T-389-99

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-La realidad como justificación del sistema normativo

La decisión de adoptar la forma del Estado Social de Derecho, trasciende los terrenos de la huera teoría para llenar de contenido y significado cada una de las acciones en el seno de la sociedad. El concepto tradicional de Estado, cuya legitimidad descansa en la función desarrollada por tres ramas independientes que mecánicamente cumplen funciones asignadas por la ley, -intentando traducir con fidelidad los enunciados de una norma jurídica-, es radicalmente reformado por el Constituyente del 91, que ve en la realidad, antes que en los códigos, la justificación del sistema normativo que identificamos como derecho, y en general, de la organización política estatal. Las ideas de justicia y equidad que han alentado el propósito de todos los ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia ya no descansan en la interpretación rígida de normas que inflexiblemente se enfrentan a ciertos hechos, sino en la articulación razonada de las distintas facetas de nuestra compleja realidad que esperan del derecho y sus instrumentos no una simple manera de hacer las cosas, sino una eficaz forma para resolver los conflictos y proteger los derechos de cada cual.

FUNCION PUBLICA-Objetivos deben hacerse realidad

Los organismos que actúan en nombre del Estado en prestación de servicios públicos o asistenciales o en la producción de servicios, están sujetos al cumplimiento de claros objetivos que deben hacerse realidad. La función pública no es una formalidad, no es una abstracción ni es un escenario en donde se busca cumplir con el requisito institucional que la estructura contemporánea demanda del Estado; tampoco se agota en la expedición de preceptos que en tono elocuente enumeran principios y proponen fórmulas. No, se trata de una estructura acaso más complicada, en la que el reconocimiento de derechos y facultades va acompañada de su jerarquización y debida interpretación, y en donde la instrumentalización de los principios constitucionales exige la adecuada administración de recursos, la construcción efectiva de espacios físicos donde estos se puedan desarrollar y la puesta en marcha de métodos que aseguren amplia cobertura y fácil acceso

ESTADO-Protección preventiva del menor

NIÑEZ-Medios de protección deben aplicarse y tener consecuencias prácticas

Los capítulos que establecen medios de protección para la niñez desamparada, desprotegida o puesta en circunstancias de peligro actual o inminente, han sido promulgados para aplicarse y tener consecuencias prácticas; las obligaciones de los padres tienen regulación legal precisamente por la naturaleza de los bienes que se protegen, y la intervención de las autoridades debe ser oficiosa por la especial importancia que se otorga a los derechos de este sector de la población y la situación de indefensión en la que se encuentran los menores.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Protección activa del menor

El I.C.B.F. cumple funciones vitales para intervenir en aquellas circunstancias en donde los derechos del menor se encuentran comprometidos y cuenta con facultades idóneas para llevar a cabo este cometido. Se trata sin ninguna duda, de un sistema de protección que no se conforma con el movimiento inercial que por tradición ejecuta el Estado, sino que exige en muchos casos que sea la Administración que tome la iniciativa e indique al particular la manera apropiada de hacer valer sus derechos y los de aquellas personas que están bajo su cuidado.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL-Objeto

La postulación del principio de solidaridad no tiene otro objetivo que recordar junto a la necesidad de colaboración entre los miembros que componen un mismo cuerpo -el Estado-, el hecho de que ciertas acciones sólo pueden llevarse a cabo a partir de la contribución de múltiples organismos y que por lo tanto, la responsabilidad en la consecución de los fines que se estiman deseables depende, en última instancia de la colaboración de todos los entes interesados -institucionalizados o no-

El éxito de la labor de las autoridades y funcionarios encargados de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos depende esencialmente de la comunicación que exista entre los particulares y los representantes del Estado. De nada se puede responsabilizar a un ente estatal al que no se informa, avisa o pone al tanto de manera oportuna y hasta donde sea posible, inequívoca de las irregularidades ocurridas o de las violaciones perpetradas contra otros miembros de la comunidad. Hasta cierto punto, la efectividad de muchas funciones oficiales está directamente relacionada con la demanda ciudadana por soluciones y por respuestas a los problemas que se presentan. En este punto nada justifica la actitud del

particular que tras la consuetudinaria "ineficacia oficial" pretende sustentar el incumplimiento de su deber de denuncia, o que tras la candorosa alegación de la ignorancia de la norma jurídica –que bien puede traer aparejada una pena o una recompensa-, aspira a pasar inmune el reproche por sus omisiones.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Protección real/FUNCION PUBLICA-Debe llenarse de iniciativa y creatividad

La protección de los derechos fundamentales depende de un compromiso institucional que se amolde a las transformaciones que dentro nuestra cultura jurídica se han presentado a partir de la expedición de la Constitución de 1991. Poco o nada se logra si las autoridades judiciales y administrativas creen –como asombrosamente todavía ocurre-, que la suya es una tarea simbólica que hace parte de las "buenas intenciones" de la Carta Política, reservando sus poderes y atribuciones para hacer frente a los asuntos que tradicionalmente configuran el panorama y la tradición jurídicas verdaderos. La función pública en general, pero particularmente cuando guarda relación con el régimen de garantías fundamentales debe llenarse de iniciativa, incluso creatividad, para que empleando las herramientas legales de que dispone y los recursos logísticos con los que cuenta pueda cumplir su labor con certeza. Además, no puede olvidarse que el principio de autonomía funcional no solo sirve como un criterio de distinción entre las tareas que cumplen las diferentes ramas del poder, sino que constituye el respaldo con que cuenta determinado agente para definir de cara a la Constitución y la Ley el curso de su conducta y para lograr las finalidades que su cargo impone, ciertamente impostergables cuando se habla de la tutela de derechos fundamentales.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-No empleo razonado y proporcionado de recursos para prevenir o impedir violación de garantías constitucionales

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Asistencia psicológica a menor por posible abuso sexual por el padre

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS-Suspensión provisional de visitas por padre hasta que se decida proceso penal

Referencia: Expediente T-193.739

Acción de Tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Defensoría de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos, por la presunta violación de los derechos a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud.

Temas:

Protección especial de los menores de edad

Funciones y compromiso del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Peticionaria: AA

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Martha Victoria Sáchica de Moncaleano (E), y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

Procede a revisar las sentencias de instancia proferidas en el trámite del proceso radicado bajo el número T-193.739.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

a. AA –la peticionaria-, contrajo matrimonio con el señor BB el 25 de julio de 1992, y de esa unión nació una niña. Luego de 10 meses de convivencia la pareja decidió separarse.

a. Pocos días después del nacimiento de la menor -19 de febrero de 1993-, la peticionaria comenzó a notar extraños comportamientos por parte de su esposo hacia la niña, v.g. “baños desnudos con la niña a altas horas de la noche” (folio 2), que le hicieron temer, desde entonces, por la integridad física de la pequeña.

a. La señora AA afirma que la historia clínica de la menor se ha caracterizado por la presencia de infecciones en boca y ano desde temprana edad (folio 1), acompañadas de persistentes dolores vaginales y anales (folios 20, 21, 24 y 25), que han llevado a los médicos a pensar en manipulación de dichos órganos por parte de otra persona (folio 25), y en la configuración de un posible caso de abuso infantil (ibid.).

a. Con el propósito de resolver sus diferencias y llegar a un acuerdo alrededor de la custodia y cuidado personal de la niña, los cónyuges acudieron a uno de los centros zonales (Barrios Unidos), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el 5 de agosto de 1997, para intentar una conciliación, contando con la asesoría de una Defensora de Familia, en el que se fijaron los deberes de cada uno de los padres respecto de su hija y se estableció un régimen de visitas. Según dicho convenio, el padre puede llevarse a la niña cada 15 días, y visitarla en cualquier tiempo, sin limitación alguna (folios 10 y ss).

a. De otra parte, y debido al “trastorno de personalidad no especificado con predominio de elementos infantiles narcisistas y border-line para el varón”, el matrimonio celebrado entre la

peticionaria y el señor BB, se declaró nulo mediante sentencia proferida por el Tribunal Superior Eclesiástico de Colombia, debidamente ratificada el día 27 de febrero de 1998 (folio 16).

a. Los inusuales síntomas presentados por la pequeña, que a pesar del tiempo y los tratamientos no desaparecían, y la sospecha de que en efecto, se podía estar presentando un caso de abuso infantil, llevaron a la madre a buscar ayuda ante diferentes autoridades, pues tras entrevistas y comunicaciones dirigidas a los funcionarios de Bienestar Familiar, poco o nada se había hecho por la menor. En repetidas ocasiones la peticionaria expresó su preocupación a la Defensora de Familia acerca de los problemas psicológicos que afronta su esposo y la posibilidad de abuso sexual de la pequeña por parte de éste. Concretamente afirma que informó a la Defensoría que su hija "se queja frecuentemente de dolor en sus genitales y ano después de las visitas con su padre, varias veces es llevada a FAMISANAR y al consultorio del doctor Eduardo Arias, Médico General, donde coinciden los dictámenes en la presencia de 'eritma vaginal' e irritación... varias veces se le ha encontrado -a la niña-, flujo en los calzones y debido a esto, las muestras son llevadas a medicina general y allí se encuentran actualmente en investigación" (folio 1). No obstante contar con esta información, se añade, el Instituto apoya al padre y expone a su hija a una verdadera situación de peligro.

a. Finalmente las quejas de AA son escuchadas por el Centro de Atención Ciudadana de la Defensoría del Pueblo, entidad que en comunicación del 12 de junio de 1998 dirigida a la Subdirectora de Protección del I.C.B.F., hace un relato puntual de los hechos que rodean el presente caso para afirmar que: "[p]or tratarse de un asunto de su competencia, remitimos esta comunicación, para que se sirva colaborar a la señora AA para efecto de investigar los hechos manifestados por ella y a su vez proteger a la menor que se encuentra en grave peligro." (folio 19).

a. El 21 de septiembre de 1998 la peticionaria acudió ante la Fiscalía Delegada de Santafé de

Bogotá con el propósito de denunciar la comisión del delito tipificado como actos con menor de 14 años en la persona de su hija, señalando como posible autor del mismo al señor BB. Iniciada la investigación de rigor y practicadas las pruebas testimoniales y técnicas requeridas, el 24 de noviembre se expidió orden de captura en contra del imputado, diligencia que se lleva a cabo el 4 de diciembre de 1998. En la actualidad ya se terminó la fase de instrucción al declararse formalmente el cierre de la investigación con el propósito de definir la situación jurídica del procesado (folio 127).

a. La peticionaria decidlió acudir a la acción de tutela con el propósito de lograr la protección de los derechos fundamentales a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de su pequeña hija, que considera vulnerados por el comportamiento descuidado de la Defensoría de Familia y el Instituto Colombiano de Bienestar familiar, al establecer un régimen de visitas sin tener en cuenta los riesgos que se derivaban para la menor de los rasgos de personalidad del padre, y sus afirmaciones acerca del abuso sexual al que ha sometido BB a su hija. Además, la negligencia de la entidad demandada es patente si se tiene en cuenta que ni siquiera se han atendido las solicitudes hechas por intermedio de la Defensoría del Pueblo que se interesan por la seguridad de la menor.

1. Pretensión

Se pide que además de tomar las medidas conducentes para la protección y restablecimiento efectivos de los derechos de la niña, provisionalmente, se decrete la suspensión de visitas autorizadas al padre.

I. DECISIONES JUDICIALES

El Juez Octavo Penal del Circuito fue el funcionario encargado de resolver en primera instancia el recurso de amparo presentado. Mediante sentencia, del 9 de octubre de 1998, decidió NEGAR la tutela interpuesta por considerar que no hay evidencia que permita afirmar la violación de derechos constitucionalmente protegidos por parte del I.C.B.F. Sustenta su

resolución en el hecho de que el régimen de visitas que ahora, por vía de tutela, decide impugnar la demandante, es el fruto de un acuerdo libre y voluntario de los padres, pues en el acta conciliatoria donde se dejó constancia de estos convenios, las partes manifestaron "que firmaban libres de presión y que esa era su voluntad" (folio 84). Por otra parte, siempre que la madre ha pedido la colaboración o intervención por parte del instituto, éstas se le han brindado, hasta el punto de establecer que si alguien ha incumplido con sus obligaciones es la propia peticionaria, quien no ha asistido a los controles psicológicos y con la realización de algunas visitas programadas.

Debidamente impugnado, correspondió conocer del proceso en segunda instancia a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Mediante providencia del nueve de diciembre de 1998 CONFIRMO el fallo recurrido. Se sustenta el juicio en el acervo probatorio que hace parte del presente caso, pues no cabe duda "que el I.CB.F. no había impuesto el régimen de visitas al padre de la menor, sino que el mismo eran el producto del voluntario y mutuo acuerdo entre las partes mediante el mecanismo de conciliación." Añadió que el ente accionado tampoco ha dejado de brindar la ayuda que la menor necesita, "pues está acreditado probatoriamente tanto por la respuesta que envió la funcionaria demandada al Juzgado, como por la copia de la historia Integral Socio – Familiar que se dio atención, incluso, por parte del Departamento de Psicología, a través de la cual se pudo evidenciar que no es una niña triste, que no presenta problemas de adaptación y que la misma tiene muy buenas relaciones con su señor padre, como también obran constancias de que siempre y en todo momento se le prestó suficiente protección y apoyo a sus diversas inquietudes." (Folio 7).

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos en el trámite de las acciones de tutela, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Carta Política; en este caso, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión proferir la decisión respectiva, de acuerdo con el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número Dos del 22 de febrero de 1999.

1. Aspectos procesales del caso.

Mediante auto del 26 de febrero de 1999, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, decidió en consideración de los bienes jurídicos que están en juego, ordenar como medida de protección provisional "que se suspenda toda visita del citado BB a la menor CC hasta que se decida sobre la revisión del proceso en referencia." (Folio 120). Igualmente se ordenó a la Fiscalía Seccional 228 de la Unidad de Delitos Contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana, que rindiera informe detallado sobre el estado en que se encuentra la investigación previa radicada bajo el número 380536; de manera especial, si esa dependencia ordenó la detención preventiva de BB.

1. Problema Jurídico.

Corresponde a la Corte, con el propósito de resolver el caso que estudia, hacer referencia al campo de acción que se predica de la función de ciertas entidades estatales, en particular el I.C.B.F., para determinar las situaciones en las que puede reclamarse su amparo y reprochar justificadamente su inacción; igualmente, debe hacerse referencia a la necesidad de coordinar los esfuerzos tanto de los particulares como de agentes oficiales con el propósito de defender los derechos de la niñez.

1. Sobre el Estado Social de Derecho y las instituciones estatales.

La concepción del nuevo marco jurídico que surge a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, es un fenómeno social que sobrepasa el propósito de una simple enunciación formal; la decisión de adoptar la forma del Estado Social de Derecho, trasciende los terrenos de la huera teoría para llenar de contenido y significado cada una de las acciones en el seno de la sociedad1. En efecto, el concepto tradicional de Estado, cuya legitimidad descansa en la función desarrollada por tres ramas independientes que mecánicamente cumplen funciones asignadas por la ley, -intentando traducir con fidelidad los enunciados de una norma jurídica-, es radicalmente reformado por el Constituyente del

91, que ve en la realidad, antes que en los códigos, la justificación del sistema normativo que identificamos como derecho, y en general, de la organización política estatal. Las ideas de justicia y equidad que han alentado el propósito de todos los ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia ya no descansan en la interpretación rígida de normas que inflexiblemente se enfrentan a ciertos hechos, sino en la articulación razonada de las distintas facetas de nuestra compleja realidad que esperan del derecho y sus instrumentos no una simple manera de hacer las cosas, sino una eficaz forma para resolver los conflictos y proteger los derechos de cada cual2.

Un claro ejemplo de esta nueva postura lo constituye sin duda el desarrollo de la acción de tutela. Nacida como un instrumento procesal para defender a los particulares de los abusos de la autoridad mediante el pronunciamiento protector del juez de amparo, la tutela se ha convertido en un instrumento complejo –que involucra a varios órganos desde diversas perspectivas-, en el campo de la protección de los derechos3.

Desde plano del propio funcionamiento estatal, esto es, desde la perspectiva de las entidades que se encargan de desarrollar aquellas funciones o prestar esos servicios que reconocemos como típicamente estatales, también es posible identificar un cambio de paradigma que va de la mano de la Constitución de 1991. Y no puede ser de otra forma, porque los fines que se predican de nuestra organización política4, los principios que se defienden en la Carta de Derechos5 y la estructura que se construye tras la idea de la función pública6, exige de una parte, la participación de todos los servidores públicos –sin importar cual sea el contenido material de sus actos-, y por otro lado, una aplicación de las normas vigentes que no se colma con el razonamiento estrecho que ve en las reglas jurídicas obstáculos para la labor oficial sino que las toma como el inicio de la tarea de protección y garantía de los derechos.

1. La existencia de ciertos organismos estatales

En este orden de ideas, los organismos que actúan en nombre del Estado en prestación de servicios públicos o asistenciales o en la producción de servicios, están sujetos al cumplimiento de claros objetivos que deben hacerse realidad. Esta es una afirmación elemental dentro de la descripción de la estructura estatal que es menester repetir, con el

propósito de subrayar uno de los sentidos más importantes de la mecánica de la Administración, frecuentemente olvidado tanto por los gobernantes, como por los gobernados. La función pública no es una formalidad, no es una abstracción ni es un escenario en donde se busca cumplir con el requisito institucional que la estructura contemporánea demanda del Estado; tampoco se agota en la expedición de preceptos que en tono elocuente enumeran principios y proponen fórmulas. No, se trata de una estructura acaso más complicada, en la que el reconocimiento de derechos y facultades va acompañada de su jerarquización y debida interpretación, y en donde la instrumentalización de los principios constitucionales exige la adecuada administración de recursos, la construcción efectiva de espacios físicos donde estos se puedan desarrollar y la puesta en marcha de métodos que aseguren amplia cobertura y fácil acceso7.

No se hace otra cosa distinta a reiterar la Jurisprudencia que sobre estas y otras materias ha establecido la Corte8; pero esta vez se busca hacer énfasis particular en los requerimientos que se siguen de aceptar, en un sentido fuerte, la idea de la garantía de derechos reconocidos a todos los hombres sin distinción: la necesidad de asumir activamente este compromiso desarrollando, incluso oficiosamente, los medios que permitan asegurar una esfera mínima vital a partir de la cual, sea posible para los ciudadanos entablar relaciones con sus semejantes y con el ambiente en condiciones de equidad y dignidad. Atrás debe quedar la idea del Estado estático, o del funcionario público instrumental que camuflado en la falta de competencia, de legislación o de recursos, omite injustificadamente el cumplimiento de sus deberes. La expedición de la nueva Constitución y la proyección de la jurisprudencia emanada de la Corte dan hoy suficientes elementos de juicio para establecer derroteros claros en la interpretación de normas y la aplicación de principios que iluminan ampliamente a las autoridades para que cumplan adecuadamente su función protectora y tomen en ocasiones la iniciativa para prevenir y controlar un mal mayor.

1. Acerca de la protección de los niños

A través de la garantía de los derechos fundamentales de los niños se ve delinea con claridad el papel de un Estado protector, pero a la vez preventivo9; que reconoce de manera amplia garantías pero que establece principios prevalentes de cara a los intereses en juego10; que

se aproxima a los textos legales sin prejuicios fundados en la tradición y los interpreta de manera amplia y comprensiva11; en fin, que ve en la intervención del ente estatal una instancia propicia para fomentar la resolución de conflictos y solucionar problemas.

Así –y sin duda esta ilustración es del todo pertinente en el presente caso-, las estipulaciones contenidas en el Código del Menor o en el Código Civil y las funciones que se predican del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no son pretensiones etéreas que cumplan un propósito representativo, alejado de las necesidades reales12. Los capítulos que establecen medios de protección para la niñez desamparada, desprotegida o puesta en circunstancias de peligro actual o inminente13, han sido promulgados para aplicarse y tener consecuencias prácticas; las obligaciones de los padres tienen regulación legal precisamente por la naturaleza de los bienes que se protegen, y la intervención de las autoridades debe ser oficiosa por la especial importancia que se otorga a los derechos de este sector de la población y la situación de indefensión en la que se encuentran los menores.

Así mismo, el I.C.B.F. cumple funciones vitales para intervenir en aquellas circunstancias en donde los derechos del menor se encuentran comprometidos y cuenta con facultades idóneas para llevar a cabo este cometido. Se trata sin ninguna duda, de un sistema de protección que no se conforma con el movimiento inercial que por tradición ejecuta el Estado, sino que exige en muchos casos que sea la Administración que tome la iniciativa e indique al particular la manera apropiada de hacer valer sus derechos y los de aquellas personas que están bajo su cuidado.

1. Sobre el principio de solidaridad.

De otra parte, sería desproporcionado e irreal pretender que la obtención de ciertas metas sociales corresponde exclusivamente al esfuerzo y empeño de agentes legalmente reconocidos e institucionalmente organizados. Sin duda, la puesta en marcha de los fines constitucionales incumbe tanto a la autoridad como a los particulares y obliga a una estrecha y efectiva colaboración. La ficción del gobernante que todo lo sabe y todo lo puede es una imagen que puede resultar atrayente para defender ciertas posturas políticas, pero resulta inadecuada cuando se busca trazar el horizonte de acción de una comunidad jurídica. Si los particulares no cumplen con sus deberes, si no colaboran con su parte dentro del delicado y

complejo entramado social, la búsqueda de fines colectivos es inútil, la consecución del bienestar comunitario o individual no es posible.

La historia ha dado elocuentes pruebas de la inconveniencia de los efectos que se siguen al responsabilizar de manera exclusiva al Estado del desarrollo y garantía de las relaciones sociales. De las lecciones del pasado ha surgido la necesidad de coordinar los esfuerzos de la Administración y de los ciudadanos para que cada uno pueda concentrar sus esfuerzos y cumplir eficazmente sus funciones. Así, la postulación del principio de solidaridad14 no tiene otro objetivo que recordar junto a la necesidad de colaboración entre los miembros que componen un mismo cuerpo –el Estado-, el hecho de que ciertas acciones sólo pueden llevarse a cabo a partir de la contribución de múltiples organismos y que por lo tanto, la responsabilidad en la consecución de los fines que se estiman deseables depende, en última instancia de la colaboración de todos los entes interesados –institucionalizados o no-15.

1. Del caso concreto

El expediente que se somete al estudio de esta Sala es un buen ejemplo de un caso en el que la situación de hecho que se presenta debe contrastarse simultáneamente desde la perspectiva de los deberes que se predican tanto del Estado como de los particulares, para poder establecer las obligaciones que pueden predicarse del uno y de los otros. Lo que está en juego entonces, es la adecuada protección de derechos constitucionales que se consideran vulnerados.

En este orden de ideas, no es erróneo predicar el interés y el deber del Estado en el cuidado de los derechos de los niños, pues se trata de un propósito constitucional y legal que busca enfrentar los peligros que gravitan sobre este segmento de la población, especialmente si se tiene en cuenta –junto a los problemas que afectan a toda la población-, que por múltiples causas relacionadas con la falta de desarrollo, la pobreza, o la erosión de la institución familiar, pueden ser sujetos de múltiples circunstancias en la que su integridad puede verse comprometida y su indefensión es evidente16. De hecho, existen instituciones especialmente dedicadas a la preservación de los derechos de los infantes, en las que se ha desarrollado un cuidadoso sistema de asistencia y protección que vela ciertamente por la integridad del vínculo familiar, pero específicamente de los menores de edad.

Ahora bien: para que este propósito sea efectivo es necesario que se cumplan ciertos presupuestos a los que ya se ha hecho puntual alusión en esta sentencia y que conviene contextualizar de cara a las circunstancias que se estudian:

a. Por una parte, el éxito de la labor de las autoridades y funcionarios encargados de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos depende esencialmente de la comunicación que exista entre los particulares y los representantes del Estado. De nada se puede responsabilizar a un ente estatal al que no se informa, avisa o pone al tanto de manera oportuna y hasta donde sea posible, inequívoca de las irregularidades ocurridas o de las violaciones perpetradas contra otros miembros de la comunidad. Hasta cierto punto, la efectividad de muchas funciones oficiales está directamente relacionada con la demanda ciudadana por soluciones y por respuestas a los problemas que se presentan. En este punto, como se dijo en su momento al señalar la obligación Estatal de cumplir con sus deberes, nada justifica la actitud del particular que tras la consuetudinaria "ineficacia oficial" pretende sustentar el incumplimiento de su deber de denuncia, o que tras la candorosa alegación de la ignorancia de la norma jurídica –que bien puede traer aparejada una pena o una recompensa-, aspira a pasar inmune el reproche por sus omisiones17.

a. De otro lado, la protección de los derechos fundamentales depende de un compromiso institucional que se amolde a las transformaciones que dentro nuestra cultura jurídica se han presentado a partir de la expedición de la Constitución de 1991. Poco o nada se logra si las autoridades judiciales y administrativas creen –como asombrosamente todavía ocurre-, que la suya es una tarea simbólica que hace parte de las "buenas intenciones" de la Carta Política, reservando sus poderes y atribuciones para hacer frente a los asuntos que tradicionalmente configuran el panorama y la tradición jurídicas verdaderos. La función pública en general, pero particularmente cuando guarda relación con el régimen de garantías fundamentales debe llenarse de iniciativa, incluso creatividad, para que empleando las herramientas legales de que dispone y los recursos logísticos con los que cuenta pueda cumplir su labor con certeza. Además, no puede olvidarse que el principio de autonomía funcional no solo sirve como un criterio de distinción entre las tareas que cumplen las

diferentes ramas del poder, sino que constituye el respaldo con que cuenta determinado agente para definir de cara a la Constitución y la Ley el curso de su conducta y para lograr las finalidades que su cargo impone, ciertamente impostergables cuando se habla de la tutela de derechos fundamentales.

El caso expuesto por la peticionara, al girar en torno de la situación de una menor de edad, posiblemente sometida a abuso sexual por parte de su padre, contiene elementos jurídicos y emotivos que deben ser adecuadamente ponderados para resolver el problema presentado a la Corte. En este sentido, las resonancias afectivas deben dejarse de lado –a lo mejor dolorosamente-, para constatar la veracidad de los hechos a través de las pruebas presentadas.

* Indiscutible resulta el hecho de que la descripción de la relación sostenida por la señora AA y el señor BB antes y después de su separación se apoya en afirmaciones vagas, oscuras y cargadas de reproches hechos por la peticionaria, al parecer, por la nueva relación sentimental que sostiene el Sr. BB (folio 1 y ss., folio 39 y ss). Además, del proceso de anulación del matrimonio religioso sólo se presenta la copia auténtica que expide Notaria del Tribunal Eclasiástico de la parte resolutiva del decreto confirmatorio de la Sentencia Definitiva, por la que dicho Tribunal declaró nulo el aludido matrimonio (folio 16).

* También la incertidumbre rodea la historia clínica de la menor, porque si bien su madre afirma la presencia de infecciones anales desde los dos meses de vida de la niña en abril de 1993 (folio 1), los registros médicos hechos por los médicos empiezan a dar cuenta de dichas dolencias sólo a partir del 3 de enero de 1997 (folio 21).

* Y definitivamente vaga e imprecisa resulta la relación y comunicación entablada entre la peticionaria y su esposo frente al I.C.B.F.:

* Por una parte se presenta copia de la conciliación acordada por el Sr. BB y la Sra. AA, en la que se establece quien ejercerá la custodia y cuidado personal de la menor y el régimen de

visitas a seguir. Resulta incomprensible cómo durante la celebración de una diligencia de conciliación cuyos efectos jurídicos son determinantes y fueron previamente explicados a las partes, no se puso en conocimiento de la Defensora de Familia, las sospechas y temores, medicamente respaldados, alrededor de la integridad sexual de la pequeña y del extraño comportamiento del padre.

* Y si en gracia de discusión se acepta que dichos temores fueron comunicados a la Defensora del Familia, quien se limitó a amonestar al padre diciéndole que: "cuidado si tenía conductas raras", no se explica como inmediatamente la peticionaria firma la conciliación sin pedir que se dejara constancia o que se intentara probar sus afirmaciones, suficientemente graves como para posponer la diligencia de conciliación.

* Las relaciones –y los documentos que las reflejan-, que se desarrollaron entre los padres, la menor y el I.C.B.F. y que datan desde el 5 de agosto de 1997, están caracterizadas por la ambigüedad. Por una parte, no existe instrumento alguno en el que conste que la peticionaria puso en conocimiento ante los funcionarios competentes y de forma concreta, las graves circunstancias que parecían desarrollarse alrededor de la relación padre – hija18. Por otro lado, los exámenes psicológicos practicados a la menor no corresponden al perfil de una niña que ha sido víctima de abuso sexual o que tiene problemas con su padre –aunque bien debe recordarse que se trata de consultas esporádicas-. Por ejemplo, el 2 de abril de 1998 se observó "que es una niña alegre, cariñosa, colaboradora, que se adapta rápido al medio, que cumple las normas que se le dan." En esa misma sesión "pide estar con los dos padres." (Folio 47ª). Luego, el 6 de abril del mismo año, cuando se aplicó al padre el test de la familia se que: "[l]a relación entre padre e hija es muy buena, hay comunicación, cuando la niña se expresa del papá se expresa bien, no le tiene miedo. Es una niña cariñosa que juega con el papá." (Folio 47ª).

* Con fecha del 12 de junio de 1998 la Defensoría del Pueblo por intermedio del Jefe del Centro de Atención Ciudadana, pone en conocimiento a la Subdirectora de Protección del

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de los detalles que rodean el caso de la hija de la peticionaria y pide "investigar los hechos manifestados y a su vez proteger a la menor que se encuentra en grave peligro." (Folios 17 y ss.).

La confusión y la contradicción que emana de la gran mayoría de pruebas da lugar al planteamiento de numerosas hipótesis que descansan en la interpretación de los acontecimientos que se encuentran verificados aisladamente, llenando los vacíos con las propuestas subjetivas que la emoción y los hechos brindan. Nada sólido se puede establecer de esta forma.

Por otro lado, un seguimiento más riguroso de los acontecimientos y las probanzas que estructuran el caso, nos permite afirmar que de acuerdo con la información suministrada al ente accionado antes de junio de 1998 –y que está documentalmente soportada-, no podía exigirse un comportamiento diferente al I.C.B.F. en la atención de los padres y su pequeña hija: se trata de una pareja separada con múltiples conflictos a la que el instituto ofrece la ayuda psicológica necesaria para estar al tanto del desarrollo de la niña y el de sus relaciones con los demás, arrojando datos satisfactorios que no dan muestra de la presencia de nada anormal.

Cosa diferente ocurre desde el momento –12 de junio-, en que más allá de las suposiciones y de las afirmaciones verbales, es posible determinar que hubo una información completa e inequívoca alrededor de los graves hechos que rodean la relación entre el señor BB y su hija y la posible configuración de un caso de abuso sexual. Desde este momento –inequívocamente probado, se repite- la responsabilidad de la entidad oficial debe apreciarse de cara a la naturaleza de la información que poseía, para establecer si las previsiones tomadas resultaron suficientes o configuran la violación de los derechos fundamentales de un niño.

Veamos: percatados de la grave situación que se desenvolvía alrededor de una pequeña niña, esto es, consiente del peligro y la violación de derechos fundamentales que se deriva de la posibilidad de que una menor de 5 años estuviera siendo sometida a actos de manipulación sexual por su padre, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se limitó a remitir la comunicación recibida por la Subdirectora de Protección el 12 de junio, a la Jefe de División de Protección de la Regional I.C.B.F. Santafé de Bogotá -2 de julio-, para que se

“tomen los correctivos necesarios del caso y si es necesario se recomiende una atención psicológica especializada para la menor… [que] viene siendo víctima de abusos por parte de su padre”, (folio 62); luego –el 7 de julio-, a la Coordinadora del Centro Zonal Barrios Unidos “para que se intervenga a la mayor brevedad posible y se mantenga informada a la regional sobre la situación”, (folio 61); después a la psicóloga Jaine Olivares –el 14 de julio-, para que “se sirva realizar visita domiciliaria… a la Señora AA”, (folio 60), visita que no se pudo realizar porque la Sra. AA no se encontraba (folio 72).

Hasta la fecha no existe prueba de que se haya tomado ninguna otra medida protectora o investigativa alrededor del caso.

La atención dilatada de una queja que pone de presente el peligro actual que pende sobre una pequeña que posiblemente es objeto de manipulación sexual por parte de su padre y que toma alrededor de un mes para decretar una simple visita domiciliaria no es una medida idónea y proporcional al mal que se busca prevenir y a la naturaleza del derecho cuya protección se persigue.

Sin duda, las autoridades del I.C.B.F. cuentan con medios ordinarios y extraordinarios para suspender la amenaza que se cierne contra un menor de edad, en tanto se clarifican y comprueban los hechos que soportan una queja de tal magnitud19. En el caso que se estudia resulta evidente que la primera decisión recomendable, antes, de cualquier otra determinación tenía que ver con la suspensión de las visitas por parte del padre –presunto violador-. De hecho, eso fue precisamente lo que hizo esta Sala de Tutelas al percatarse de los hechos que motivan la acción, y sin conocer de la captura del señor BB por parte de miembros de la fiscalía desde el pasado 8 de diciembre (folio 119).

No puede decirse entonces, como lo demuestra este caso, que una entidad oficial está cumpliendo con sus funciones en lo referente a la protección de los derechos fundamentales si, analizada la magnitud de los hechos, no emplea de manera razonable y proporcionada todos los recursos con los que cuenta para prevenir o impedir la violación de las garantías básicas que establece la Constitución, si se limita a dar un ordenado trámite a las quejas y solicitudes sin que ninguna decisión de fondo se tome, si deja que pase el tiempo corriendo el inminente riesgo de que se pronunciamiento sea tardío, su protección ineficaz, su reparación ilusoria.

Ahora bien: del mismo modo que se establece la responsabilidad del Estado se debe decir que de nada sirve un sistema de protección de derechos, de aplicación prevalente en el caso de los niños, si los particulares, quienes deben soportar la vulneración, no acuden con la misma prontitud y claridad a demandar la intervención de las autoridades y la expedición de una solución efectiva.

La impresionante situación de hecho que parece sustentar la petición que se estudia, no puede menos que recordar la necesidad de convertir actos concretos y eficaces las disposiciones de la ley, asumiendo incluso la iniciativa en aquellos aspectos que son del resorte bien de los particulares, bien del Estado. Poca y descuidada fue la atención brindada por el I.C.B.F. a la peticionaria y su hija desde el momento que conoció con certidumbre los hechos que rodeaban su situación; pero al mismo tiempo resultó tardía y despreocupada –al punto de rayar con la negligencia-, la actitud desplegada por la madre con el propósito de poner fin a una situación sobrecogedora e indeseable.

I. DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas por el Juez Octavo Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito y, en su lugar proteger, por las razones expuestas, los derechos a la vida, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad de la pequeña niña representada por la peticionaria AA.

Segundo. Mantener la orden de suspender las visitas del señor BB a su hija menor de edad, en tanto se decide el proceso penal que impulsa la Fiscalía en contra de aquél. Si el pronunciamiento de esta entidad señala la inocencia del sindicado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en atención a lo expresado en el presente fallo, debe fijar cuidadosamente el régimen de visitas entre los padres y la menor de edad.

Tercero. ORDENAR al Instituto de Bienestar Familiar que brinde a la niña la asistencia

psicológica que su condición demanda, procediendo a la realización de un detallado examen que de cuenta certera de su condición psíquica por los posibles padecimientos sufridos.

Cuarto. Comunicar esta providencia al Juez Octavo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado Ponente

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Magistrado (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ

Secretario General (E)

1 Cfr. artículo 1° de la Constitución Política.

2 Así, los cambios producidos por la adopción de la idea de un Estado Social de Derecho “han producido en el ordenamiento no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pédida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas carácterísticas adquieren relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de los textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la

enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho. Cfr. Sentencia T-406 de 1992.

3 En efecto, el adecuado funcionamiento del Estado exige la colaboración armónica de los organismos estatales. Se trata, sin duda, de la reconfección de un paradigma clásico al que ya ha aludido la Corte: "La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con su formulación inicial. Aquello que en principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual,una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades del desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, el la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados." Cfr. Ibid.

4 Artículo 2° de la Constitución Política.

5 Cfr. Título II de la Constitución Política: "De los derechos, las garantías y los deberes".

6 Cfr. Título V de la Constitución Política: "De la organización del Estado".

7 La jurisprudencia de la Corte Constitucional alrededor de la Función Pública ha sido prolija. Entre otras, pueden consultarse las Sentencias C-041 de 1991 -que desarrolla el principio de igualdad predicado de dicha función-, C-082 de 1996 -que hace referencia a la existencia de ciertos principios rectores de la actividad pública, v.g.,moralidad y eficacia-, C-063 de 1997 -sobre el libre acceso a la función pública-.

8 Sobre la naturaleza del Estado Social de Derecho pueden consultarse con provecho las Sentencias T-401, T-426, T-493 y C-449 de 1992, además de la ya citada T-406 del mismo año; sobre la protección de los derechos fundamentales se puede hacer referencia a las Sentencias C-543 de 1992, T-100 de 1994 y SU-257 de 1997; sobre la Función Pública, pueden consultarse, además de las ya señaladas, las Sentencias T-501 de 1992 -sobre servidores y autoridades públicas-, y C-447 de 1996 -sobre funciones específicas que pueden

cumplir servidores públicos-.

9 Cfr. Sentencia T-029 de 1994 -Deber prioritario e ineludible del Estado en la pretección de la infancia-.

10 Sentencia T-523 de 1993 -Derecho constitucional prevalente del niño a tener una familia y no ser separado de ella-.

11 Ibidem.

12 “El ICBF, como todos los restantes órganos del poder público, se encuentra sometido al derecho y, en consecuencia, se a través de sus acciones u omisiones viola el derecho vigente y, sobre todo, los derechos fundamentales, nada obsta para que éstas o aquéllas sean objeto de controversia judicial. En este sentido, es necesario indicar que son los jueces contencioso administrativos y, en algunos casos, los jueces de familia, los órganos competentes para asegurar que el Instituto demandado se sujete al derecho. No obstante, se se ha violado o se encuentra amenazado un derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial o de existir su utilización puede permitir que se ocasione un perjuicio iusfundamental de carácter irremediable, procederá la tutela como mecanismo transitorio, sin que ello signifique que el juez constitucional haya suplantado la autoridad administrativa”. Sentencia T-587 de 1998.

13 Cfr. Artículo 36 del Decreto 2737 de 1989 -Funciones del I.C.B.F.-

14 Sobre el particular bien puede consultarse la referencia jurisprudencial que se hace en la Sentencia T-202 de 1999.

15 La Solidaridad “desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber -impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de los asociados o en el interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las

autoridades y entidades públicas.” Sentencia T-550 de 1994.

16 Cfr. Artículo 44 de la Constitución Política.

17 Cfr. Sentencia C-651 de 1997.

18 La referencia más concreta al particular aparece en el resumen de la reunión del 5 de marzo de 1998 (folio 47), en el que la psicóloga de turno afirma: ”Se presenta la señora AA. Manifiesta que el I.C.B.F. nunca la ayudó cuando ella más lo necesitaba, siempre ayudan es al esposo. Ella sugiere que el papá de la niña la visite en la casa, sin necesidad de llevársela a dormir a ningún otro lado, por los antecedentes que ha habido.” Nunca se explica en que consiten este tipo de hechos se refiere con la expresión ”antecedentes”. En todo caso, existen varias pruebas alrededor de la incomformidad manifestada por la peticionaria por el hecho de que las visitas que realizaba el padre, o los fines de semana que se iba con la niña de paseo, se presentaba con otra persona –su nueva pareja sentimental-, que no era del agrado de la señora AA. Por otro lado, no se explica que se afirme que el I.C.B.F. no ha prestado la ayuda requerida cuando existen numerosas pruebas de los chequeos realizados y el seguimiento de la menor.