

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO/CONFIGURACION DE UN HECHO SUPERADO Y ACTITUD QUE DEBE ASUMIR EL JUEZ DE AMPARO-Distinción entre las funciones atribuibles a los Jueces de Instancia y a la Corte Constitucional

Respecto de la actitud que debe asumir el juez de amparo ante la configuración de un hecho superado, la jurisprudencia constitucional ha partido de una importante distinción entre las funciones atribuibles a los jueces de instancia y a la Corte Constitucional. Así, esta Corte ha señalado que “no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991. Lo que es potestativo para los jueces de instancia, se convierte en obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión pues como autoridad suprema de la Jurisdicción Constitucional “tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”. Ahora bien, lo que sí resulta ineludible en estos casos, tanto para los jueces de instancia como para esta Corporación, es que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991. Dicha demostración, en este caso, está supeditada a la realización de un estudio sobre la idoneidad de la familia extensiva para la atención del menor y, eventualmente, su integración a la misma, como se explicará en líneas siguientes.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA UNIDAD FAMILIAR EN EL MARCO DE PROCESOS INICIADOS POR EL ICBF PARA EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES/LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA BASE DEL MANDATO DE UNIDAD FAMILIAR OBLIGA A VINCULAR

## A LA FAMILIA EXTENSIVA

Así, se ha consolidado una uniforme línea jurisprudencial que, sobre la base del mandato de unidad familiar, obliga a las autoridades encargadas de asegurar la protección de niños, niñas y adolescentes, a vincular a la familia extensiva del que esté bajo su vigilancia.

## LIMITES CONSTITUCIONALES AL DECRETO Y PRACTICA DE MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS

DEMORA INJUSTIFICADA EN REALIZACION DE TRAMITES POR EL ICBF PARA DEFINIR MEDIDAS DE PROTECCION DE MENORES-Caso en que el demandante se encuentra privado de la libertad y sus dos hijos menores se presentaron voluntariamente al ICBF

A pesar de que ya los derechos del menor y su familia están fuera de riesgo, debido a que la vulneración cesó durante el trámite de la acción de tutela, es preciso advertir que el ICBF infringió el derecho a la unidad familiar en titularidad de la familia, puesto que desde la iniciación del proceso de restablecimiento de derechos, pasaron cinco meses para que se llevara a cabo la diligencia de verificación de las condiciones socioeconómicas de la señora, con lo cual se trasgredió el mandato de unidad familiar. Ello no sugiere que la diligencia de verificación deba ser eludida a favor de la familia extensiva, puesto que su realización constituye un presupuesto esencial para la definición idónea de la medida precisa para la salvaguarda de los derechos del o la menor; sino que su práctica no debe exceder un término prudencial, pues su desarrollo tardío amenaza el derecho a la unidad familiar y el interés superior del menor. En este sentido, resulta válido que mientras se lleva a cabo la valoración de la idoneidad de la familia extensiva para procurar el cuidado del menor, sean adoptadas medidas que garantice el restablecimiento de sus derechos, pero dicho trámite no debe tardar más de lo razonable. Así las cosas, no solamente se procederá a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado respecto de la acción de tutela promovida por el accionante en contra del Instituto de Bienestar Familiar, Seccional Huila; sino que también se advertirá a la entidad accionada que una demora injustificada en la realización de los trámites pertinentes para la definición de las medidas para la protección de niñas, niños y adolescentes, como lo sería en el caso concreto la valoración de las condiciones socioeconómicas de la señor, trae consigo la vulneración del mandato superior de interés prevalente del menor y el derecho a la familia en titularidad suya y demás miembros del

grupo familiar.

Referencia: expediente T-3380717

Acción de tutela instaurada por José Gelves Galindo Rubio en contra del ICBF.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil doce (2012).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Luís Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva y la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, con motivo de la tutela impetrada por José Gelves Galindo Rubio en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familia -ICBF-.

### I. ANTECEDENTES.

El ciudadano José Gelves Galindo, quien a la fecha de interposición de la tutela se encontraba recluido en el Centro Penitenciario de Rivera, Huila, invoca el amparo del derecho a la legítima confianza, que estima vulnerado con base en los hechos que se relacionan a continuación:

Hechos:

\* El actor fue condenado a una pena privativa de la libertad por el término de cuarenta (40) meses, en razón de lo cual, al momento de elevar la tutela, se encontraba recluido en el

centro penitenciario de Rivera, Huila.

\* Éste tiene dos hijos menores de edad quienes, debido a su reclusión, quedaron al cuidado de terceras personas<sup>1</sup>, pues su madre los abandonó desde temprana edad. 2

\* El mayor de ellos, de nombre Gelmu Galindo, acudió voluntariamente al ICBF para procurar su protección, y con posterioridad llevó consigo a su hermano Geremías, quien para la fecha tenía 5 años de edad.<sup>3</sup> Sin embargo, el adolescente eventualmente dejó la institución, pero esta entidad siguió adelante con el trámite de restablecimiento de derechos a favor del niño Geremías.

\* En desarrollo de ese procedimiento, en junio de 2011 funcionarios del instituto se dirigieron<sup>4</sup> al centro penitenciario en el que se encontraba interno el señor Galindo, padre de los dos menores. Además de llevar a cabo la notificación del auto con el que se inició el trámite de restablecimiento de derechos a nombre de Geremías, los funcionarios interrogaron al señor Galindo sobre la existencia de “alguien de la familia que se responsabilizara del menor”, frente a lo cual éste resolvió “conceder la custodia de GEREMIAS a [su] hermana LUZ IBIA GALINDO cuya ubicación [sic] es la siguiente dirección [sic] FINCA EL PLAYON-BALSILLAS CAQUETA (...) mi hermana en mención asume la responsabilidad de madre sustituta por ser la tia[sic] del menor.” 5

\* En la última parte del acta de la anterior diligencia consta que el ICBF haría, en días siguientes, un estudio socio-económico de la señora LUZ IBIA GALINDO, a efectos de valorar si ésta podría asumir el cuidado del menor.<sup>6</sup> Sin embargo, informa el actor que, “desde el día 26 de septiembre pasado se hizo el acuerdo en el instituto accionado para que realizara la visita al lugar donde se ubicarra [sic] el menor, pero de ninguna manera ha sido posible (ni la visita, ni la entrega en custodia al menor)”<sup>7</sup>

\* En respuesta a la demanda de tutela, la coordinadora del Grupo Jurídico del ICBF, regional Huila, informó que, efectivamente, en desarrollo del trámite administrativo se llevó a cabo una diligencia para notificar al accionante del auto de apertura de la investigación, como resultado de lo cual se estableció, in extenso:

“(…) Al indagar acerca de familia extensa, con el propósito de dar continuidad al proceso de restablecimiento de derechos del adolescente GELMU -hermano mayor de Geremías-, su progenitor -el accionante- dice no contar con red familiar de apoyo; al respecto menciona a la señora LUZ IBIA GALINDO, su hermana, por consiguiente tía paterna de GELMU, quien en la actualidad reside en el departamento de caquetá, (...) la Defensora de familia teniendo en cuenta lo expuesto por el señor JOSE GELVES GALINDO RUBIO y en cumplimiento de sus funciones solicita, apoyo a la policía de infancia y adolescencia para ubicar al niño GEREMIAS GALINDO ANDRADE, quien se desconocía el paradero de su madre y el padre esta [sic] privado de la libertad con la finalidad de garantizar sus derechos fundamentales (...) se procedió a la verificación del estado de cumplimiento de derechos por equipo disciplinario y como resultado de la verificación de derechos se pudo conceptuar el estado de cumplimiento de derechos del niño GEREMIAS GALINDO ANDRADE, en los siguientes términos el niño no cuenta con familia extensa que los [sic] cuide su padre está en la cárcel y su progenitora desaparecida (...)”<sup>8</sup> (negrillas por fuera del texto original)

Pretensiones:

Así las cosas, el actor aspira al amparo del derecho a la legítima confianza y que, en consecuencia, “se le entregue la custodia y cuidado del menor GEREMIAS GALINDO ANDRADE a su tía [sic] LUZ IBIA GALINDO ordenando q’ [sic] en el perentorio termino [sic] de 48 horas procedan a realizar la visita al lugar donde permanecera [sic] el menor en mencion [sic] y en el mismo termino [sic] se le haga la entrega en custodia y cuidado del menor.”<sup>10</sup>

Pruebas:

\* Acta de la diligencia por medio de la cual se notificó al ciudadano José Gelves Galvis del auto de apertura de la investigación administrativa iniciada en relación con el estado de los

derechos del menor Geremías Galindo (folio 7 del cuaderno 2)

\* Copia del expediente administrativo del proceso de restablecimiento de derechos iniciado por funcionarios del ICBF, seccional Huila, en relación con el menor Geremías Galindo (folios 13 a 145 del cuaderno principal)

Decisiones objeto de revisión.

i. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, mediante sentencia proferida el día 22 de noviembre de 2011, resolvió negar el amparo tras estimar que el hecho de que el ICBF no hubiese efectuado la diligencia de valoración de las condiciones socioeconómicas de la tía del menor no implicaba una vulneración de derecho fundamental alguno, en vista de que “la misma entidad demanda [sic] en la respuesta dada a este juzgado, de manera detallada informó el trámite administrativo que adelantó [la entidad], la participación por parte del señor JOSE GELVES RUBIO (...) e incluso explico [sic] que el señor GALINDO RUBIO debe estar a la espera del debido trámite del proceso de Restablecimiento de Derechos adelantada a favor del menor, puesto que al tercero indicado por el accionante (refiriéndose a la tía del menor señora LUZ IBIA GALINDO) se le deben realizar los debidos estudios para salvaguardas los derecho de GEREMIAS GALINDO ADRADE.”<sup>11</sup>

Además, a juicio del juez de instancia, debido al estado de abandono en que se encontraba el menor resultaba urgente que los funcionarios de la entidad demandada adoptaran una medida que atendiera a su interés superior, con lo cual, se procedió a negar el amparo.<sup>12</sup>

i. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el día 16 de enero de 2012, la Sala Cuarta de Decisión Penal del

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva resolvió confirmar el fallo de primera instancia, bajo los mismos argumentos expuestos por el juez de primera instancia. En criterio del juzgador, debido al estado de abandono del menor, el ICBF debía procurar sus derechos, en razón de lo cual éste fue ubicado en un hogar sustituto mientras se efectuaba la valoración del hogar de su tía.<sup>13</sup>

Actuaciones surtidas en sede de revisión.

A través de auto fechado el día 18 de mayo de 2012, el Magistrado Sustanciador ordenó la práctica de determinadas pruebas, en los siguientes términos:

“Pimero: Ordenar que a través de la Secretaría General de esta Corporación se vincule a la ciudadana Luz Ibia Galindo (Finca El Playón, Balsillas-Caquetá), para que dentro del término de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto ejerza el derecho de defensa y se pronuncie acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantea la acción de tutela de la referencia.

Segundo. Ordenar que a través de la Secretaría General de esta Corporación se oficie al Instituto de Bienestar Familiar, regional Huila (calle 21 N° 1E-40, Neiva-Huila), para que dentro del término de tres (3) días hábiles siguientes a la comunicación del presente auto, remita a este despacho judicial copia del expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos iniciado, mediante auto 000255 del 7 de junio de 2011, en relación con el menor Geremías Galindo Andrade.”

En virtud de lo anterior, el día 28 de mayo de esta anualidad se recibió en la Secretaría General de esta Corporación oficio OPTB-362, por medio del cual la directora del ICBF, regional Huila, remitió copia del proceso administrativo de restablecimiento de derechos iniciado en relación con el menor Geremías Galindo.

## V. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia.

Esta Corporación es competente para revisar la presente acción de tutela, de conformidad con los artículo 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, los artículo 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

## 2. Planteamiento y formulación del problema jurídico.

Sin embargo, durante el trámite de revisión de la tutela, el Magistrado Sustanciador ordenó la práctica de determinadas pruebas, a consecuencia de lo cual se recibió copia del expediente administrativo en la que consta que en octubre del año anterior se decretó el inicio de un estudio social a la residencia de la señora Galindo que terminó, en diciembre de 2011, con la entrega del menor a su tía, Luz Galindo. 14

Como quiera que de las pruebas se verificó que durante el trámite de la tutela fueron satisfechas las pretensiones del actor, la Sala se pronunciará solamente en relación con los siguientes puntos, a efectos de, seguidamente, dar solución al caso concreto: i) la naturaleza del fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, ii) el derecho fundamental a la unidad familia en el marco de procesos iniciados por el ICBF para el restablecimiento de los derechos en titularidad de niños, niñas y adolescentes y iii) los límites constitucionales al decreto y práctica de medidas de restablecimiento de derechos.

### 3. Cuestión preliminar: la naturaleza del fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado.

El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío, lo cual puede presentarse a partir de dos eventos distintos: el hecho superado o el daño consumado. En esta ocasión, la Sala se limitará a explicar lo relativo al primero de ellos por ser el relevante para el caso concreto<sup>15</sup>.

La carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo del juez se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la practica la cirugia cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido carece de efecto alguno. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna<sup>16</sup>.

Respecto de la actitud que debe asumir el juez de amparo ante la configuración de un hecho superado, la jurisprudencia constitucional ha partido de una importante distinción entre las

funciones atribuibles a los jueces de instancia y a la Corte Constitucional. Así, esta Corte ha señalado que “no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”<sup>17</sup>, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991<sup>18</sup>. Lo que es potestativo para los jueces de instancia, se convierte en obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión pues como autoridad suprema de la Jurisdicción Constitucional “tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”<sup>19</sup>.

Ahora bien, lo que sí resulta ineludible en estos casos, tanto para los jueces de instancia como para esta Corporación, es que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado<sup>20</sup>, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

Dicha demostración, en este caso, está supeditada a la realización de un estudio sobre la idoneidad de la familia extensiva para la atención del menor y, eventualmente, su integración a la misma, como se explicará en líneas siguientes.

4. El derecho fundamental a la unidad familiar en el marco de procesos iniciado por el ICBF para el restablecimiento de los derechos en titularidad de niños, niñas y adolescentes.

La consagración de la familia como institución básica de la sociedad fue concebida desde la Asamblea Nacional Constituyente, en cuyo seno se pregonaba que “se reconoce a ella este lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia.”<sup>21</sup> Tal concepción fue reproducida en los artículos 5, 15, 28 y 42 de la

Carta Política que, en términos coincidentes, propugnan por la unidad de la familia.

De otra parte, una pluralidad de instrumentos internacionales describen la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y el mandato de unidad familiar, de manera consecuencial, como una obligación principal a cargo de los Estados. Dentro de los instrumentos que hacen referencia a la materia se destacan: los artículos 7°, 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 17 y 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; y el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al respecto, vale la pena detenerse en el concepto fijado por el Comité de Derechos Humanos respecto al alcance del artículo 23 del Pacto, de la forma en que aparece expuesto en la Observación General No. 19 del 27 de julio de 1990, en la que consta lo siguiente:

“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación familiar, deben ser compatibles con las disposiciones del Pacto y, en particular, no ser ni discriminatorias ni obligatorias. Del mismo modo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas adecuadas, tanto en el plano interno y en su caso puede ser, en cooperación con otros Estados, para garantizar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando sus miembros están separados por razones políticas, razones económicas o similares.” (negritas por fuera del texto original)

En el mismo sentido, la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha reconocido de manera reiterada la importancia del vínculo familiar, no sólo para la realización de los derechos de los padres y madres, sino en especial los de los niños, niñas y adolescentes.<sup>22</sup>

Bajo estas consideraciones se ha construido jurisprudencialmente la presunción a favor de la familia biológica, de acuerdo con la cual la separación de la familia está únicamente justificada en el evento en que “ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con el niño, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico.”<sup>23</sup> Así, dado su posicionamiento como célula básica de la sociedad, la preservación del núcleo familiar demanda de las autoridades estatales una intervención exceptiva y justificada.<sup>24</sup>

Sobre este punto, en sentencia T-572 de 2009 se concluyó que el mandato de unidad familiar reclama de las autoridades estatales no sólo un deber de abstención, relativo a la prohibición de adoptar medidas irrazonables e infundadas, sino además un deber de promoción e implementación de medidas orientadas a su favorecimiento. Sobre la base de este precedente se ha reiterado en esta sede que la acción estatal no puede estar dirigida exclusivamente a la adopción de medidas de restablecimiento de derechos que conduzcan al rompimiento del núcleo familiar, como serían la ubicación del menor en centro de emergencia, hogar sustituto o la declaración de adoptabilidad; sino que igualmente, y de manera prioritaria, se espera que las autoridades encausen su accionar presupuestal y burocrático hacia la concreción de medidas que posibiliten a los padres el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en relación con su descendencia. A este respecto son preferentes programas como el de hogares jardines del ICBF, hogares gestores, la ubicación en familia extensa, entre otros.

Esta última medida aparece consagrada en el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia dentro de la categoría de los esquemas para el restablecimiento de los derechos de menores y adolescentes, cuyo propósito es, en concordancia con el mandato superior de unidad familiar, “la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos”; posibilidad que está condicionada a la verificación de las circunstancias familiares y la aptitud de sus miembros para asegurar al menor un nivel de vida adecuado. De todas formas, la norma prevé que si la familia con cuenta con recursos suficientes para su garantía, previa cualquier determinación que genere la ruptura familiar, el Estado debe proporcionar a los padres o parientes elementos adecuados para dicho fin.

Como se desprende de la lectura del artículo 56 precitado, el Legislador erigió un instrumento administrativo destinado a asegurar la conservación del vínculo filial, en consonancia con el deber estatal de promoción de la faceta prestacional de este derecho, dado el reconocimiento de una obligación solidaria, a cargo de los funcionarios estatales, de proveer a la familia los elementos para su preservación en condiciones de dignidad.

Ahora, sobre el criterio económico ya se ha pronunciado el Pleno de la Corte en el sentido de que sólo situaciones extremas, que pongan en grave riesgo la vida del menor, justificarían la

desunión familiar. Así, se ha replicado que las condiciones financieras de la familia no constituyen razón sólida para privar a los menores “de la compañía de sus familiares biológicos, por lo cual deben establecerse motivos adicionales, de suficiente peso, para legitimar una intervención de esta magnitud y trascendencia. Lo contrario, equivaldría a imponer una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas o educativas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia. Lo que es más, se terminaría por restringir el derecho a gozar de la compañía y el amor de la propia familia a aquellos niños cuyos padres no estén en condiciones económicas [o educativas] “adecuadas” -un trato a todas luces discriminatorio-”.<sup>25</sup>

Entonces pues, se reitera, la intervención estatal en detrimento de la unidad familiar únicamente es admisible bajo el supuesto de que ésta, definitivamente, esté impedida para asumir debidamente sus obligaciones de asistencia y protección en relación con el niño, niña o adolescente respecto del cual se pretenda la imposición de una medida de restablecimiento de derechos. Sólo en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan garantizar un nivel de vida adecuado al menor, corresponde al Estado hacerlo.<sup>26</sup>

De vuelta al artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia, cabe precisar que el concepto de familia extensa corresponde, al tenor de esta norma, al descrito en el artículo 61 del Código Civil, de acuerdo con el cual son parientes de una persona no sólo sus padres biológico o adoptivos, sino también sus demás ascendientes, descendientes, familiares colaterales legítimos hasta el sexto grado, hermanos naturales, los parientes por afinidad que se hallen dentro del segundo grado, y el esposo o la esposa si se tratara de una persona casada.

Así se entendió en la precitada sentencia SU-225 de 1998, en la que se sostuvo que “la protección, el cuidado y la asistencia que los niños requieren para su adecuado desarrollo corresponde en primer lugar a los padres o demás familiares legalmente obligados a proveerlos” (negritas por fuera del texto original)

Esa misma concepción fue adoptada en la sentencia T-572 de 2010, mediante la cual se estudió el caso de un menor que fue declarado en situación de abandono como resultado de un proceso administrativo iniciado por el ICBF en contra de su madre, sin que se vinculara a

la familia extensa del menor, lo cual fue entendido por la Corte como una afrenta al principio superior de la unidad familiar. En particular se sostuvo: “visto el contenido de los anteriores documentos, y luego de haber reconstruido las circunstancias que llevaron a la imposición de la medida de protección inicial por el ICBF en relación con su hijo PEDRO hasta la instauración de la presente acción de tutela, la Sala encuentra que, en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, se presentan varias anomalías, que se traducen en el incumplimiento del deber primario de promover, prioritariamente, la reunificación familiar entre MARÍA y PEDRO. La sumatoria de irregularidades se pueden concentrar en la siguiente: no se ha intentado de manera seria, respetuosa y garante de los derechos constitucionales de PEDRO y MARÍA, restablecer su vínculo familiar de acuerdo con lo dispuesto en la propia Resolución 2010 de 2004.”<sup>27</sup>

Por el contrario, a través de la sentencia T-671 de 2010 fue resuelta una solicitud de amparo impetrada por una defensora de familia en representación de una menor de edad, que cuestionaba la decisión del juzgado demandado de no acceder a la homologación de la resolución por medio de la cual la niña fue declarada en situación de adoptabilidad. Tal determinación fue adoptada por el juzgado de familia en vista de que la abuela de la menor no fue vinculada al proceso, no obstante haber manifestado su interés en asumir su cuidado.

La Sala determinó, en contraposición con lo pretendido por la defensora de familia, que el juez no incurrió en defecto alguno durante el proceso judicial, toda vez que, de un lado, la adopción debe ser al última alternativa para el restablecimiento de los derechos en titularidad de niños, niñas y adolescentes y, de otra parte, es deber ineludible del ICBF vincular a la familia extensa de los menores amparados por medidas de restablecimiento de, máxime cuando éstos manifiestan su deseo de hacerse cargo de los mismos.

De otra parte, mediante sentencia T-844 de 2011 se resolvió el caso de una menor de edad que fue declarada en situación de adoptabilidad, por decisión del ICBF y convalidación de un juez de familia, con sostén en la autorización de su madre, a pesar de que ésta la dejó al cuidado de sus abuelos desde muy pequeña -a los 52 días de nacida- y sin que éstos, en tanto familia extendida de la menor, fueran siquiera vinculados al proceso.

En el particular, la Sala Séptima de Revisión determinó que el defensor de familia

efectivamente incurrió en defectos dentro del trámite administrativo, entre otras razones, porque el abuelo de la menor, quien estuvo al cuidado de la misma durante toda su vida, no fue vinculado al proceso y tampoco se hizo un ejercicio probatorio que permitiera verificar si su familia biológica extendida de la niña podía hacerse cargo de la misma. Sobre estas consideraciones se resolvió conceder el amparo y, en consecuencia, se ordenó la revocatoria de la resolución por medio de la cual se declaró a la niña en estado de abandono y adoptabilidad.

Así, se ha consolidado una uniforme línea jurisprudencial que, sobre la base del mandato de unidad familiar, obliga a las autoridades encargadas de asegurar la protección de niños, niñas y adolescentes, a vincular a la familia extensiva del que esté bajo su vigilancia.

#### 5. Límites constitucionales al decreto y práctica de medidas de restablecimiento de derechos.

Adelantada dicha verificación la autoridad competente podrá, con sustento en el material recaudado, adoptar alguna de las siguientes medidas de restablecimiento de derechos, al tenor del artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, en beneficio del niño, la niña o adolescente afectado: i) amonestación, ii) retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos; iii) ubicación inmediata en medio familiar, iv) ubicación en centros de emergencia; y, como última medida, v) la adopción.

Así las cosas, ha concluido la jurisprudencia constitucional, en relación con la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, que su adopción 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. 28

Finalmente, de acuerdo con una reiterada línea jurisprudencial, las autoridades encargadas de implementar las medidas para el restablecimiento de derechos en titularidad de niños, niñas y adolescentes, deben seguir los siguientes parámetros para el efecto: i) la existencia de una lógica de gradación entre cada una de ellas; ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; iii) la solidez del material probatorio; iv) la duración de la medida; y v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña

o adolescente. 29

Caso concreto.

El actor, quien a la fecha de interposición de la tutela se encontraba recluido en un centro penitenciario y carcelario -la demanda de tutela fue interpuesta el día 04 de noviembre de 2011-, reclama el amparo del derecho fundamental a la legítima defensa, que estima vulnerado por parte de funcionarios del ICBF, seccional Neiva. Lo anterior, debido a que éstos iniciaron en junio de 2011, en favor de su hijo menor Geremías, un proceso de restablecimiento de derechos consistente en su ubicación en un hogar sustituto, sin siquiera haber adelantado el trámite para la valoración de las condiciones socioeconómicas de su familia extensa, en particular de una tía respecto de la cual el padre informó nombre y domicilio durante la diligencia de notificación del auto de apertura de la investigación, que tuvo lugar el día 07 de junio de dicha anualidad.

Sin embargo, durante el trámite de revisión de la tutela, el Magistrado Sustanciador ordenó la práctica de determinadas pruebas, a consecuencia de lo cual se recibió copia del expediente administrativo en la que consta que el día 08 de octubre del año anterior se decretó el inicio de un estudio social en la residencia de la señora Galindo, trámite que culminó, el día 16 diciembre de 2011, con la entrega del menor a su tía, Luz Galindo.

Es decir, que entre la notificación del auto de apertura de la investigación y la entrega efectiva del menor a su familia extensiva transcurrieron más de 6 meses, término dentro del cual el actor interpuso la tutela; lo cual implica que en el particular se configuró el fenómeno de carencia actual por hecho superado dado que, como se constata, durante el trámite de la tutela cesaron las actuaciones que generaban la vulneración. En efecto, si bien desde octubre de 2011 se ordenó la iniciación del trámite de valoración del hogar de la tía del menor, apenas el día 17 de noviembre de 2011 se efectuó la visita técnica de su residencia, con lo cual, el día 16 de diciembre de 2011 se materializó la entrega.

Así las cosas, efectivamente se configuró en este evento el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, puesto que las pretensiones del actor fueron plenamente satisfechas en diciembre de 2011, con la entrega de Geremías a su hermana Luz Ibia, lo cual tuvo lugar pocos días antes de proferida la sentencia de segunda instancia, fechada el 16 de enero de 2012. Además, cabe anotar que, de acuerdo con comunicación telefónica sostenida

con la hija de la señora Galindo, actualmente el niño Geremías está de nuevo con su padre, quien ya purgó la pena privativa de la libertad a la que estuvo condenado.

Ahora, a pesar de que ya los derechos del menor y su familia están fuera de riesgo, debido a que la vulneración cesó durante el trámite de la acción de tutela, es preciso advertir que el ICBF infringió el derecho a la unidad familiar en titularidad de la familia Galindo, puesto que desde la iniciación del proceso de restablecimiento de derechos, pasaron cinco meses para que se llevara a cabo la diligencia de verificación de las condiciones socioeconómicas de la señora Luz Ibia, con lo cual se trasgredió el mandato de unidad familiar. Ello no sugiere que la diligencia de verificación deba ser eludida a favor de la familia extensiva, puesto que su realización constituye un presupuesto esencial para la definición idónea de la medida precisa para la salvaguarda de los derechos del o la menor; sino que su práctica no debe exceder un término prudencial, pues su desarrollo tardío amenaza el derecho a la unidad familiar y el interés superior del menor. En este sentido, resulta válido que mientras se lleva a cabo la valoración de la idoneidad de la familia extensiva para procurar el cuidado del menor, sean adoptadas medidas que garantice el restablecimiento de sus derechos, pero dicho trámite no debe tardar más de lo razonable.

Así las cosas, no solamente se procederá a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado respecto de la acción de tutela promovida por el señor José Gelves Galindo en contra del Instituto de Bienestar Familiar, Seccional Huila; sino que también se advertirá a la entidad accionada que una demora injustificada en la realización de los trámites pertinentes para la definición de las medidas para la protección de niñas, niños y adolescentes, como lo sería en el caso concreto la valoración de las condiciones socioeconómicas de la señora Luz Ibia Galindo, trae consigo la vulneración del mandato superior de interés prevalente del menor y el derecho a la familia en titularidad suya y demás miembros del grupo familiar.

### III. DECISIÓN

La Sala Octa de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

Primero. Declarar la carencia actual de objeto por hecho superado respecto de la acción de

tutela promovida por el señor José Gelves Galindo en contra del Instituto de Bienestar Familiar, Seccional Huila.

Segundo. advertir a la entidad accionada que una demora injustificada en la realización de los trámites pertinentes para la definición de las medidas para la protección de niñas, niños y adolescentes, como lo sería en el caso concreto la valoración de las condiciones socioeconómicas de la señora Luz Ibia Galindo, trae consigo la vulneración del mandato superior de interés prevalente del menor y el derecho a la familia en titularidad suya y demás miembros del grupo familiar.

Tercero. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se libren las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 De acuerdo con el informe psicológico, el menor fue dejado por su madrastra al cuidado de terceras personas. Folio 16 del cuaderno 2.

2 En acta de la audiencia de práctica de pruebas celebrada el día 26 de septiembre de 2011 por parte de funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el accionante explicó: “ella –la mamá del menor- se va de la Plata-Huila para Bogotá a trabajar, y aparece luego años la [sic] de Neiva y lo vista [sic] y le compra una muda de ropa.” Folio 6 del cuaderno 2.

3 Según informa el actor en su demanda de tutela, “Gelmu Galindo también es menor de edad (adolescente) el [sic] por su propia convicción [sic] decidió [sic] internarse en el mencionada instituto y a la vez convencio [sic] al hermano menor de estar alla [sic], q’ [sic] posteriormente este [sic] se evadio [sic] del internado sin perjuicio alguna ”

4 Folio 99 del cuaderno principal.

5 Folio 6 del cuaderno 2.

6 Folio 7 del cuaderno 2.

7 Ibidem.

9 Folios 2 y 3 del cuaderno 2.

10 Folios 3 y 4 del cuaderno 2.

11 Folios 32 y 33 del cuaderno 3.

12 Ibidem.

13 Folio 12 del cuaderno 2.

14 Folio 143 del cuaderno principal.

15 Para una explicación sobre cada una de estas circunstancias puede verse la sentencia T-170 de 2009.

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

17 Sentencia T-170 de 2009.

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

19 Sentencia T-170 de 2009.

20 *Ibíd.*

21 Informe de ponencia para primer debate en plenaria. Derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer, la tercera edad y minusválidos. En Gaceta Constitucional No. 85, Mayo 28 de 1991. Página 5.

22 Sentencia T-887 de 2009.

23 Sentencia T-510 de 2003 reiterada en sentencias T-671 de 2010 y T-502 de 2011.

24 Sentencia T-447 de 1997.

25 Sentencia SU-225 de 1998.

26 Sentencia T-887 de 2009.

27 Fundamento jurídico N° 53 de la sentencia.

28 Sentencia T-572 de 2009.

29 *Ibidem.*