el ad quem?”

[18] Folios 201-202, Expediente del proceso de restablecimiento de derechos.

[19] Folios 58-59, Ibídem.

[20] Folios 209-211, Ibídem.

[21] El padre fue condenado por el delito de lesiones personales causadas a 3 personas.

[22] Folio 139, Ibídem.

[23] Folio 140, Ibídem.

[24] La constancia de la llamada se encuentra a folio 141, Ibídem.

[25] Folios 218-221, Ibídem.

[26] Folio 219, Ibídem.

[27] Folios 251-259, Ibídem.

[28] Folios 286-288, Ibídem.

[29] A folios 312-314 Ibídem.

[30] Folio 315, Ibídem.

[31] Folios 319-320, Ibídem.

[32] Folios 353 y 354, Ibídem.

[33] Folios 52. Las actas en las que constan las diligencias comisionadas están a folios 40-48 y 53-71 del Cuaderno de Revisión.

[34] Folio 64R del Cuaderno de Revisión.

[35] ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERÉS. “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

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

[36] Sentencia T-531 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[37] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[38] En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se estableció: “En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”

[39] Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[40] Ver sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[41] Sentencia C-740 de 2008; M.P. Jaime Araújo Rentería.

[42] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[43] Sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[44] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[45] M.P. María Victoria Calle Correa.

[46] Sentencia T-941 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[47] Sentencia T-276 de 2012; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[48] Sentencia T-767 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[49] Este instrumento hace parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, conforma el ordenamiento interno, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Política.

[50] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[51] Sentencia T-510 de 2013.

[52] Esta regla fue formulada en las sentencias T-397 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda y T-572 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

[53]“Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

[54] Artículo 22 de la Ley 1098 de 2006.

[55] Ver sentencia T-767 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[56] Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias T-110 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y T-049 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

[57] Sentencia C-997 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[58] M.P. Manuel José Cepeda.

[59] Sentencia T-510 de 2003.

[60] M.P. María Victoria Calle Correa.

[61] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[62] La función interpretativa de este órgano es ejercida a través de observaciones generales, las cuales, aunque no forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, sí forman parte del bloque como fuente interpretativa, conforme al artículo 93, inciso 2, de la Constitución Política.

[63] Distintas sentencias han destacado la importancia de esta norma, ver, entre otras, las sentencias T-044 de 2014 y T-075 de 2013; M.P. Nilson Pinilla.

[65] Artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

[66] Según el artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia, son medidas de restablecimiento de derechos las siguientes:

“1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

2. 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.

3. Ubicación inmediata en medio familiar.

4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.

5. La adopción.

6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.”

[67] De conformidad con el artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia:

“La autoridad administrativa que haya adoptado las medidas de protección previstas en este Código podrá modificarlas o suspenderlas cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas. La resolución que así lo disponga se notificará en la forma prevista en el inciso 3o del artículo anterior y estará sometida a la impugnación y al control judicial establecidos para la que impone las medidas.

Este artículo no se aplicará cuando se haya homologado por el juez la declaratoria de adoptabilidad o decretado la adopción.”

[68] Ver la sentencia T-768 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[69] Sentencia T-572 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[70] Sentencia T-851A-12.

[71] Los comisarios de familia, en los lugares donde existen defensores de familia,

solamente pueden ocuparse en los casos de violencia intrafamiliar. En los lugares donde no hay defensores, conocen de cualquier amenaza o vulneración de los derechos de los niños y pueden tomar cualquier medida de restablecimiento, salvo la declaración de adoptabilidad del niño que le corresponde al defensor de familia.

[72] Código de Infancia y Adolescencia artículo 99.

[73] “T-572 de agosto 26 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-572 de julio 15 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; T-671 de febrero 20 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-502 de julio 30 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-580ª de julio 25 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo; entre otras.”

[74] Sentencia T- 276 de 2012; M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[75] La señora Clara no sabe leer ni escribir, ni hacer operaciones aritméticas.

[76] “Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia. Reglamentado por el Decreto Nacional 4840 de 2007. Corresponde al Defensor de Familia:

(...)

[77]ARTÍCULO 2º. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”.

[78]“Por el cual se dictan normas sobre policía”.

ARTÍCULO 1º. “La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio

colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las Convenciones y Tratados Internacionales, en el Reglamento de Policía y en los principios universales del derecho.”

ARTÍCULO 29. “Sólo cuando sea estrictamente necesario, la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

Así, podrán los funcionarios de policía utilizar la fuerza:

a) Para hacer cumplir las decisiones y las órdenes de los jueces y demás autoridades;

(...)

g) Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves.”

[79]ARTÍCULO 88. “Misión de la Policía Nacional. La Policía Nacional es una entidad que integra el Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Su misión como miembro del Sistema, es garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes en el marco de las competencias y funciones que le asigna la ley. (...)”

ARTÍCULO 89. “Funciones de la Policía Nacional para garantizar los Derechos de los Niños, las Niñas y los Adolescentes. Sin perjuicio de las funciones atribuidas en otras leyes en relación con los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la Policía Nacional y en especial la Policía de Infancia y Adolescencia, tendrán las siguientes funciones:

1. Cumplir y hacer cumplir las normas y decisiones que para la protección de los niños, las niñas y los adolescentes impartan los organismos del Estado.

(...)

10. Brindar apoyo a las autoridades judiciales, los Defensores y Comisarios de Familia, Personeros Municipales e Inspectores de Policía en las acciones de policía y protección de los niños, las niñas y los adolescentes y de su familia, y trasladarlos cuando sea procedente, a los hogares de paso o a los lugares en donde se desarrollen los programas de atención especializada de acuerdo con la orden emitida por estas autoridades. Es obligación de los centros de atención especializada recibir a los niños, las niñas o los adolescentes que sean

conducidos por la Policía.”