Sentencia T-536/20

PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR-No vulneración en la confrontación entre madre biológica y pretensa madre de crianza, dentro de la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, sobre cuidado y custodia de menor indígena

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OIDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA-Reiteración de jurisprudencia

Los menores tienen derecho a ser escuchados en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, a pesar de que no conozcan exhaustivamente la cuestión debatida. Sin embargo, no basta con ello, pues las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente como elemento destacado de la decisión siempre que sea capaz de formarse un juicio propio de forma razonable; para esto, se requiere de un examen caso por caso que no atiende necesariamente a la edad biológica del menor, sino a una evaluación a partir de la capacidad para expresar sus apreciaciones.

FAMILIA-Diversas formas de constituirla/IGUALDAD ENTRE TODAS LAS FORMAS DE FAMILIA-Protección constitucional

FAMILIA DE CRIANZA-Presupuestos para la efectiva conformación

DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Reiteración de jurisprudencia

El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, constituye la piedra angular de garantía en el desarrollo armónico e integral del menor y en el ejercicio pleno de sus derechos. La actual conceptualización de la noción de familia responde a factores socio afectivos, a partir de una interpretación evolutiva y sociológica fundada en el pluralismo y la diversidad cultural, que ha llevado a reconocer que todas las formas de familia asumen iguales compromisos de afecto, solidaridad y respeto, por lo que merecen la misma protección. Finalmente, si una autoridad está llamada a definir la ubicación de un menor en el seno de una familia (biológica o de crianza) debe verificar si este ha desarrollado vínculos afectivos sólidos de cariño y dependencia con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, caso en el cual opera la traslación del ámbito de protección del derecho a la familia hacía el grupo familiar de crianza, y el cese correlativo de la operancia de presunción a favor de la familia biológica. En todo caso, dicha traslación corresponde a una medida más de índole excepcional ya que en principio debe favorecerse la familia consanguínea.

Referencia: Expediente T-7.642.501

Acción de tutela instaurada por RCAM, agente oficiosa de la menor DMRO, contra el Centro Zonal Boston del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Procuraduría General de la Nación.

Magistrado Sustanciador:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Richard Steve Ramírez Grisales (e.), Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Sincelejo, en primera instancia, y la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo, en segunda instancia, en la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES1

La señora RCAM, actuando como agente oficiosa de la niña DMRO, interpuso la presente acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) y la Procuraduría General de la Nación, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de la menor a tener una familia y a no ser separada de ella, a ser escuchada y a la prevalencia de su interés superior, en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos (en adelante PARD) adelantado por el Centro Zonal Sincelejo del ICBF Regional Sucre, como consecuencia de haber ordenado su reubicación en un medio familiar diferente al de sus cuidadores de hecho.

Hechos

1. Narró la agente oficiosa que la menor DMRO nació el 25 de noviembre de 20122, tras solo cinco meses de gestación y que debido al alto riesgo perinatal que enfrentó estuvo hospitalizada los primeros cuatro meses de vida, lapso en el que no fue visitada por su madre biológica la señora YPOO.

1. Señaló que, por dicho comportamiento de abandono, el ICBF Centro Zonal Sincelejo asignó la custodia provisional de la niña a su abuelo materno el señor EMON; sin embargo, este la dejó a cargo de la señora YPOO (residían juntos), quien no le prodigaba el cuidado necesario y desatendía sus padecimientos de salud (retraso en el desarrollo -desnutrición- y microcefalia por secuelas de muy alto riesgo perinatal)3.

1. Relató que el abuelo materno la consideraba la madrina de la menor, ya que desde que esta tenía 8 meses de edad colaboraba con sus necesidades básicas, específicamente con su alimentación. Por esto, también le permitía llevar a la niña a su domicilio por algunos días.

1. Precisó que el 25 de agosto de 2016, el Defensor de Familia del Centro Zonal Sincelejo, teniendo en cuenta, de un lado, que el abuelo materno incumplió los términos de la medida de protección y, del otro, que la menor (para ese entonces de 3 años) había desarrollado un vínculo afectivo con la accionante, decidió otorgarle su custodia y cuidado personal, advirtiéndole de manera verbal que la familia consanguínea tendría derecho a compartir con la niña un fin de semana al mes.

1. Expuso que el 17 de diciembre de 2018 (cuando la niña tenía 6 años), la progenitora4

decidió quebrantar la custodia provisional concedida por el Centro Zonal Sincelejo y no permitió que DMRO regresara bajo su cuidado. Por lo anterior, el 18 de diciembre siguiente requirió al ICBF Centro Zonal Boston “el rescate” de la infante; no obstante, este solo se materializó dos meses después, es decir, el 19 de febrero de 2019.

1. Manifestó que luego de que la menor fuera dejada nuevamente bajo su custodia, esta le narró la ocurrencia de hechos constitutivos de “acceso carnal violento”, presuntamente perpetrados por el compañero permanente de la madre biológica, el señor AVP. Por tal motivo, acudió a la Fiscalía General de la Nación para que se iniciara la investigación penal correspondiente.

1. Expresó que desde “el rescate” la niña se negó rotundamente a recibir visitas de su progenitora, lo que ocasionó que esta última presentara una queja ante la Procuraduría 27 de Familia, en la que refirió que la agente oficiosa le impedía relacionarse con su hija. La anterior situación habría ocasionado que el 8 de mayo de 2019, el Defensor de Familia del Centro Zonal Boston diera por terminada la medida de custodia provisional y remitiera a la menor a un hogar sustituto, desconociendo los lazos afectivos que se habían creado con ella y los miembros de su familia. Aclaró que la menor la llama “mami” y a sus hijas mayores “hermanas”, por lo que no existiría duda de la unión como familia de hecho.

1. En ese orden, solicitó la protección de los derechos fundamentales de la niña “a no ser separada de su familia de crianza, principio del interés superior de la menor y a ser escuchada en las decisiones que le afectan” y, por consiguiente, (i) “se revoque la medida de protección y que se permita que la menor siga conviviendo en su familia de crianza, mientras se adelantan las investigaciones administrativas pertinentes (…)”. Igualmente, requirió que (ii) la menor “sea escuchada en juicio y se le pregunte con quién quiere vivir (…)”5. Por último, como medida provisional pidió “ordenar el reintegro de DMRO a su hogar de crianza en la menor brevedad posible, para evitar que su microcefalia leve mute en otra más delicada (…)”6.

1. Posteriormente, la señora RCAM presentó un escrito de adición de la acción de tutela, mediante el cual aclaró que su pretensión es obtener la custodia de la menor de forma definitiva en tanto se habría conformado una familia de crianza.

Trámite procesal

1. Mediante auto del 14 de mayo de 20197 el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Sincelejo, avocó la acción de tutela, dispuso correr traslado del escrito y las pruebas anexadas, y solicitó información a las Fiscalías 9° y 20 Seccionales de Corozal8. Posteriormente, a través del auto del 20 de mayo de 2019, el despacho judicial decidió vincular al trámite constitucional a los progenitores de la niña y a su abuelo materno9.

Respuestas

1. Las entidades accionadas, los vinculados, así como las fiscalías requeridas, dieron respuesta a la acción de tutela. El resumen de las intervenciones se encuentra en el Anexo 1 de la presente providencia.

1. El siguiente cuadro sintetiza el sentido de las contestaciones:

La Procuradora 27 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

Su intervención en el PARD del año 2019 se dio con la finalidad de salvaguardar los derechos

de la niña, pues la agente oficiosa impedía las visitas de la familia biológica.

El Fiscal 9° Seccional de Corozal.

Cursa en su despacho una investigación atinente a la denuncia por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad formulada por RCAM en contra de YPOO.

El Fiscal 20 Seccional de Corozal

Cursa en su despacho una investigación atinente a la denuncia por el delito de acto sexual con menor de catorce años, formulada en contra de AVP.

El Director del ICBF Regional Sucre

La determinación de separar a la menor del hogar de la señora RCAM se dio con la finalidad de salvaguardar los derechos de la niña, pues la agente oficiosa impedía las visitas de la familia biológica, a pesar de que la Defensoría no había ordenado el alejamiento familiar.

La agente oficiosa

La menor debe ser escuchada acerca de la familia con la que desea vivir (biológica o cuidadores).

El abuelo materno y los progenitores

La niña, su progenitora, sus abuelos maternos y la señora RCAM hacen parte de la comunidad indígena Zenú. La agente oficiosa pretende retener la custodia, dado que así obtendría beneficios económicos de una fundación que apadrina a la menor.

Sentencias objeto de revisión

1. Primera instancia. El 28 de mayo de 2019, el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Sincelejo, denegó el amparo tras considerar que no se apreciaba la vulneración alegada. Señaló que la medida de ubicación en un hogar

sustituto resultaba idónea para ofrecerle a la niña la estabilidad emocional que requería. No obstante, instó al Defensor de Familia encargado para que priorizara el respectivo proceso administrativo y adoptara una medida de restablecimiento de derechos definitiva.

1. Impugnación. La accionante sostuvo que la decisión del ICBF desconoció el interés superior de la menor, al dejar de lado el vínculo afectivo que había creado con quienes compartió más de la mitad de su vida. Explicó que el ICBF determinó que el plan a seguir era el rompimiento de los lazos afectivos con la familia de hecho (adaptación), etapa en la que no se permitió que su agenciada recibiera visitas. Alegó que no es cierto que existiera un programa de apadrinamiento, y que DMRO tiene derecho a ser escuchada acerca de la familia con la que quiere vivir.

Pruebas

1. Las pruebas aportadas se encuentran en el Anexo 2 de la presente providencia.

I. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. De acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, 33 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 y 55 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno), la Sala de Selección de Tutelas Número 10 de la Corte mediante auto del 30 de octubre de 2019 seleccionó el expediente de la referencia para su revisión.

Auto del 3 de marzo de 2020, decreto de pruebas y suspensión de términos para decidir

1. Examinado el asunto, la Sala Octava de Revisión de Tutelas advirtió la necesidad de decretar la práctica de pruebas con la finalidad de disponer de los elementos de juicio conducentes y pertinentes al momento de emitir el fallo. En la misma oportunidad, de conformidad con el artículo 56 del Reglamento Interno, se ordenó la suspensión de los términos para decidir por el lapso de dos meses contados a partir de la recepción de la última prueba. Las indagaciones ordenadas se resumen a continuación10:

A la Fiscalía 14 Local de Sincelejo y a las Fiscalías 9º y 25 Seccionales de Corozal

Que indicaran cuál es el estado de las investigaciones penales adelantadas bajo los radicados 700016001035201901199, 702156001040201900058 y 702156001038201900018 5, por los presuntos delitos de injuria y calumnia, ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, y acto sexual con menor de catorce años, respectivamente.

A los centros zonales Boston y Sincelejo del ICBF Regional Sucre

Que informaran qué circunstancias fácticas originaron los procesos administrativos de restablecimiento de derechos tramitados a favor de la menor DMRO, en qué estado se encuentran y cuál es el fundamento de las decisiones adoptadas dentro de los mismos. Igualmente, se solicitó que remitieran copia íntegra de las historias físicas de atención de la niña.

Al ICBF Regional Sucre

Que a través de un grupo interdisciplinario conformado por profesionales diferentes a aquellos que hubiesen participado en los PARD a favor de DMRO, realizara informes psicosociales de personas y familias a: (i) los progenitores de la niña (YPOO y LRRB), (ii) el abuelo materno (EMON), (iii) la accionante (RCAM), y (iv) el hogar sustituto en el que se encontraba la pequeña. Adicionalmente, se requirió que adelantara una entrevista a la niña

en la que fuera escuchada acerca de sus preferencias y percepciones en relación con la familia que desea vivir (biológica o crianza).

Al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Que practicara valoración psiquiátrica o psicológica forense a la niña, con la finalidad de indagar si reconoce a la demandante como su madre, y a los demás integrantes de este entorno familiar como su familia. También debía determinar las posibles consecuencias que en su estado emocional y psicológico hubiese ocasionado (a) la separación por tiempos prolongados de la madre biológica, (b) la separación del hogar de la señora RCAM, (c) las disputas presentadas entre la accionante y su progenitora en torno a su custodia y cuidado, y (d) la presunta violencia sexual de la que se indica fue víctima. Igualmente, debía practicar un examen médico legal a la menor, con el objetivo de evaluar de forma integral su estado de salud. Por último, realizaría una valoración psiquiátrica o psicológica forense a los progenitores, al abuelo materno de la niña, y a la accionante, con el propósito de establecer si tienen las habilidades y la intención de asumir los compromisos familiares, laborales, y sociales que implican el cuidado y la custodia de la menor.

Al juez de primera instancia

Que recibiera declaración a los progenitores de la niña, a su abuelo materno y a la accionante, según los cuestionarios que esta Corporación estructuró.

Respuestas allegadas

1. De las fiscalías requeridas:

La Fiscalía 9 Seccional de Corozal

Señaló que la indagación con SPOA 70215600104201900058 adelantada en contra de YPOO por el delito de “ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad” fue archivada el 22

de febrero de 2019 por la causal de inexistencia de motivos o circunstancias fácticas que permitieran la caracterización de un delito (conducta atípica)11.

La Fiscalía 14 Local de Sincelejo

Refirió que la investigación seguida bajo el radicado 700016001035201901199 en contra de RCAM por el presunto delito de injuria y calumnia se encuentra inactiva en virtud de la orden del 31 de mayo de 2019 que dispuso archivar la querella presentada considerando que la conducta fue atípica12.

La Fiscalía 20 Seccional Unidad Caivas de Sincelejo

Adujo que en la investigación seguida bajo el radicado 702156001038201900018 5 en contra de AVP por el delito de acceso carnal con menor de catorce años se han realizado las siguientes actuaciones: (i) valoración psicológica inicial, (ii) informe pericial de clínica forense y (iii) entrevistas a posibles testigos. Por otro lado, expuso que a pesar de que se ordenó recibir el interrogatorio al presunto indiciado, no ha sido posible llevarlo a cabo debido a la emergencia sanitaria decreta por el Gobierno nacional13.

1. Del ICBF: la Oficina Asesora Jurídica del ICBF dio respuesta a los cuestionarios efectuados por esta Corporación a la Regional Sucre y a los centros zonales Sincelejo y Boston. Explicó que a favor de la menor DMRO se han adelantado dos PARD; el primero, llevado a cabo en el año 2013 por el Defensor de Familia del Centro Zonal Sincelejo (rad. 30110338); y, el segundo, seguido en el año 2019 por el Defensor adscrito al Centro Zonal Boston (rad. 29912667). Asimismo, mencionó que en el año 2016 se inició un Trámite de Atención Extraprocesal TAE, por petición de la señora YPOO (rad. 30125193), el cual también fue conocido por el defensor del Centro Zonal Sincelejo. El resumen de los procesos se encuentra en el Anexo 3 de la presente providencia.

1. El siguiente cuadro sintetiza la información aportada por el ICBF frente al origen y desenlace de las actuaciones administrativas:

PARD rad. 30110338 – Centro Zonal Sincelejo

Inició el 4 de mayo de 2013 (cuando la menor tenía aproximadamente 6 meses) por el desconocimiento del derecho a los alimentos de DMRO por parte de su progenitor. A través de la Resolución n.° 36 del 2 de agosto de 2013, el defensor profirió un fallo de vulneración de derechos, y ordenó la ubicación de la menor en el hogar del abuelo materno, concediéndole la custodia provisional. Para la época la progenitora tenía 16 años.

TAE rad. 30125193 – Centro Zonal Sincelejo

Inició el 30 de marzo de 2016, atendiendo la solicitud de fijación de cuota alimentaria a cargo del señor LRRB (progenitor) presentada por la señora YPOO. La Defensoría constató que la menor se encontraba baja de peso y talla, y no estaba asistiendo a las terapias integrales (pese al requerimiento efectuado a la progenitora en ese sentido), por lo que decidió el 25 de agosto de 2016, modificar la ubicación de DMRO del medio familiar de su abuelo al de la señora RCAM, en calidad de madrina.

PARD rad. 29912667 – Centro Zonal Boston

Inició el 26 de febrero de 2019 debido al reporte de presunto “abuso sexual” remitido a la entidad. Tras la apertura de la investigación, la autoridad profirió una medida confirmando la ubicación provisional de DMRO en el hogar de la señora RCAM. Sin embargo, teniendo en cuenta que se presentaron agresiones entre esta y la progenitora, y que la agente oficiosa impedía el acercamiento de la familia bilógica, el defensor (en salvaguarda de la estabilidad emocional de la menor) decidió ubicarla en un hogar sustituto mientras se decidía el PARD. El 15 de agosto de 2019 se profirió un fallo de vulneración del derecho a ser protegida contra todo acto de violencia sexual, y se concedió la custodia de DMRO al abuelo materno, previa verificación de su idoneidad para ejercer el cuidado. En el trámite del proceso la menor expresó en múltiples ocasiones su deseo de vivir con su familia biológica. Finalmente, al realizar el seguimiento a la medida, se constató que el abuelo se encontraba cumpliendo los compromisos adquiridos frente a la menor, por lo que el 17 de febrero de 2020 se dio cierre al PARD.

1. Por otra parte, la entidad accionada recordó que la fijación de la custodia constituye una expresión del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella. Asimismo, explicó que para su determinación es necesario considerar las particularidades de cada asunto, pues las situaciones varían dependiendo de las dinámicas de los grupos familiares14.

1. Asimismo, atendiendo la orden de realizar valoraciones psicosociales a la familia biológica y a la accionante, el ICBF remitió sendos informes realizados el 11 y 12 de marzo de 2020, los cuales pueden ser consultados en el Anexo 4 de la presente providencia. En cuanto a la progenitora, el informe fundamentalmente indicó que no cuenta con las condiciones emocionales ni personales para asumir el cuidado de la niña, dado que, para la fecha, aún tenía una relación con el presunto agresor AVP. Frente a los abuelos maternos refirió que, a pesar de sus condiciones económicas, tienen factores que garantizan la protección a su nieta; en igual sentido de cara a la agente oficiosa.

1. Finalmente, aportó la entrevista realizada el 11 de marzo de 2020 a DMRO con la finalidad de escuchar sus percepciones y preferencias acerca de la familia con la que desea vivir. En lo pertinente, la niña respondió que no deseaba vivir con la agente oficiosa, sino con su progenitora y su hermano. El detalle de la entrevista puede ser consultado en el Anexo 5 de la presente providencia15.

1. El Juzgado Segundo Civil del Circuito: remitió las declaraciones recibidas a YPOO, RCAM y EMON16. Respecto de LRRB no aportó información alguna. Las declaraciones pueden ser consultadas en el Anexo 6 de la presente providencia17.

1. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (en adelante Medicina Legal): allegó al trámite las valoraciones solicitadas respecto de la niña, la progenitora y su abuelo materno18. Frente al estado general de salud de DMRO y las posibles consecuencias que en

su condición emocional y psicológico hubiesen podido ocasionar la separación del hogar de la accionante, el profesional forense determinó que: (i) la menor impresiona con signos de alteración cognitiva que podrían presentar la presencia de un coeficiente intelectual por debajo del promedio; (ii) teniendo en cuenta sus antecedentes perinatales, es probable que requiera formación académica no tradicional y estimulación acorde a sus necesidades evolutivas; (iii) no se refieren o perciben signos clínicos o trastornos afectivos y/o de conducta; (iv) nuevos cambios en su dinámica familiar podrían desencadenar alteraciones comunes como estrés postraumático, baja autoestima, agresividad, resentimiento, hostilidad, depresión, ansiedad, alteración del sueño y prospección al peligro; (v) la menor muestra afinidad por todos los miembros de la investigación, mostrando mayor apego hacia su madre biológica y menor apego hacia su padre biológico; y (vi) es probable que la examinada haya sido expuesta a influencias negativas que den cabida a la figura de alienación parental por parte de la señora RCAM, dado que esta le indicaba que la señora YPOO no era su mamá.

Nueva información relacionada por la agente oficiosa

1. La señora RCAM allegó memorial19 señalando que el 28 de agosto de 2019 el ICBF entregó la custodia de DMRO a sus abuelos maternos bajo la condición de que el sujeto involucrado en la investigación penal AVP no tuviera contacto alguno con ella. Sin embargo, sostuvo que dicha restricción ha sido incumplida, pues “el investigado llevo (sic) a la menor [DMRO] a tomar el bus (…), esto fue visto y denunciado al ICBF por una trabajadora social (…)”. Añadió que la vulneración de los derechos de DMRO persiste dado que AVP “no solo llega a la casa donde vive la niña sino que vive allí por temporadas”. Finalmente, adujo que el abuelo materno le solicitó apoyo económico “ya que no tienen como sostener a la menor”, por lo que le ha enviado “efectivo”20.

1. En virtud del nuevo requerimiento de información realizado por el Magistrado sustanciador el 1º de septiembre de 202021, la Directora Regional Sucre del ICBF22 aclaró que las valoraciones psicosociales de los progenitores de la menor (YPOO y LRRB), su abuelo

materno (EMON) y a la agente oficiosa (RCAM), fueron realizados por profesionales que no habían intervenido previamente en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos. Asimismo, precisó que la entrevista a DMRO fue realizada por una Defensora de Familia ajena al asunto. De otro lado, frente a las presuntas irregularidades mencionadas por la accionante en el párrafo 27 (supra), remitió un informe actualizado al 10 de septiembre de 2020, así:

En cuanto a la situación económica del señor EMON.

Se constató que "los ingresos recibidos por él y los diferentes subsidios dados a la niña (…) por parte de la Institución Educativa (…) y los recibidos por la abuela materna, alcanzan para cubrir en su totalidad las necesidades alimentarias de la niña, (…) los gastos de vestuario, recreación y todos los requeridos". Igualmente, se registró que la última vez que el abuelo "tuvo contacto con la señora [RCAM] fue en el mes de marzo del presente año, (…) el motivo de la comunicación fue 'ella me llamo porque soy representante de los indígenas, ella necesitaba que yo le diera el aval indígena para la condonación del crédito Icetex, yo le dije que no se lo podía dar porque la hija no se había graduado'."

En relación con la progenitora.

Indicó que "se encuentra viviendo en el mismo domicilio de la menor desde finales del mes de marzo del presente año, comenta [EMON] además que su hija se separó del señor [AVP] expresa (…) que conoció que el señor [AVP] se fue a vivir para la ciudad de Valledupar desde el mes de Agosto del año 2020, lo anterior debido a que es oriundo de allá".

Respecto al presunto acompañamiento de AVP a la menor "a tomar el bus".

La entidad consignó la explicación que el señor EMON aportó al equipo interdisciplinario, en el siguiente sentido: "cuando la niña se encontraba asistiendo de manera presencial a la Fundación (…) era acompañada por la abuela materna, tíos de la menor y en algunas ocasiones estos eran acompañados por la progenitora de la niña, comenta que por instrucciones del equipo de defensoría del ICBF quedo (sic) como compromiso que la menor no podía salir de la casa sola con la progenitora y ellos han cumplido con tal disposición (…)

en aquella ocasión la mamá de la niña salió a las 6:00 am, con la niña y mi otro hijo (…) a llevar a la niña a esperar la buseta (…) y en la Fundación [en la que estudia] pensaron que mi hijo era [AVP] no sé de dónde sacaron eso, porque ellos no conocieron a [AVP]".

De acuerdo con la declaración, el ICBF precisó que la menor no tiene ningún contacto con el posible agresor; asimismo, expuso que la información fue validada con una vecina de la familia, quien aseguró: (i) que desde que la niña se encuentra al cuidado de sus abuelos el señor AVP no se ha acercado a la residencia; y (ii) que "cuando la progenitora llevaba a [DMRO] a coger la ruta de la Fundación (…) iba en compañía del tío de la niña, (…) en otras ocasiones iba en compañía de la abuela materna (…) todos los días los observaba pasar por su casa para ir al lugar donde la menor era recogida".

De cara a la situación actual de DMRO.

El equipo interdisciplinario encontró que: "actualmente goza de garantías de derechos al lado de sus abuelos maternos, se observa tranquila, en aparente buen estado de salud, vestida de acuerdo a su edad y a su contexto sociocultural, se evidencia emocionalmente estable, sin signos de maltrato físico, sin signos de negligencia por sus cuidadores, en entrevista con la menor refiere sentirse feliz de convivir con sus abuelos maternos, se evidencian vínculos afectivos unidos entre la niña y sus abuelos maternos y progenitora, se evidencia un entorno socio familiar funcional en donde la menor recibe la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, vestido, acceso a salud, acceso a educación, recreación, además recibe amor, apoyo, atención y los cuidados necesarios como garantías en sus derechos por parte de cuidadores".

Se enfatizó que la psicóloga conceptuó: se evidencia fuertes lasos (sic) afectivos hacia su familia materna. Logra ver a su abuelo materno como la figura paterna y de autoridad. Al hablar de su familia refiere sentirse feliz luego de estar con otra familia (refiriéndose al hogar sustituto), lo cual se evidencia en la forma gestual y verbal al manifestarlo (…) Que se siente segura, protegida y feliz dentro de su núcleo familiar, que se encuentra con la garantía de sus derechos"23.

Respuesta al traslado de las pruebas recaudadas de conformidad con los autos del 3 de

marzo, 14 de abril y 1º de septiembre de 2020

1. El Defensor de Familia del Centro Zonal Boston, aportó un escrito reiterando el trámite del PARD que adelantó en el año 2019.

1. La señora RCAM allegó múltiples memoriales24, en los que, en términos generales, manifestó que se opone a las pruebas aportadas por el ICBF y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Sostuvo que: (i) la menor estaría mejor en su hogar pues en el seno familiar del abuelo solo encontrará escasez económica; (ii) el abuelo no es idóneo para ejercer las custodia porque en el año 2013 no protegió adecuadamente a la menor; (iii) las manifestaciones de DMRO frente al cariño que siente por su familia biológica y al deseo de vivir con ellos obedecen a un discurso aprendido y/o a la coerción que ejercen sobre ella; (iv) la menor habría sido presionada para que no señalara que ella era su mamá de crianza; (v) el posible déficit cognitivo que indicó Medicina Legal se debe al rompimiento de los lazos afectivos con la agente oficiosa; (vi) en su hogar no hay conflictos ni violencia intrafamiliar; y (vii) no es cierto que ella le dijera a la niña que YPOO no era su mamá25.

1. Finalmente, el 9 de octubre de 2020, la Sala de Revisión ordenó levantar la suspensión de términos y contabilizar el lapso de los 2 meses para decidir a partir de la ejecutoria de la esa providencia.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de decisión

1. Corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar, en primer lugar, si en esta oportunidad se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. En caso afirmativo, pasará a estudiar el fondo el asunto para lo cual se abordará el siguiente problema jurídico:

¿El ICBF trasgredió los derechos de la menor indígena a tener una familia y a no ser separada de ella, a ser escuchada en las decisiones que le afectan y al debido proceso, al ordenar la separación del hogar de la persona que tuvo su custodia provisional durante 3 años, desconociendo que, según se indica, se habría configurado una familia de crianza, además de que la familia biológica no garantizaría los derechos y la prevalencia del interés superior de la menor?

1. Para solucionar el anterior interrogante, la Corte reiterará su jurisprudencia sobre los siguientes puntos: (i) el principio de la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, haciendo énfasis en las relaciones entre este mandato y la autonomía de los pueblos indígenas; (ii) el derecho de las menores a ser escuchadas en las decisiones que les afectan; y (iii) el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. Con base en lo anterior se (iv) resolverá el caso concreto.

El principio de la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Reiteración de jurisprudencia26

1. Los menores, en virtud de su falta de madurez física y mental que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, necesitan protección y cuidados especiales en términos materiales, psicológicos y afectivos, y en términos jurídicos. Recogiendo este axioma básico, el artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás27. Al interpretar este mandato, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que "los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada condición que se hace manifiesta en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación pública o privada"28.

1. Igualmente, la Corte ha señalado que para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones fácticas, que hacen referencia a las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; como jurídicas, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento para promover el bienestar infantil. Dentro de estos últimos, en la sentencia T-105 de 202029, este Tribunal resaltó como relevantes: a) la garantía del desarrollo integral del menor; b) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; c) la protección frente a riesgos prohibidos; d) el equilibrio con los derechos de los padres; e) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo; y f) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales.

1. Debe enfatizarse que el principio del interés superior del menor juega un papel trascendental en el marco de los procesos judiciales o administrativos que involucran a niños, niñas y adolescentes30; con sustento en ello, esta Corporación ha fijado unas reglas concretas dirigidas a asegurar que los trámites que tengan la potencialidad de alterar la situación de un menor se desarrollen y resuelvan de acuerdo con postulados que respeten su condición de sujeto de especial protección constitucional y propendan por su máximo bienestar; a saber:

1. i) Es necesario contrastar sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el amparo infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional (supra, 5); v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad31; y vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

1. Ahora bien, atendiendo las particularidades del asunto, es importante destacar que los pueblos o comunidades indígenas o tribales gozan de un tratamiento especial, en tanto la Constitución les garantiza el poder de decisión en los ámbitos cultural, espiritual, político y jurídico. En efecto, de los artículos 1º, 7º, 8º, 9º y 70 del texto superior se deriva el principio de diversidad étnica y cultural, el cual implica no solo reconocer la existencia del grupo minoritario diferenciado, sino también el ejercicio efectivo de su derecho a la autodeterminación, materializado en la autonomía de sus instituciones y autoridades de gobierno, así como en la posibilidad de guiarse por sus propias normas, costumbres, opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida. Con todo, la Corte ha resaltado que la autonomía indígena no puede implicar la afectación del núcleo esencial de los derechos de los miembros de su comunidad, en particular de los niños, atendiendo el estatus jurídico especial del que gozan y la prevalencia de sus derechos.

1. Recuérdese que el interés superior del menor se determina con base en su situación especial y no depende necesariamente de lo que los padres o la sociedad consideren lo mejor para ellos; bajo ese entendido, la sentencia T-466 de 2016 sostuvo que: “La obligatoriedad del interés superior del niño no encuentra excepciones de ninguna clase, ni siquiera tratándose de pueblos indígenas. Por esto, estos están obligados, en el marco de sus usos y costumbres, a garantizarles a los niños indígenas la protección especial que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen”. De tal forma, la autonomía de los pueblos étnicos puede ser limitada válidamente cuando las autoridades nacionales tengan la certeza de que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños indígenas32.

1. En suma, el interés superior del menor constituye un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. Este mandato debe ser analizado a partir de cada situación concreta, evaluando las consideraciones fácticas y jurídicas que lo rodean, pues de la decisión que se adopte dependerá su crecimiento, desarrollo y crianza en condiciones adecuadas, armónicas e integrales. Particularmente, en el ámbito de los procesos y administrativos judiciales, en procura de la satisfacción del interés superior del menor, a las autoridades les corresponde ajustarse al material probatorio recaudado en el proceso considerando especialmente las valoraciones de los profesionales; asimismo, los funcionarios deben obrar con suma diligencia, evitando que sus decisiones trastornen, afecten o pongan en peligro los derechos de los niños. Finalmente, la obligatoriedad de este principio no encuentra excepciones de ninguna clase, ni siquiera tratándose de los pueblos indígenas, de manera que, en el marco de sus usos y costumbres, garantizarán a los niños la protección especial que la Constitución les otorga.

El derecho de los menores a ser escuchados en las decisiones que les afectan. Reiteración de jurisprudencia

1. El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño33 establece que los Estados Parte garantizarán al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta su opinión. La Corte ha explicado que “el derecho de los niños a ser escuchados los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos; además, que se debe partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida”34.

1. Asimismo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos35, esta Corporación ha determinado que la aplicación del derecho de los niños a ser escuchados debe atender las siguientes premisas fundamentales: i) no puede partirse de la base de que los menores no son capaz de expresar sus opiniones; ii) no es necesario que conozcan de manera exhaustiva todos los aspectos de un asunto que los afecte, basta con una comprensión que les permita formarse un juicio propio; iii) los niños deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren ejercer el derecho a ser escuchados; iv) quienes van a escuchar al niño, así como sus padres o tutores, deben informarle el asunto y las posibles decisiones que pueden adoptarse como consecuencia del ejercicio de su derecho; v) se debe evaluar la capacidad del niño o niña, para tener en cuenta sus opiniones y comunicarle la influencia de éstas en el resultado del proceso; y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”.

1. En todo caso, este Tribunal ha destacado que tal prerrogativa tiene límites en su ejercicio, marcados por las capacidades evolutivas de los NNA. En la sentencia T-033 de 2020 se expuso que: “escuchar en estos casos es permitir la participación activa de los menores de edad en las decisiones que los afecta, pero ello no implica que las autoridades o los adultos estén obligados a hacer lo que los NNA digan o manifiesten. Así, estos límites deben ser evaluados caso a caso por la autoridad a cargo, sin que se puedan establecer estándares

universales (…) pues los procesos cognitivos, intelectuales, psicológicos y/o físicos, entre otros, varían de individuo a individuo, y están generalmente asociados a su entorno familiar, social y/o cultural, entre otros aspectos, que deben ser valorados a la hora de tener en cuenta la opinión del menor de edad".

1. En ese orden, es claro que los menores tienen derecho a ser escuchados en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, a pesar de que no conozcan exhaustivamente la cuestión debatida. Sin embargo, no basta con ello, pues las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente como elemento destacado de la decisión siempre que sea capaz de formarse un juicio propio de forma razonable; para esto, se requiere de un examen caso por caso que no atiende necesariamente a la edad biológica del menor, sino a una evaluación a partir de la capacidad para expresar sus apreciaciones.

El derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. Reiteración de jurisprudencia36

1. Uno de los mandatos contenidos en el artículo 44 de la Constitución a favor de los menores es el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, "el cual se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica"37. En correspondencia con el texto superior, el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que "[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella"38.

1. Esta Corporación ha resaltado que la importancia de este derecho radica en que "su satisfacción constituye una necesaria condición (…) para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta, ya que a través de él se permite que los niños accedan al cuidado, amor, educación, etc. de los cuales son acreedores legítimos"39.

Bajo estas consideraciones se ha construido jurisprudencialmente la presunción a favor de la familia biológica40, de acuerdo con la cual su separación solo está justificada en el evento en que esta no sea apta para cumplir con los cometidos que le competen en relación con el niño, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico.

1. En efecto, la preservación del núcleo familiar demanda del Estado una intervención exceptiva y justificada41. La Corte ha señalado que el mandato de unidad de la familia exige que las autoridades, de un lado, se abstengan de acoger medidas irrazonables e infundadas; y del otro, cumplan el deber de promoción e implementación de mecanismos orientados a su favorecimiento; de ahí que la acción estatal no puede estar dirigida exclusivamente a la adopción de medidas de restablecimiento de derechos que conduzcan al rompimiento de la unidad familiar, sino también, y de manera prioritaria, a la concreción de mecanismos que posibiliten a los padres el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en relación con sus hijos42.

1. Es imprescindible, entonces, contar con razones suficientes y poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones familiares biológicas. Sobre el particular, en la sentencia T-510 de 200343 este Tribunal determinó que una medida judicial o administrativa que tenga como resultado separar a un menor de su familia solo es procedente cuando las circunstancias del caso permitan determinar que esta no es apta para cumplir con sus funciones básicas. Así, al momento de establecer la idoneidad de un determinado grupo familiar, se deben tener en cuenta distintos tipos de razones que, dependiendo de su relevancia para el bienestar del menor individualmente considerado, serán más o menos determinantes de la decisión a tomar:

1. En primer lugar, existen hechos graves cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia; tal es el caso de (a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las

circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños. En segundo lugar, ciertas situaciones constituyen motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones. En esta segunda categoría se incluyen todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, "pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres"44.

1. En tercer lugar, concurren circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia; por ejemplo, cuando "la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar)". Se enfatiza que estas situaciones no constituyen una razón suficiente para desvincular a un niño de su entorno familiar; no obstante, con excepción de la primera, "es decir, de la pobreza, que en ningún caso justifica per se la remoción de un niño de su familia"45, sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto46.

Protección a las diferentes formas de familia, elementos indicativos de la conformación de una familia de crianza y traslación del ámbito de protección del derecho a la familia hacía la familia de crianza

1. Ahora bien, teniendo en consideración que un componente transversal que abarca la noción de familia en el ordenamiento jurídico colombiano es el de pluralidad, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que este es un concepto dinámico, por lo que debe

responder a la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, a las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse y a la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellos. En este sentido, se ha establecido que a partir del propio texto constitucional (art. 42) que ubica en un plano de igualdad a la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos, no existe un concepto único y excluyente de familia, destacando que aquella no puede restringirse exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos jurídicos o biológicos, sino que se extiende también a las relaciones de hecho o de crianza que surgen a partir de la convivencia y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad, aspectos conforme a los cuales se promueve el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la realización personal de cada uno de sus integrantes47.

1. Cabe destacar que la Corte ha reseñado algunos criterios que pueden ayudar a resolver los conflictos asociados con el derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, tales como: (i) el derecho a tener una familia se puede extender para incorporar a personas no vinculadas por consanguinidad; (ii) la familia de hecho o de crianza también es objeto de protección y reconocimiento constitucional; y (iii) existe una presunción a favor de la permanencia de los menores de edad en su familia biológica por cuanto se encuentra mejor situada para brindar el cuidado y afecto que necesita, lo que no significa que tenga un privilegio sobre otras estructuras de familia (prevalencia relativa de los vínculos de consanguinidad)48.

1. Asimismo, esta Corporación ha señalado los presupuestos que permiten evidenciar la existencia o conformación de una familia de crianza. En la sentencia T-525 de 201649 se recogieron así:

“(i) La solidaridad, que se evalúa en la causa que motivó al padre o madre de crianza a generar una cercanía con el hijo que deciden hacer parte del hogar (…) (ii) Reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas), por los denominados padres y madres de crianza, es decir, se sustituyen los vínculos consanguíneos o civiles por relaciones de facto(…) (iii) La dependencia económica, que se genera entre padres e hijos de crianza que hace que estos

últimos no puedan tener un adecuado desarrollo y condiciones de vida digna sin la intervención de quienes asumen el rol de padres (…) (iv) Vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección, que se pueden verificar con la afectación moral y emocional que llegan a sufrir los miembros de la familia de crianza en caso de ser separados (…) (v) Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo, que exista, al menos implícitamente, por parte de los integrantes de la familia y la cual debe ser observada con facilidad por los agentes externos al hogar (…) (vi) Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos, que permita determinar la conformación de relaciones familiares. No se determina a partir de un término preciso, sino que debe evaluarse en cada caso concreto con plena observancia de los hechos que rodean el surgimiento de la familia de crianza (…) (vii) Afectación del principio de igualdad, que configura idénticas consecuencias legales para las familias de crianza, como para las biológicas y jurídicas, en cuanto a obligaciones y derechos y, por tanto, el correlativo surgimiento de la protección constitucional (…)”50. Énfasis añadido.

1. Ahora bien, atendiendo las particularidades del asunto, se debe resaltar que en aquellos casos en los que es necesario definir la ubicación de un menor en el seno de una familia biológica o una de hecho, la Corte ha dado aplicación a los criterios de traslación del ámbito de protección del derecho a la familia hacía la familia de crianza, y cese correlativo de la operancia de presunción a favor de la familia biológica51. Efectivamente, cuando un niño ha sido cuidado de buena fe por un grupo familiar distinto al consanguíneo durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hubiesen desarrollado vínculos afectivos y de dependencia sólidos (al grado que el menor sienta que es su propia familia), y la afectación o intervención Estatal sobre tales vínculos de cariño y respeto desconoce el interés superior del menor, esta Corporación ha considerado que el ámbito de protección del derecho a tener una familia se traslada del grupo familiar biológico al de crianza, y opera el cese de la presunción a favor de la familia de sangre52.

1. En ese orden, son las características de los vínculos entre los menores y sus cuidadores de hecho y la forma en que incidiría su perturbación sobre el bienestar y desarrollo del menor la

circunstancia que debe ocupar la atención de las autoridades encargadas de adoptar una decisión sobre el particular. Acoger una posición contraria, “equivaldría a otorgar a los derechos de la familia biológica un alcance absoluto que no les corresponde, por medio de la adopción de medidas que, al tener en cuenta exclusivamente los derechos e intereses de tales parientes biológicos, pueden lesionar en forma irremediable los derechos prevalecientes de los niños implicados”.

1. En suma, para la Corte, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, constituye la piedra angular de garantía en el desarrollo armónico e integral del menor y en el ejercicio pleno de sus derechos. La actual conceptualización de la noción de familia responde a factores socio afectivos, a partir de una interpretación evolutiva y sociológica fundada en el pluralismo y la diversidad cultural, que ha llevado a reconocer que todas las formas de familia asumen iguales compromisos de afecto, solidaridad y respeto, por lo que merecen la misma protección. Finalmente, si una autoridad está llamada a definir la ubicación de un menor en el seno de una familia (biológica o de crianza) debe verificar si este ha desarrollado vínculos afectivos sólidos de cariño y dependencia con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, caso en el cual opera la traslación del ámbito de protección del derecho a la familia hacía el grupo familiar de crianza, y el cese correlativo de la operancia de presunción a favor de la familia biológica. En todo caso, dicha traslación corresponde a una medida más de índole excepcional ya que en principio debe favorecerse la familia consanguínea.

Caso concreto

Presentación del asunto

1. La señora RCAM (en adelante la cuidadora) interpuso la presente acción de tutela en calidad de agente oficiosa de la niña DMRO, contra el Instituto Colombiano de Bienestar

Familiar ICBF y la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la menor a tener una familia y a no ser separada de ella, y a ser escuchada en las decisiones que le afectan, como consecuencia de la orden de separación del hogar de sus cuidadores y ubicación en un hogar sustituto que adoptó el 8 de mayo de 2019 la primera entidad, en el marco del proceso de restablecimiento de derechos. En el trámite de la acción de tutela la agente oficiosa dejó claro que su pretensión es obtener la custodia de la menor con carácter definitivo, en tanto se habría conformado una familia de crianza.

1. La Sala de Revisión, de conformidad con el material probatorio recaudado, precisará las circunstancias que dieron origen a las actuaciones administrativas llevadas a cabo por el ICBF en favor de la menor; posteriormente, indicará los aspectos relevantes del contexto de la vulneración alegada por la cuidadora.

1. De forma preliminar, es necesario aclarar que tanto la familia consanguínea de DMRO, como la cuidadora hacen parte del pueblo indígena Zenú53. En efecto, el abuelo de la menor señaló ser el Capitán del Cabildo “U”; además, informó que la menor y señora RCAM “se encuentran registradas” en el censo de la comunidad. No obstante, es importante destacar que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, no se aprecia prima facie que la situación fáctica presuntamente trasgresora de los derechos de la niña sobrevenga o esté directamente relacionada con los hábitos, usos y costumbres de la comunidad indígena, pues el equipo interdisciplinario del ICBF que ha valorado en múltiples ocasiones el entorno de la menor, no ha evidenciado o conceptuado que la posible interferencia en sus derechos tenga origen o se encuentre vinculada a una práctica tradicional o cultural. Tampoco es objeto de discusión que las diferentes actuaciones administrativas y/o medidas de restablecimiento de derechos implementadas por el ICBF hubiesen ocasionado el desconocimiento de los valores culturales de la comunidad, o que la garantía efectiva de los derechos de DMRO dependa del respeto de una tradición particular. En suma, la Sala de Revisión no observa en el presente asunto criterios fácticos orientadores de análisis relativos al entorno cultural de DMRO.

Precisiones frente a las actuaciones administrativas adelantadas por el ICBF en los años 2013 y 2016

PARD (año 2013). La menor tenía 6 meses.

Contrario a lo afirmado por la cuidadora en los hechos 1º y 2º, no tuvo origen en el abandono de DMRO en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales de la Clínica Santa María, sino en la vulneración por parte del progenitor de su derecho a los alimentos. La custodia provisional de la menor fue entregada por el Defensor de Familia del Centro Zonal Sincelejo al abuelo materno, dado que, para la época, la madre biológica YPOO también era menor de edad54 (Res. n.° 36 del 2 de agosto de 2013).

TAE (año 2016) La menor tenía 3 años.

En el marco del trámite extraprocesal para fijación de cuota alimentaria iniciado el 30 de marzo de 2016 por solicitud de la progenitora, el referido defensor modificó la custodia provisional de la menor, otorgándosela a la señora RCAM en calidad de madrina (Res. 041 del 25 de agosto de 2016)55; igualmente determinó que la familia biológica podría estar un fin de semana al mes con la niña. Lo anterior, tras constatar que el abuelo había delegado el cuidado de DMRO a su progenitora, y que esta no había cumplido todos los compromisos adquiridos con el equipo interdisciplinario del centro zonal, esto es, mejorar el peso de la menor y reiniciar las terapias integrales. Dichos compromisos derivaron de la verificación de las condiciones de la menor que los profesionales efectuaron el 30 de marzo de 2016, en particular, que se encontraba baja de peso y talla56.

Finalmente, luego de ordenar la modificación de la custodia, el 24 de mayo de 2017, el defensor cerró el TAE y fijó una cuota de alimentos a cargo del señor LRRB (progenitor) por valor de 150.000 pesos57. De acuerdo con las declaraciones obrantes en el Anexo 6, dicha obligación nunca ha sido satisfecha.

Hechos relevantes de la actual vulneración

1. Teniendo en cuenta que el Defensor de Familia, a través de la Resolución n.° 041 del 25 de agosto de 2016, permitió las visitas de la familia biológica, el 14 de diciembre de 2018 la cuidadora le entregó la niña a la señora YPOO (quien residía con su compañero permanente AVP) para que compartiera con ella hasta el 17 de diciembre del mismo año. Sin embargo, la progenitora trasgredió los términos de la custodia, al impedir que la menor retornara con la señora RCAM. Solo el 19 de febrero de 2019, tras la intervención de la Policía de Infancia y Adolescencia, DMRO regresó al hogar de la gestora del amparo58.

1. El 1° de marzo de 2019, se inició en el Centro Zonal Boston el segundo PARD (SIM 29912667), atendiendo el reporte presentado el 26 de febrero de 2019 por el Hospital Nuestra Señora de Las Mercedes de Corozal, en el cual se advirtió sobre el posible "abuso sexual"59 del que habría sido víctima DMRO por parte de AVP. En la misma fecha, como medida provisional de protección, el Defensor de Familia determinó la "ubicación en medio familiar", confirmando la custodia de la menor en cabeza de la señora RCAM "en calidad de madrina"60.

1. No obstante, el 8 de mayo de 2019, antes de dar por concluido el respectivo PARD, la autoridad determinó que resultaba necesario ubicar a DMRO en un hogar sustituto con la finalidad de evitar que se le ocasionaran mayores afectaciones emocionales y psicológicas. Al respecto, el funcionario advirtió que se estaban presentando frecuentes agresiones entre la accionante y la madre de la niña, dado que la primera negaba las visitas a la segunda; asimismo, constató que la cuidadora (a voluntad propia) había cambiado su municipio de residencia para evitar que la niña fuera contactada por su familia biológica61. Debido a la anterior determinación, la señora RCAM interpuso la presente acción de tutela señalando que la autoridad desconoció que debido a los cuidados que le prodigó a DMRO por más de tres años se habría conformado una familia de crianza.

1. En respuesta a la demanda, el ICBF refirió que había actuado en salvaguarda de los derechos de la menor. Por otra parte, los jueces de instancia negaron el amparo considerando que la decisión de la entidad resultaba acertada, en tanto buscaba garantizar el interés superior de DMRO que estaba siendo seriamente amenazado por la cuidadora, al impedir el acercamiento familiar.

1. Finalmente, es necesario indicar que con posterioridad a los fallos de tutela, en el marco del segundo PARD (SIM 29912667), el Defensor de Familia del Centro Zonal Boston profirió la Resolución n.° 044 del 15 de agosto de 2019, mediante la cual (i) declaró el derecho de la niña a ser protegida contra todo acto de violencia sexual, (ii) dio por terminada la ubicación en el hogar sustituto, (iii) adoptó como medida de restablecimiento el reintegro familiar con el señor EMON, abuelo materno62; y (iv) ordenó realizar el seguimiento de acuerdo con el Código de la Infancia y la Adolescencia. La determinación de entregar la niña a su abuelo materno se fundamentó en las pruebas obrantes dentro de la actuación administrativa, y en los informes del equipo interdisciplinario del centro zonal que indicaban, de un lado, que era apto para proteger a la menor, y del otro, que DMRO deseaba residir con él.

Procedencia de la acción de tutela

1. Con fundamento en los hechos descritos, la Sala Octava de Revisión debe determinar, en primer lugar, si en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela:

1. Legitimación en la causa por pasiva. Este requisito también se cumple en la medida que el mecanismo de amparo se interpuso en contra de las autoridades presuntamente responsables de la vulneración, es decir, el ICBF y la Procuraduría General de la Nación; la

primera, al reubicar a la menor en un hogar sustituto; la segunda, al intervenir en el PARD en favor de la madre biológica.

1. Inmediatez. Se advierte que la tutela fue promovida el 14 de mayo de 2019, mientras que la actuación trasgresora, esto es, la separación de la niña del hogar de la señora RCAM, se materializó el 8 de mayo de 2019; de manera que trascurrieron cerca de seis días entre ambas actuaciones, término breve que a todas luces resulta razonable y proporcionado.

1. Subsidiariedad. Dado que la disposición del Defensor de Familia del Centro Zonal Boston atacada mediante el presente trámite obedeció a un cambio de medida antes de la audiencia de pruebas y fallo65, se debe precisar que el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, establece que este tipo de decisiones provisionales no son susceptibles de “recurso alguno”. Esto, en contraste con las medidas de restablecimiento que se acogen en el fallo de vulneración de derechos, contra las cuales no solo procede el recurso de reposición, sino también el control judicial efectuado por el juez de familia a través del mecanismo de la homologación (art. 100, Ley 1098 de 2006). Es posible considerar, entonces, que la gestora del amparo no contaba con instrumentos para impugnar específicamente el auto que acogió la medida provisional presuntamente infractora, pues la norma que rige el trámite de restablecimiento de derechos no lo consagra expresamente66.

1. Ahora bien, es claro que la actuación administrativa seguida por el Defensor de Familia no había culminado, por lo que aún existía la posibilidad de acudir al referido mecanismo de la homologación contra la decisión definitiva de restablecimiento de derechos que en su momento acogiera el funcionario. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación67, aún ante la presencia de un mecanismo ordinario de defensa, el análisis de procedencia del amparo constitucional debe realizarse de manera flexible cuando quien invoca la protección es un sujeto de especial protección constitucional (las personas en situación de discapacidad, los miembros de comunidades étnicas, los niños y niñas, entre otros) y, por lo tanto, su situación requiere de particular consideración por parte del juez de

tutela68. Bajo ese entendido se ha advertido que “existen algunos grupos con características particulares que pueden llegar a sufrir daños o amenazas dadas sus condiciones de debilidad o vulnerabilidad manifiesta lo que, en consecuencia, implica adoptar un tratamiento diferencial positivo”69, en aplicación del artículo 13 Superior.

1. Por ello, en el evento que el accionante sea un sujeto de especial protección este Tribunal ha sostenido que dada “la necesidad de garantizar el amparo constitucional reforzado de que gozan dichos sujetos (…) el juez de tutela debe considerar con particular atención las circunstancias de debilidad manifiesta e indefensión en las que se encuentra el titular de los derechos invocados”. Esto adquiere mayor relevancia cuando se solicita la protección de un menor de edad integrante de una comunidad étnica, pues convergen dos imperativos constitucionales: el principio del interés superior del menor y el reconocimiento del pluralismo, y la consecuente necesidad de reivindicación de los derechos de los pueblos tribales70. Así las cosas, toda vez que en este caso nos encontramos ante una persona que tiene el carácter de sujeto de especial protección constitucional no solo por ser una menor de edad que además padece múltiples enfermedades (secuelas de microcefalia, trastorno general de desarrollo -talla y peso-, disartria y afectaciones de la motricidad)71, sino también porque es miembro de una comunidad indígena, resulta necesario garantizarle un tratamiento diferencial positivo realizando un examen menos estricto del presente requisito.

1. De acuerdo con lo expuesto, es posible considerar que el trámite de homologación no es un instrumento de defensa eficaz para la salvaguarda de los derechos de DMRO, teniendo en cuenta que (i) la prevalencia de su interés superior y la problemática constitucional expuesta en precedencia torna imprescindible verificar urgentemente sus condiciones, con el propósito de determinar la adopción de medidas que contrarresten la presunta amenaza a su bienestar integral, y (ii) dicho mecanismo judicial no opera de forma inmediata, sino tras la terminación del PARD, el cual tiene un término de duración de 6 meses72, de ahí que no permite la protección expedita, prioritaria y preferente que sí otorga la acción de tutela. En suma, el mecanismo de amparo es el medio idóneo y eficaz para perseguir la protección

iusfundamental de DMRO.

1. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, la Sala pasa a analizar el fondo del asunto.

Análisis de la vulneración alegada

1. En cuanto a la conformación de la familia de crianza o de hecho. Como se anotó, el concepto de familia es dinámico y, por tanto, debe guardar correspondencia con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, razón por la que no es posible fijar su alcance a partir de una concepción meramente formal, sino que debe atenderse a criterios sustanciales surgidos de las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellos. Por ello, la Corte ha establecido unos presupuestos que permiten evidenciar la conformación de una familia de crianza, así:

1. La solidaridad como motivo de la integración del “hijo o hija” al hogar de crianza. Para la Corte73, el principio y deber de solidaridad consagrado en los artículos 1° y 95 de la Constitución resulta ser de la mayor importancia en las familias de crianza toda vez que se convierte en el fundamento principal de su existencia. En este punto, las pruebas permiten observar que desde el momento que la señora RCAM asumió la custodia provisional de la menor -25 de agosto de 2016- en calidad de red de apoyo familiar (madrina), atendió sus necesidades básicas de forma desinteresada, encargándose de que recibiera alimentación, educación, y los servicios médicos que necesitaba por sus padecimientos de salud. En efecto, la cuidadora anexó al trámite de tutela copia de las diferentes valoraciones clínicas a las que asistió DMRO durante el tiempo que estuvo bajo su cuidado (neuropediatría y fisioterapia74). Igualmente aportó diplomas y certificados que evidencian que la niña se encontraba debidamente vinculada al sistema educativo75. En consonancia, en la declaración rendida el

13 de marzo ante el despacho judicial de primera instancia sostuvo que: “Preguntado. ¿Las condiciones ambientales y sociales que usted le suministró a la niña cuáles fueron? Respondió. Bueno mi casa está en perfecto estado y se le brindó todo el afecto, se matriculó en un curso de cocina de culinaria por aparte del colegio para ocuparle más tiempo, se le atendían sus terapias diarias. P. ¿Le ofreció apoyo emocional y material constante? R. Todo el que necesitó (…)”76.

1. Por otro lado, cabe precisar que si bien el abuelo materno y la progenitora sostienen categóricamente que la señora RCAM pretende mantener la custodia movida por intereses económicos, toda vez que la niña estaría recibiendo sumas de dinero provenientes de una fundación77, lo cierto es que la cuidadora niega rotundamente dicha circunstancia, y dentro del plenario no existe prueba alguna que permita identificar o comprobar el origen de la organización, mucho menos que la señora RCAM recibiera recursos de la misma relacionados con la tenencia de DMRO.

1. Así las cosas, teniendo en cuenta el principio de la carga de la prueba (“onus probandi”), a la progenitora y al abuelo materno les correspondía suministrar los elementos que permitieran corroborar el hecho alegado78 y, como no fue así, la Sala debe descartar que la cuidadora tuviera intereses propios en el ejercicio de la custodia provisional.

1. El reemplazo total de la figura paterna o materna o ambas. Del análisis de expediente no es posible constatar el cumplimiento del presente requisito debido a las siguientes circunstancias:

(i) La menor no perdió el contacto o vínculo con su progenitora.

En efecto, aun cuando la custodia provisional fue entregada a la señora RCAM a partir del 25 de agosto de 2016, quien vivía en un municipio diferente (Corozal), la menor no perdió el

contacto o vínculo con su progenitora pues el defensor de familia del Centro Zonal Sincelejo permitió que se realizaran visitas un fin de semana al mes, y así efectivamente ocurrió. Sobre este asunto, en la declaración rendida el 13 de marzo ante el despacho judicial de primera instancia, la misma cuidadora sostuvo que: "(…) bueno, D[MRO] cuando Bienestar me la otorgó en custodia, me la otorgaron y la mamá pidió verla, entonces Bienestar le otorgó un fin de semana al mes con ella, eso era sagrado para mí, yo misma se la llevaba a su casa (…) entonces el domingo por la tarde me la debía llevar porque el lunes tenía que ir al colegio"79.

Así, es claro que la progenitora conservó un contacto regular con la niña, y que la agente oficiosa reconocía ese derecho a la visita, por lo que no existió la ausencia permanente de la figura materna.

(ii) La progenitora no abandonó en un todo su rol económico.

Debe destacarse que la señora YPOO no renunció por completo sus obligaciones económicas en el lapso que DMRO estuvo bajo la custodia de RCAM lo que denota su interés de continuar ejerciendo el rol de madre. Sobre este punto, en la declaración del 13 de marzo rendida por la progenitora ante el juez de primera instancia, se explicó: "Preguntado. En los lapsos que la niña no ha vivido con usted, ¿le ha suministrado algún tipo de cuota alimentaria? Respondió. Cuando yo la iba a visitar donde la señora R[CAM] pues no le dejaba plata a ella, sino que le compraba algunas cosas como yogures, vainas así, ropa, sandalias, zapatos, todo eso. Estuve muy pendiente de ella (…)"80. Asimismo, dichas afirmaciones no fueron refutadas por la accionante en la oposición que presentó a los medios de prueba.

De acuerdo con lo registrado en el anexo 3 respecto a las actuaciones seguidas en el TAE después de que se entregó la custodia a la señora RCAM81, la Sala encuentra que la madre biológica continuó en un seguimiento psicológico ante la entidad, con el fin de demostrar que se encontraba capacitada para ejercer la custodia de DMRO, lo que evidencia el interés de no perder de forma definitiva el cuidado de la niña.

(iv) La menor continuó reconociendo a la señora YPOO como su progenitora.

Al respecto, es importante citar la valoración practicada por el perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 15 de septiembre de 2020 en la que

registró: “VERSIÓN DE LOS HECHOS DEL ENTREVISTADO: Acerca de los hechos la examinada informa ‘no sé (…) he tenido varias mamás (…) ahora vivo con mami [YPOO] antes con mami [RCAM] (…) en Corozal (…) y mami Adela [refiriéndose a la persona que la recibió en el hogar sustituto] Acerca de su motivación respecto al proceso refiere: ‘quiero estar con mami [YPOO] porque la quiero mucho (…) y ella juega conmigo (…) y estoy con mis hermanitos (…) y estoy con mis abuelitos’. Acerca de su madre refiere “mi mamá se llama [YPOO] (…) Con respecto a la señora [RCAM] manifiesta “ella vive en Corozal, es la mamá de mis dos hermanas, ellas viven en Corozal. Tengo varias mamás (…)”82. Énfasis añadido.

Para efectos del presente análisis (reemplazo de la figura materna), la información fundamental que la Sala debe resaltar del informe, es que la niña aún reconoce a la señora YPOO como su progenitora, no solo porque la llama “mami”, sino también porque al interrogársele directamente sobre su mamá, señaló de forma inmediata a YPOO, no a la cuidadora (“Acerca de su madre refiere “mi mamá se llama [YPOO]”). De tal forma, es notorio que la convivencia con la agente oficiosa por un lapso aproximado de 3 años no logró desplazar la figura materna de YPOO. Asimismo, si bien la menor señala como “mami” a la cuidadora y a la persona que la recibió en el hogar sustituto “Adela”, lo cierto es que no ha dejado de referirse a YPOO como mamá, lo que evidencia que desde la perspectiva de la menor, no existió un rompimiento o sustitución total del rol materno.

(v) La figura paterna de DMRO la cumple su abuelo materno.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la figura paterna en la vida de DMRO la ha desempeñado su abuelo materno EMON. Ciertamente, el referido informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses señaló: “La convivencia de la examinada con su abuelo materno se ha extendido aproximadamente por 5 años de forma intermitente, cumpliendo el rol de figura paterna dentro de este seno familiar, con un adecuado desempeño de sus roles”. En igual sentido, en el análisis psicológico efectuado por el ICBF a la niña el 10 de septiembre de 2020 se sostuvo: “Indagando su área afectiva se evidencia fuertes lasos (sic) afectivos hacia su familia materna. Logra ver a su abuelo materno como la figura paterna y de autoridad”83; esto teniendo en cuenta que la relación de la niña con su progenitor no se ha fortalecido, por ser un padre totalmente “abandónico

en sus roles”.

(vi) No existe ningún elemento que permita concluir que el esposo de la señora RCAM desempeñó la figura paterna.

En el proceso son pocas o casi nulas las referencias al esposo de la RCAM84, y al rol que habría desempeñado frente a la niña durante el tiempo de convivencia, verbigracia, no se indica si la cuidaba, si estaba pendiente personalmente de sus necesidades, y en general, si su relación con la menor era de padre e hija85. En las diferentes entrevistas y valoraciones psicológicas realizadas a la menor, tampoco se encuentra alguna mención a esta persona, de manera que no existen elementos de prueba que permitan considerar el reemplazo o rompimiento de la figura paterna que, según se indicó, la estaría cumpliendo el abuelo materno.

1. En suma, no existe un reemplazo de las relaciones de sangre por las de crianza, pues pese a que el cuidado de la menor -por disposición del Defensor de Familia- no fue ejercido por los parientes consanguíneos, no existió una ausencia material ni afectiva permanente de las figuras parentales en la vida de la niña que hubiese sido ocupada por los cuidadores (RCAM y su familia); lo que llevó a que la menor continuara reconociendo a la señora YPOO y al señor EMON en los roles de madre y padre.

1. En cuanto a los vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección, la Corte ha sostenido que “se pueden verificar con la afectación moral y emocional que llegan a sufrir los miembros de la familia de crianza en caso de ser separados”; así, para constar este elemento, la Sala de Revisión decretó múltiples pruebas: de un lado, requirió al Instituto Nacional de Medicina Legal que determinara las posibles consecuencias que en el estado emocional y psicológico de la niña hubiese ocasionado la separación del hogar de la señora RCAM; del otro, solicitó al ICBF que escuchara sus preferencias y percepciones en relación con la familia que deseaba vivir (biológica-materna o cuidadores):

Valoración del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses86:

Señaló que “La examinada actualmente se encuentra inmersa dentro de un conflicto entre su madre biológica y la señora [RCAM]. Este conflicto tuvo origen en una dinámica familiar asociada a un núcleo numeroso con limitaciones financieras, y un padre abandonico (sic). Ante la dinámica de dificultades financieras los custodios de la menor accedieron a ofrecimientos por parte de la señora [RCAM] los cuales representaban un contexto favorable para la menor, con posterior pérdida de la custodia y dificultades para acceder a las visitas concertadas. (…) No se perciben signos depresivos o ansiosos. (…) En la examinada no se refieren o perciben signos clínicos o trastornos afectivos y/o conducta”. Énfasis añadido.

Y, entre las conclusiones consignó: “No se perciben signos depresivos o ansiosos. La examinada muestra afinidad por todos los miembros de esta investigación, mostrando mayor apego hacia su madre biológica y menor apego hacia su padre biológico. No muestra rechazo definitivo o total hacia ninguno de los miembros”. Énfasis añadido.

Del anterior dictamen resulta claro que el profesional no observó que la menor tuviese ningún signo depresivo o ansioso, ni trastornos afectivos y/o de conducta asociados al conflicto por su custodia y/o a la separación de la cuidadora, y si bien se expone que la niña no presenta rechazo hacía ninguno de “los miembros de la investigación”, es decir, las personas que han hecho parte de su vida, lo cierto es que no se destaca ningún apego emocional hacia la cuidadora, como sí ocurre frente a la progenitora.

Entrevista realizada por la Defensoría de Familia87

Se consignó la siguiente información: “(…) [L]a suscrita Defensora de Familia actuando dentro de las facultades legales conferidas por la Ley 1098 del 2006, luego de establecer simpatía con la niña (…), se le informa el motivo de la entrevista (…) PREGUNTADO: tú conoces a la señora [RCAM] CONTESTADO: Si. (sic) PREGUNTADO: donde (sic) vive la señora [RCAM], CONTESTADO: en Corozal. PREGUNTADO: la señora [RCAM] que (sic) significa para ti. CONTESTADO: nada. PREGUNTADO: has vivido alguna vez con la señora [RCAM]. CONTESTADO: si (sic), pero ya no. PREGUNTADO: como (sic) te trataba la señora [RCAM]. CONTESTADO: mal. PREGUNTADO: deseas vivir con la señora [RCAM]. CONTESTADO: no. PREGUNTADO: porque (sic) no deseas vivir con la señora [RCAM]. CONTESTADO: porque no. PREGUNTADO: con quien (sic) deseas vivir. CONTESTADO: con mi mama (sic). PREGUNTADO

con quien (sic) más deseas vivir. CONTESTADO: con mi hermano (…)88”.

De la entrevista realizada se extrae sin dificultad que DMRO: (a) no desea vivir con la señora RCAM sino con su progenitora y su hermano; (b) afirma no tener ningún sentimiento por la cuidadora; y (c) no realizó ninguna manifestación que evidencie la afectación emocional por su separación.

Para la Sala, las preguntas realizadas por la defensora resultan claras y no se aprecia que pudieran llevar a la niña a error, o a una respuesta específica. Asimismo, las expresiones de DMRO son diáfanas, tranquilas y libres, en tanto no se observa que se ejerciera alguna forma de presión o influencia externa para que dijera algo en contra de su voluntad. Además, en la diligencia estuvo presente una psicóloga que veló por la garantía de la menor, sin que se presentara objeción alguna al respecto. Sobre este punto, es importante aclarar que, a pesar de lo manifestado por la agente oficiosa en el trámite de revisión, la Corte no tiene ningún elemento de prueba que le permita advertir una influencia sobre la niña o algún tipo de incidencia previa en su opinión, que condujera a invalidar la diligencia.

En suma, la entrevista tampoco evidenció la afectación emocional por la separación de la cuidadora, ni el interés de la niña de vivir con ella.

1. Por otra parte, al revisar en detalle los documentos del proceso de restablecimiento de derechos adelantado en el año 2019 en virtud del cual se dio por terminada la medida de custodia provisional a cargo de la agente oficiosa, tampoco se registró la perturbación emocional de la niña por el distanciamiento de la cuidadora, ni que hubiese expresado en algún momento su deseo de retornar a ese medio familiar. Por el contrario, en la valoración realizada a DMRO el 8 agosto de 2019, la psicóloga expuso: “no se identificaron síntomas que permitieran establecer la presencia de un trastorno mental (…) la niña presenta estabilidad emocional expresando que desea estar con la familia. Para finalizar nuevamente

la niña refiere sus deseos de irse a vivir con su mamá la señora [YPOO], y su abuelo”89. Igualmente, en el encuentro familiar llevado a cabo del 21 de agosto de 2019, se consignó por la misma profesional que la niña manifestó su deseo de “vivir en su casa donde se encuentran los demás miembros de la familia”, asimismo que, de acuerdo con la madre sustituta, en el tiempo que DMRO residió con ella siempre señalaba que quería “estar con su mamá la que la tuvo en la barriga”, sin realizar ninguna indicación respecto a la cuidadora90.

1. De tal forma, se torna evidente que la niña, siempre que ha tenido la posibilidad de expresar su opinión, ha manifestado de forma consistente y espontánea (i) los fuertes lazos afectivos que siente por sus abuelos maternos y su progenitora, y (ii) que desea vivir con ellos. Es síntesis, la Sala de Revisión enfatiza que no es posible apreciar el vínculo afectivo con la cuidadora, ni que su separación hubiese ocasionado en la menor afectación emocional o algún tipo de consecuencia negativa. En otras palabras, del amplio material probatorio que obra en el expediente, no se evidenciaron los lazos recíprocos de cariño y dependencia entre DMRO y la señora RCAM, mucho menos que su separación le hubiese ocasionado una perturbación psicológica.

1. El reconocimiento de la relación por parte de los integrantes de la familia, la cual debe ser observada con facilidad por los agentes externos al hogar. De acuerdo con los medios de prueba obrantes en el expediente, el núcleo familiar de la señora RCAM está conformado por sus tres hijas mayores de edad y su esposo91. Pues bien, la Sala aprecia que en la citada declaración del 13 de marzo recibida por el juez de primera instancia, al preguntársele directamente a la cuidadora si los demás integrantes del hogar reconocían la relación de madre e hija con DMRO, esta solo respondió que sus hijas mayores “la adoran”92; sin embargo, respecto a su cónyuge93 no realizó ninguna afirmación, y –como se indicó previamente- no existen elementos de juicio en el expediente que permitan concluir que este reconocía a la menor como parte de su familia, específicamente como su hija de crianza, de ahí que tampoco se encuentra acreditado este presupuesto.

1. La dependencia económica. De acuerdo con el acta provisional de ubicación emitida por el ICBF94, cuando la señora RCAM asumió la custodia de la menor, también adquirió la obligación de brindarle todo lo necesario para su subsistencia (residencia, alimentación, educación, atención médica, vestuario, recreación, etc.). No obstante, en este caso, la progenitora manifestó bajo la gravedad de juramento que también aportaba al sostenimiento de DMRO, en tanto le proveía vestuario y alimentación95. Además, debe tenerse en cuenta que la menor pasaba un fin de semana al mes con la señora YPOO, lapso en el que esta se encargaba de sus gastos. Así las cosas, no se aprecia que existiera una completa dependencia económica.

1. Existencia de un término razonable de la relación de hecho. Frente a este presupuesto, la Corte ha indicado que no se determina a partir de un término preciso, sino que debe evaluarse en cada caso, observando los hechos que rodean el surgimiento de una familia de crianza y el mantenimiento de una relación sólida y estable por un tiempo adecuado para que se entienda como una comunidad de vida96. Esto, teniendo en cuenta que es necesario que transcurra un lapso que forje los vínculos afectivos.

1. Al respecto, la cuidadora alega que los lazos familiares de hecho se habrían consolidado en la época que tuvo el cuidado de la menor, esto es, entre el 25 de agosto de 2016 y el 8 de mayo de 2019. La Sala observa que dicho término efectivamente podría permitir la consolidación de un vínculo afectivo, con mayor razón al tratarse de una menor de corta edad. Con todo, es preciso señalar que este término transcurrió con periodos de intermitencia, pues la niña compartió de forma regular un fin de semana al mes con su familia consanguínea, de ahí que la solidez de la relación resultó afectada. Ello podría explicar por qué en este asunto no es posible constatar la existencia de vínculos afectivos consistentes entre DMRO y la señora RCAM97.

1. En ese orden, se puede considerar que para acreditar este presupuesto no solo es indispensable el transcurso de un periodo de tiempo adecuado y razonable, sino que este se

haya dado en condiciones de estabilidad, permitiendo entender que una verdadera comunidad de vida surgió; asimismo, que dicha estabilidad puede medirse, entre otros factores, en el ejercicio del cuidado del menor98 sin presencia constante de la familia biológica. Dichas hipótesis no se encuentran en este caso, pues, a pesar de que el cuidado de DMRO se prolongó por más de dos años, lo cierto es que, la familia consanguínea, especialmente su progenitora y abuelo materno, permanecieron en la vida de la menor.

1. Afectación del principio de igualdad. Esta Corporación ha señalado que en virtud del principio de igualdad, se tendrá claro que las familias de crianza actúan en condiciones similares a las demás familias, por lo que serán beneficiarias de iguales derechos y prestaciones. Pues bien, pese a que el ICBF el 8 de mayo de 2019 terminó la medida de custodia provisional a cargo de la señora RCAM, ello no constituye en sí mismo una trasgresión al derecho a la igualdad de las familias de hecho, en tanto no existe prueba de que la cuidadora hubiese alegado de forma contundente ante la entidad la configuración de una relación de crianza. Si en gracia de discusión la Sala aceptara que ello sucedió, es claro que al no concurrir todos los elementos que estructuran o permiten evidenciar las familias de crianza, no es posible considerar prima facie que se generó una discriminación.

1. En definitiva, la Corte encuentra que en el presente asunto no se conformó una familia de crianza entre DMRO y sus cuidadores, dado que, a pesar de que esta última actuó bajo el principio de solidaridad al brindarle cuidados durante el lapso que ostentó su custodia provisional, lo cierto es que no se dio el reemplazo de las figuras parentales, los vínculos de afecto, respeto y comprensión, ni el reconocimiento de la relación de madre por parte de los integrantes de la familia; tampoco se constató la completa dependencia económica; el mantenimiento de la una relación sólida por un término razonable, ni la afectación al principio de igualdad.

1. En cuanto a la traslación del ámbito de protección del derecho a la familia y cese correlativo de la presunción a favor de la familia biológica. De acuerdo con la jurisprudencia

constitucional señalada en el párrafo 24 supra, el ámbito de protección del derecho a la familia se traslada a las relaciones de crianza y la presunción a favor de la familia biológica cesa cuando un menor ha desarrollado sólidos vínculos afectivos con personas que, sin tener nexos de consanguinidad, se encargan de su cuidado, al punto que una separación podría desencadenar fuertes afectaciones emocionales. En este caso, la Sala de Revisión ya determinó que no concurren los elementos de una familia de crianza; igualmente, que fue posible corroborar la alegada existencia de la vinculación afectiva intensa, duradera y recíproca entre DMRO y la gestora del amparo, mucho menos que su separación hubiese ocasionado en la menor una afectación psicológica o emocional. De ahí que resulta diáfano que el ámbito de protección del derecho de la menor a tener una familia no se traslada, sino que permanece en su núcleo familiar consanguíneo99.

1. En cuanto a la determinación del Defensor de Familia del Centro Zonal Boston de dar por terminada la ubicación de DMRO en el hogar de la señora RCAM y ordenar su ingreso en un hogar sustituto (8 de mayo de 2019). La Corte estima que la referida medida no resulta irrazonable ni carente de fundamento. Ciertamente el Defensor de Familia pudo corroborar que: (i) en los últimos meses que la cuidadora tuvo la custodia de la menor existieron confrontaciones entre esta y la progenitora, que sobrepasaron las agresiones verbales para llegar a las físicas, arriesgando la integridad emocional de la niña100; y (ii) que la cuidadora modificó su municipio de residencia (motu proprio) con la finalidad de evitar el contacto de DMRO con la familia consanguínea, a pesar de que el ICBF no había otorgado una orden de alejamiento, e incluso le había indicado expresamente que la menor tenía derecho a recibir las visitas de sus familiares. De manera que, en busca de la protección de la menor, resultaba necesario que el defensor acogiera la medida que en esa ocasión se ajustaba mejor a la salvaguarda de su interés superior, esto es, la ubicación en un hogar sustituto101.

1. Asimismo, la Corte considera que la cuidadora ya no era garante de los derechos de DMRO, pues quedó acreditado que se encontraba exponiéndola al síndrome de alienación parental. En efecto, el perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses indicó: “(…) es probable que la examinada estuviese o pueda ser expuesta a influencias

parcializadas que configuren la aparición de la figura de alienación parental, en la cual se distorsiona la imagen de uno de los miembros de un conflicto a fin de generar rechazo en el menor hacia dicho miembro. Actualmente la examinada refiere probables indicios de influencia negativa por parte de la señora [RCAM], y que manifiesta que esta la antes mencionada le manifestaba que la señora [YPOO] no era su madre”102. Pues bien, frente al fenómeno de la alienación parental esta Corporación ha considerado que se trata de una forma sutil de maltrato infantil, donde “los niños/as quedan atrapados en la telaraña de los problemas de los adultos, -disputas por la guarda, la patria potestad y la custodia”103; siendo así, la Sala debe reprochar a la señora RCAM la exposición de DMRO a la figura de la alienación frente a su madre biológica, dado que ello constituye un acto de maltrato que no encuentra justificación bajo ninguna circunstancia.

1. En cuanto a la medida que dio origen a la custodia provisional por parte de la señora RCAM el 25 de agosto de 2016 (Centro Zonal Sincelejo). Según el artículo 53.6 de la Ley 1098 de 2006, para el restablecimiento de los derechos de los menores, el Defensor de Familia podrá adoptar cualquier medida que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En consonancia con dicha disposición, la Resolución 3621 de 2007104 de la Dirección General del ICBF (vigente para la época) determinó que la autoridad podía disponer la ubicación de un niño “en un medio familiar” que no correspondía a su familia de origen (hogares amigos), siempre que se dieran las siguientes condiciones: (i) que la familia pasaran un proceso de selección; (ii) que los menores tuvieran entre 8 y 18 años, pues los niños hasta de 7 años con declaratoria de vulneración de derechos se ubicarían en hogar sustituto; y (iii) que la permanencia del menor en condición de vulneración de derechos en el “hogar amigo” se diera por el mínimo tiempo posible105. De los medios de prueba obrantes en el PARD del año 2016106 resulta evidente que ninguna de dichas circunstancias se cumplió, y lo que resulta más desacertado, es que la entidad omitió constatar si otros familiares consanguíneos eran idóneos para ejercer el cuidado de la niña, permitiendo que la custodia “provisional” a cargo de RCAM se extendiera en el tiempo sin ningún límite. Así, se estima que el defensor actuó apresuradamente al acoger una medida que no se ajustaba a los propios lineamientos del ICBF; asimismo, que desconoció el mandato de la unidad familiar (supra, 18 a 20) al omitir verificar si la familia extensa de la niña podría ser apta y tenía la disposición para ejercer su cuidado.

1. Esa misma consideración aplica en esta oportunidad. Efectivamente se ha podido evidenciar en el presente trámite que la menor ha señalado insistentemente que quiere vivir con sus familiares y que se siente feliz en su actual situación. Así lo hizo el 13 de marzo de 2020 en la entrevista efectuada por la Defensoría de Familia112; el 10 de septiembre en el informe de condiciones actuales del ICBF113; y nuevamente el 15 de septiembre ante el perito de Medicina Legal114. Igualmente, a pesar de que la cuidadora refirió que existe una posible presión para que la niña no indique que desea estar en ese entorno familiar; lo cierto es que no existe medio de prueba alguno que permita corroborar dicha situación; con mayor razón cuando DMRO ha sido valorada por diferentes profesionales y ninguno ha advertido la presunta coerción. De tal forma, la opinión espontánea y libre de la menor acerca de las personas con las que quiere vivir también constituye un elemento de juicio relevante para la Sala de Revisión.

1. Por otra parte, de acuerdo con lo que se encuentra acreditado, después de la terminación del PARD el abuelo ha mostrado un patrón consistente de cuidado de su nieta. Así se constató en los seguimientos a la medida de protección realizados el 26 de noviembre de 2018 y el 29 de enero de 2020115, y en la valoración que por solicitud de esta Sala de Revisión practicó el ICBF el 10 de marzo de 2020116. Las pruebas que aportó la entidad además permitieron descartar que el presunto agresor AVP estuviera cerca de la niña117. Visto lo anterior, la Sala considera que objetivamente el hogar del abuelo materno está garantizando la protección y cuidado integral de DMRO, de ahí que no se aprecian la existencia de razones suficientes y poderosas que justifiquen la intervención en las relaciones biológicas (supra, 18 a 20).

1. Con fundamento en todo lo expuesto, la Sala Octava de Revisión concluye que no se configuró la vulneración iusfundamental alegada por la agente oficiosa, razón por la cual confirmará las decisiones adoptadas por los jueces de instancia. Con todo, teniendo en

cuenta que DMRO es un sujeto de especial protección constitucional lo que exige la adopción de acciones afirmativas para asegurar la prevalencia de sus derechos, se ordenará al ICBF que realice un seguimiento especial a la medida de reintegro al hogar del abuelo materno, para lo cual deberá visitar sin previo aviso la residencia del señor EMON cada mes, durante un lapso total de un año, con la finalidad de comprobar el estado en el que se encuentra la menor.

1. Anotaciones finales. La Corte encuentra acreditado que existen algunas circunstancias adicionales que, si bien escapan al debate inicialmente propuesto por la agente oficiosa, tienen una incidencia negativa en la plena garantía de los derechos de la menor, siendo necesario adoptar algunas órdenes de protección. Primero, se pudo constatar que desde el año 2017 se fijó una cuota de alimentos a cargo del progenitor de DMRO, señor LRRB; obligación que ha sido desatendida sistemáticamente, por lo que se observa pertinente ordenar a la Defensoría de Familia del Centro Zonal Boston que, en virtud de sus funciones legales118, impulse los procesos civiles o penales a que haya lugar ante la falta de pago de la cuota alimentaria fijada el 24 de mayo de 2017.

1. Segundo, de conformidad con el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se evidenció que es probable que la menor requiera formación académica no tradicional (dado su posible alteración cognitiva), así como valoraciones por psiquiatría infantil, psicología clínica, y neuropsicología, a fin de dar manejo a su adaptación dentro del proceso de custodia. En ese orden, igualmente se estima necesario requerir a la Defensoría de Familia del Centro Zonal Boston que oriente y acompañe al abuelo materno en las gestiones pertinentes para que DMRO pueda acceder a los servicios educativos y de salud señalados.

1. Tercero, que frente a la indagación que adelanta la Fiscalía 20 Seccional Unidad Caivas de Sincelejo en contra de AVP bajo el radicado 702156001038201900018 5, se observa que ha transcurrido un lapso prolongado desde la recepción de la noticia criminis (11 de abril de

2019), y a la fecha la entidad no ha formulado imputación u ordenado motivadamente el archivo de la indagación, encontrándose próximo a cumplirse el término máximo de dos años establecido en el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004119. En ese sentido la Corte recuerda que existe en cabeza de la Fiscalía un deber de ser particularmente diligente y responsable con la investigación de los “delitos sexuales” en los que sean víctimas los menores de edad120, mismo que está siendo desatendido sin justificación aparente. Así, la Sala instará a la entidad para que obre con la mayor celeridad, procediendo a la formulación de imputación, o al archivo, según corresponda.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR por las razones expuestas la sentencia proferida el dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019) por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo, que a su vez confirmó la emitida el veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Sincelejo, que negó el amparo de los derechos invocados por la señora RCAM, actuando como agente oficiosa de DMRO.

SEGUNDO. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, a partir de la notificación de la presente providencia, visite sin previo aviso la residencia del señor EMON

cada mes, durante un lapso total de un año, con la finalidad de comprobar el estado en el que se encuentra la menor. De las visitas realizadas deberá rendir informe al Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Sincelejo.

TERCERO. ORDENAR al Defensor de Familia del Centro Zonal Boston que, en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, impulse los procesos civiles y penales a que haya lugar ante la falta de pago de la cuota alimentaria fijada el 24 de mayo de 2017 a cargo del progenitor de DMRO, el señor LRRB. De las gestiones realizadas deberá rendir informe al Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Sincelejo.

CUARTO. ORDENAR al Defensor de Familia del Centro Zonal Boston que, en el término de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta providencia, inicie las gestiones para orientar y acompañar al señor EMON en la verificación y obtención de los servicios de "formación académica no tradicional y estimulación acorde a sus necesidades evolutivas" que pueda requerir la menor DMRO, así como en el acceso a las valoraciones por psiquiatría infantil, psicología clínica, y neuropsicología a fin de dar manejo a la adaptación de la menor dentro del proceso de custodia. De las gestiones realizadas deberá rendir informe al Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Sincelejo.

QUINTO. INSTAR a la Fiscalía 20 Seccional Unidad Caivas de Sincelejo para que obre con la mayor celeridad, oportunidad y eficacia en la investigación que se adelanta en contra de AVP bajo el radicado 702156001038201900018 5, en la que obra como presunta víctima la menor DMRO, teniendo en cuenta que a la fecha la entidad no ha formulado imputación u ordenado motivadamente el archivo de la indagación, y se encuentra próximo a cumplirse el término máximo de dos años establecido en el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004.

SEXTO. LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del

Decreto ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

RICHARD STEVE RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (e.)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Toda vez que el presente asunto involucra a una menor de edad que se encuentra en un proceso de restablecimiento de derechos ante el ICBF, como medida de protección de su intimidad se suprimirá de esta providencia y de toda futura publicación de esta, el nombre de la niña y sus familiares, así como cualquier dato que permita su identificación. La decisión de excluir los nombres de menores de edad implicados en asuntos de tutela ha sido adoptada, entre otras, en las sentencias: T-105 de 2020, T-033 de 2020, y T-259 de 2018. Los sujetos diferentes sujetos procesales se identifican con las siguientes iniciales: DMRO (la menor agenciada); RCAM (agente oficiosa, además alega ser la “madrina” y la madre de crianza de la niña); YPOO (madre biológica); LRRB (padre biológico); EMON (abuelo materno); SYOB (abuela materna); y AVP (excompañero permanente de la madre biológica).

2 En la actualidad tiene 8 años.

3 Folio 35 a 45, expediente digital archivo demanda y anexos.

4 De acuerdo con la agente oficiosa, para la época la progenitora residía con su compañero permanente YPOO en un albergue.

5 Cuaderno de revisión. Folio 49.

6 Cuaderno de revisión. Folio 48.

7 Cuaderno de instancia. Folio 192.

8 Como medida provisional, ordenó al Defensor de Familia del Centro Zonal Boston revisar de manera inmediata la actuación administrativa y adoptar la medida de protección más adecuada para garantizar el interés superior de la menor.

9 Cuaderno de revisión. Folio 112.

10 El 14 de abril de 2020, el Magistrado sustanciador ordenó a la Fiscalía 20 Seccional Sincelejo – Grupo Caivas, aportar información sobre la investigación que seguía en contra del señor AVP. Por otro lado, mediante auto del 1° de septiembre de 2020, fue necesario requerir a todas las entidades para que procedieran a remitir la información solicitada mediante el auto del 3 de marzo de 2020. Asimismo, se ordenó al ICBF Regional Sucre que allegara un informe detallado de la situación actual de la niña.

11 En oficio del 17 de septiembre se reiteró la misma información. Asimismo, allegó copia de la querella del 21 de enero de 2019 y copia del programa metodológico de la investigación.

12 En oficio del 3 de septiembre se reiteró la misma información. Aportó copia de la querella del 9 de abril de 2019, y la orden de archivo del 31 de mayo de 2019. Por su parte, la Fiscalía 25 Seccional de Corozal indicó que la indagación radicada bajo el número 702156001038201900018 5 por el delito de acto sexual con menor de catorce años, fue asignada a la Fiscalía 20 Seccional Sincelejo.

13 Aportó copia de la querella, las valoraciones realizadas a la menor (psicológica, informe pericial de clínica forense), y las entrevistas.

14 Añadió que, toda vez que las situaciones de las familias son cambiantes, la definición de la custodia no hace tránsito a cosa juzgada, de manera que puede ser modificada en cualquier tiempo, siempre que se demuestra alteración de las circunstancias que dieron lugar a la decisión.

15 La entidad allegó como pruebas copia de la historia de atención extraprocesal del año 2019, y copia de la “reconstrucción histórica desde el SIM” del PARD del 2013 y el TAE del 2016, señalando que los expedientes originales se extraviaron, por lo que habían iniciado las actuaciones tendientes a su recuperación.

16 No se aportó registro de la declaración del señor LRRB, ni se indicó si esta fue practicada.

17 A pesar de que la autoridad judicial informa que allegará en virtud de la comisión los documentos entregados en esa oportunidad por las partes, al despacho del Magistrado

sustanciador solo se aportaron las grabaciones de las declaraciones.

18 La entidad señaló que no fue posible realizar las evaluaciones requeridas frente al señor LRRB y a la accionante, dado que no se hicieron presentes a la diligencia. El detalle de los informes puede ser consultado en el Anexo 7.

19 El 14 de agosto de 2020. En memorial del 1° de septiembre reiteró dicha información y remitió copia del seguimiento del 20 de septiembre de 2019, realizado a la medida de restablecimiento de derechos del último PARD.

20 Adjuntó al escrito copia de una queja presentada ante la Procuraduría General de la Nación, y copia de un recibo del giro realizado a EMON el 6 de marzo de 2020 por valor de $15.300 pesos.

21 Cfr. nota al pie 10.

22 En escrito allegado el 15 de septiembre de 2020.

24 El 22 de septiembre, el 19 y 21 de octubre, y el 9 y 26 de noviembre de 2020. Respecto del primer memorial se destaca que, de acuerdo con el artículo 64 del Reglamento Interno, la accionante contaba con el término de 3 días para pronunciarse; así, dado que el traslado se efectuó a través de correo electrónico el 15 de septiembre de 2020, tenía los días 16, 17 y 18 de septiembre para presentar el memorial; sin embargo, allegó el escrito extemporáneamente el 22 de septiembre.

25 Adjuntó (i) copia del derecho de petición presentado el 29 de octubre de 2020 ante el Comando de Policía Central de Corozal, en el que solicita que se informe si a su nombre cursa alguna investigación por el delito de violencia intrafamiliar; (ii) copia de la respectiva respuesta, en la que se indica que no se encuentra ningún registro; (iii) copia de un solicitud de verificación de derechos promovida el 2 de abril de 2018 por la señora YPOO ante el ICBF requiriendo la revisión de la custodia de DMRO. De otro lado, a pesar de que sostuvo que anexa vídeos, citaciones del ICBF y copia de historia clínica de la menor, los documentos no fueron adjuntados a los correos electrónicos de respuesta.

26 La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se sustenta en las sentencias T-105 de 2020 y T-033 de 2020, proferida por la Sala Octava de Revisión.

27 Sentencia T-1045 de 2010.

28 Ibídem. En el plano internacional, el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (art. 2). Así mismo, se consagró en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3.1).

29 Siguiendo la sentencia T-510 de 2003.

30 Sentencias T-105 de 2020, T-033 de 2020, T-259 de 2018 y T-261 de 2013.

31 Esto, dentro del ámbito de la discrecionalidad reconocida a las autoridades judiciales, siempre que su decisión se encuentre debidamente sustentada en las circunstancias fácticas probadas en el proceso. Sentencias T-105 de 2020, T-033 de 2020, T-259 de 2018 y T-261 de 2013.

32 Sentencia T-080 de 2018.

33 Ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991. Hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

34 Sentencia T-607 de 2019.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, (párrafo 198).

36 La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se sustenta en la sentencia T-105 de 2020, proferidas por la Sala Octava de Revisión.

37 Sentencia T-510 de 2003.

38 Este derecho ha sido reconocido por varios instrumentos internacionales, por ejemplo, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

39 Sentencia T-510 de 2003. De este modo, la condición de miembro de familia impone a quienes la ostentan claros e importantes deberes, especialmente frente a los menores de edad que forman parte del mismo núcleo familiar, y con más razón cuando se trata de los padres, cuyo deber principal es otorgar las condiciones para que los menores crezcan y se

desarrollen de manera adecuada.

40 Cfr. sentencias T-071 de 2016, C-071 de 2015, T-638 de 2014, T-768 de 2013, T-569 de 2013, T-844 de 2011, T-502 de 2011, T-671 de 2010, T-543 de 2004, T-292 de 2004, T-087 de 2004, y T-510 de 2003, entre otras.

41 Ibídem.

42 Sentencia T-498 de 2012.

43 Reiterada en la sentencia T-033 de 2020 y C-071 de 2015, entre muchas otras.

44 Sentencia T-510 de 2003.

45 Ibídem.

46 En la sentencia T-510 de 2003 se explicó respecto de este último grupo de consideraciones que: “En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño”.

47 Sentencia C-026 de 2016.

48 Otros de los criterios son: (i) Deber de intervención del Estado en casos de riesgo o abandono. (ii) Necesidad de proteger los lazos familiares consolidados. (iii) Intervención excepcional del Estado en vínculos familiares ya establecidos. (iv) Protección de vínculos con cuidadores en situación especial. Cuando un menor se halla bajo el cuidado de una persona en situación de vulnerabilidad, desventaja o que atraviesa dificultades que podrían afectar el vínculo familiar (discapacidad, pobreza, etc.), el Estado debe actuar con especial diligencia para velar por la protección del menor, sin desconocer los derechos del cuidador, procurando al máximo mantener las relaciones de familiaridad. (v) Adopción como medida de protección por excelencia, cuando un menor de edad ha perdido sus lazos naturales de filiación. Cfr. sentencia C-071 de 2015.

49 Reiterada, entre muchas otras, en la sentencia T-109 de 2019.

50 Sentencia T-525 de 2016.

51 Cfr. sentencias T-836 de 2014, T-580 A de 2011, T-292 de 2004, T-510 de 2003, T-893 de 2000, T-941 de 1999, T-715 de 1999, T-049 de 1999, T-278 de 1994, T-217 de 1994, entre otras.

53 Anexo 5 y el fol. 68 del documento denominado historia de atención 2019, remitido por el ICBF.

54 Respuesta aportada por el ICBF al auto del 3 de marzo de 2020 y documento denominado PARD 2013 remitido por la entidad. Las declaraciones obrantes en el Anexo 6, son consistentes al afirmar que, en aquella ocasión, la custodia no fue entregada a la madre toda vez que era menor de edad. Al respecto, se destaca que en la sentencia C-562 de 1994 la Corte indicó que: “Es verdad que los padres menores adultos no ejercen la patria potestad sobre sus hijos, pues no puede ejercerla quien no es plenamente capaz”.

55 Folio 73, documento denominado Reconstrucción parcial 2 aportado por el ICBF.

56 Se destaca que el 5 de abril de 2016, la señora YPOO alegó ante la entidad que no contaba con suficientes recursos económicos para sostener adecuadamente a la niña, ya que el progenitor no cumplía su obligación alimentaria. Folio 29, documento denominado Reconstrucción parcial 1 aportado por el ICBF.

57 Folio 25, documento denominado Reconstrucción parcial 1 aportado por el ICBF.

58 Anexo 6, declaración RCAM.

59 Folio 5, documento denominado historia de atención 2019 remitido por el ICBF.

60 Folio 27, documento denominado historia de atención 2019 remitido por el ICBF.

61 Ibídem.

62 Folio 121, documento historia de atención del año 2019 remitido por el ICBF.

63 Cfr. sentencias T-167 de 2019 y T-325 de 2016.

64 Cfr. sentencias T-167 de 2019, T-541A de 2014 y T-197 de 2011.

65 En lo referente al procedimiento adelantado por el ICBF para la protección de los menores, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), define “el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes [como] 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” (art. 50). Para ello, la autoridad administrativa competente, es decir, el Defensor o Comisario de Familia , puede adoptar tanto en el auto de apertura de la investigación, como en la audiencia de fallo, alguna de las medidas de restablecimiento contenidas en el artículo 53 de la misma norma, a saber: (i) amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; (ii) retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar; (iii) ubicación inmediata en medio familiar; (iv) ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; (v) la adopción; y (vi) cualquier otra que garantice la protección integral. Asimismo, la autoridad podrá modificar o suspender la medida adoptada en cualquier momento (incluso después del fallo de vulneración de derechos), siempre que esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ella (art. 103).

66 Asimismo, dado que este tipo de decisiones “de trámite” no finalizan la actuación seguida por el Defensor o Comisario de Familia, no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa administrativa (arts. 75 y 138 inc. 2, Ley 1437 de 2011).

67 Cfr. sentencias T-1042 de 2010 y T-580A de 2011. En ambas sentencias, al estudiar casos similares, la Corte indicó que el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna más flexible cuando se trata de la posible afectación de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes, en atención al estado de debilidad manifiesta en que se hallan y a la especial protección que la Constitución les otorga.

68 Sentencia T-356 de 2020.

69 Sentencia T-356 de 2020. Cfr. sentencia T-177 de 2015.

70 Cfr. sentencias T-356 de 2020 y T-680 de 2016.

71 Folio 8, informe (UBCTG-DSBL-03450-2020) remitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

72 Art. 100, Ley 1098 de 2006. Recuérdese que cuando se interpuso la acción de tutela el PARD no había terminado, de manera que la agente oficiosa (en esa oportunidad) no tenía la posibilidad de interponer el recurso de homologación.

73 Cfr. Sentencia T-525 de 2016.

74 Folios 31 y 45, expediente digital archivo demanda y anexos.

75 Folios 69 y 89, expediente digital archivo demanda y anexos y 42 y 44 archivo de adición de demanda.

76 Anexo 6, declaración RCAM.

77 Anexo 6, declaraciones de los progenitores y la cuidadora. En igual las respuestas a la acción de tutela (anexo 1).

78 Sentencia C-086 de 2016.

79 Anexo 6, declaración RCAM.

80 Anexo 6, declaración YPOO.

81 Surtidas entre el 30 de enero y el 30 de marzo de 2017).

82 Folio 8, informe (UBCTG-DSBL-03450-2020) remitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

83 A pesar de que el progenitor de la niña es el señor LRRB, está acreditado dentro del expediente que su presencia en la vida de DMRO ha sido mínima. En efecto, no ha residido con ella permanentemente, ha incumplido sistemáticamente su obligación alimentaria y en las diferentes valoraciones, declaraciones y dictámenes aportados a este trámite de tutela se da cuenta de su posición de abandono frente a la menor. Por ejemplo, el informe de Medicina

Legal consignó: “El vínculo de la examinada con su padre biológico ha sido escaso, con aproximadamente un año en su primera infancia, actualmente se tiene a un padre abandonico (sic) en sus roles.

84 Anexo 6. En su declaración, la agente oficiosa señaló estar casada.

85 Anexo 6, declaración RCAM. Se destaca que en la señalada declaración rendida el 13 de marzo frente al juez de primera instancia, la agente oficiosa refirió: “Preguntado. ¿Los demás miembros de la familia reconocieron la relación de madre e hija que señala tener con la niña? Respondió. Excelentísima, mis hijas la adoran”. Siendo evidente que omitió realizar afirmaciones respecto a su esposo.

86 Valoración del 15 de septiembre de 2020. Cfr. folio 9 y 10, Informe forense de DMRO.

87 Realizada el 11 de marzo de 2020.

89 Folio 115, documento denominado historia de atención 2019 remitido por el ICBF.

90 Folio 125, documento denominado historia de atención 2019 remitido por el ICBF. Existen otras múltiples referencias dentro del trámite que permiten observar con claridad que la menor solo siente apego por sus abuelos maternos y su madre biológica, por ejemplo: (i) el 29 de enero de 2020 en el informe psicológico realizado en el seguimiento a la medida de ubicación de DMRO con sus abuelos maternos (anexo 3, PARD 2013) se registró: “La niña se observa en adecuada presentación personal. Se muestra tranquila y expresa sentirse feliz con sus abuelos maternos y hermano”. (ii) el 7 de septiembre de 2020, en el informe de condiciones actuales de la menor remito por el ICBF, se indicó: “se evidencia fuertes lasos (sic) afectivos hacia su familia materna. Logra ver a su abuelo materno como la figura paterna y de autoridad. Al hablar de su familia refiere sentirse feliz luego de estar con otra familia (refiriéndose al hogar sustituto), lo cual se evidencia en la forma gestual y verbal al manifestarlo (…). Que se siente segura, protegida y feliz dentro de su núcleo familiar, que se encuentra con la garantía de sus derechos”.

91 Anexo 6, declaración RCAM.

92 Ibídem.

93 En el informe de valoración sociofamiliar efectuado por el ICBF en el marco de PARD del año 2019, se indicó que la señora RCAM tiene un compañero permanente (27 de febrero de 2019). Cfr. folio 16 de la historia de atención del año 2019 remitida por el ICBF.

94 Folio 17, documento denominado historia de atención 2019 remitido por el ICBF.

95 Anexo 6, declaración de YPOO.

96 Sentencia T-525 de 2016.

97 Cabe destacar que en aquellos casos que la Corte concedió la protección de las familias de crianza frente a medidas del ICBF que implicaban la separación de los menores de sus cuidadores de hecho, los lazos afectivos habían tenido la posibilidad de desarrollarse en un lapso razonable, estable e ininterrumpido. Verbigracia, en la sentencia T-278 de 1994, la menor había permanecido bajo el cuidado de una familia de hecho por 5 años ininterrumpidos, término en que la progenitora no estuvo presente en la vida de su hija; en la sentencia T-715 de 1999 una pareja protegió a una menor también por un periodo de 5 años, y a pesar de que se permitieron las visitas, estas no se dieron regularmente; y en la sentencia T-292 de 2004, este Tribunal estudió el caso de una niña de 3 años de edad, que había estado con sus cuidadores de hecho por cerca de dos años, tiempo que la madre biológica no mantuvo el contacto.

98 Por lapsos razonables, atendiendo la edad del menor.

99 Es necesario enfatizar que los pronunciamientos que en sede de revisión han acudido a la traslación del ámbito de protección del derecho a la familia hacía la familia de crianza, no lo han efectuado con sustento en consideraciones abstractas, sino de una comprobada perturbación sobre el bienestar psicológico del menor. En efecto, en la sentencia T-278 de 1994, esta Corporación determinó que la niña ya había formado sólidos vínculos psico-afectivos cuando fue retirada abruptamente de su hogar de crianza, y que amenazar o afectar esos lazos incidiría negativa e irreversiblemente sobre su desarrollo armónico; en igual sentido en las providencias T-715 de 1999, T-292 de 2004, y T-836 de 2014. Precisamente a partir de la comprobación de esa especial situación (afectación emocional) que se ordenó el retorno del menor a los cuidadores de hecho.

100 Cfr. anexo 3. PARD 2019, actuaciones del 14 de marzo y 1° de abril de 2019.

101 Se destaca que de acuerdo con el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, el Defensor de Familia podrá modificar o suspender la medida de protección adoptada (art. 53) en cualquier momento, siempre que esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron origen a ella. Dado que en este caso la accionante ya no resultaba garante de los derechos de DMR, resultaba evidente que la autoridad podía modificar la medida, máxime cuando el tipo de instrumento de protección acogido "ubicación en medio familiar", contrario a la adopción, no tiene vocación de permanencia.

102 Folio 9, informe de valoración de DMRO remitido por Medicina Legal.

103 Cfr. Sentencia T-030 de 2020.

104 "Por la cual se aprueban los Lineamientos Técnicos de Hogares Amigos y Plan Padrino". Disponible en el siguiente enlace: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_3621_2007.htm#INICIO. Modificada por la Resolución 207 de 2017.

105 Dentro del expediente no se hace referencia alguna, ni se observa que el núcleo familiar hubiese cumplido con el proceso de selección señalado en la Resolución 3621 de 2007, es decir: "Entrevista inicial e inscripción; Estudio social con visita domiciliaria; Solicitud de documentos; Estudio psicológico; Selección; Capacitación Inicial". Por otra parte, se destaca que para la época DMRO contaba con 3 años. Finalmente, el defensor no verificó si la familia extensa (tíos, abuelos paternos) podía acoger a la niña.

106 Anexo 3.

107 En lo referente al procedimiento adelantado por el ICBF para la protección de los menores, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), define "el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes [como] 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" (art. 50). Para ello, la autoridad administrativa competente, es decir, el Defensor o Comisario de Familia, puede adoptar tanto en el auto de apertura de la investigación, como en la audiencia de fallo, alguna de las medidas de

restablecimiento contenidas en el artículo 53 de la misma norma, la ubicación inmediata del menor en medio familiar. Asimismo, la autoridad podrá modificar o suspender la medida adoptada en cualquier momento (incluso después del fallo de vulneración de derechos), siempre que esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ella (art. 103).

108 Informe social abuelos maternos (9 de agosto de 2019). Cfr. documento historia de atención 2019 remitido por el ICBF. Se debe aclarar que conforme al artículo 79 de la Ley 1098 de 2006, los conceptos del equipo técnico interdisciplinario tienen el carácter de dictamen pericial, de manera que constituyen un medio de prueba en sí mismo considerado, a partir del cual el defensor podía comprobar la idoneidad del abuelo para el cuidado de DMRO. En consonancia, esta Sala de Revisión solicitó un informe sobre el particular a Medicina Legal, entidad que indicó que el abuelo no solo tenías las habilidades, sino la clara intención de asumir legalmente el rol paterno de la niña, y efectuar las adaptaciones que esto demandara en su dinámica familiar (Cfr. Anexo 7).

109 En la valoración psicológica del 8 de agosto de 2019 (realizada dentro del PARD), se registró: “la niña presenta estabilidad emocional expresando que desea estar con la familia. Para finalizar nuevamente la niña refiere sus deseos de irse a vivir con su mamá la señora [YPOO] y su abuelo materno.” En el encuentro familiar del 21 de agosto de 2019, se indicó: “en el encuentro se pudo evidenciar los lazos afectivos entre el abuelo y la niña, así mismo, manifestó su deseo de estar con él y vivir en su casa donde se encuentran los demás miembros de la familia (…)”. Cfr. Anexo 3.

110 En la entrevista efectuada por el perito de Medicina Legal el 15 de septiembre de 2020 se indicó: “La examinada reconoce parte del conflicto existente alrededor de su custodia, no obstante, teniendo en cuenta su nivel de desarrollo, es posible que no comprenda a profundidad el contexto de los hechos que se investigan”. Folio 5, informe de DMRO UBCTG-DSBL-03450-2020.

111 Por ejemplo, en la entrevista efectuada por el perito de Medicina Legal el 15 de septiembre de 2020 se registró que DMRO realizó los siguientes relatos sobre su vida y preferencias: “estoy con mis hermanitos… y estoy con mis abuelitos…veo pepa y juego… y voy a la plaza majagual (…) me gusta jugar correr, cantar y con la pelota…me gusta ver pepa

(…) tengo muchos amigos en el colegio”.

112 Anexo 5.

113 Folio 12, informe de condiciones actuales de DMRO remitido por el ICBF: “en entrevista con la menor refiere sentirse feliz de convivir con sus abuelos maternos, se evidencian vínculos afectivos unidos entre la niña y sus abuelos maternos y progenitora”.

114 Folio 4, informe de Medicina Legal de DMRO UBCTG-DSBL-03450-2020: “…quiero estar con mami Yerli. . . porque la quiero mucho…y ella juega conmigo…y estoy con mis hermanitos…y estoy con mis abuelitos…”.

115 Folios 152 y ss., documento historia de atención del 2019 e informe de condiciones actuales de DMRO remitido por el ICBF.

116 El documento refirió: “la menor recibe la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, vestido, acceso a salud, acceso a educación, recreación, además recibe amor, apoyo, atención y los cuidados necesarios como garantías en sus derechos por parte de cuidadores.”

117 Fundamento 27 de los antecedentes de la presente providencia.

118 Ley 1098 de 2006: “artículo 82. Funciones del defensor de familia. Corresponde al Defensor de Familia: 1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños. (…) 11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños (…)”.

119 Ley 906 de 2004. “artículo 175. DURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS. <Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011: (…) PARÁGRAFO. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. (…)”. Al respecto, en la sentencia C-893 de 2012 la Corte señaló: “la fijación de un término estimula el cumplimiento de las funciones de los fiscales, pues se radica en ellos un deber específico de adelantar las pesquisas e indagaciones necesarias dentro de límites temporales concretos. En definitiva, el efecto del plazo no es liberar al fiscal de sus deberes y de su carga procesal, sino de constreñirlo a que lo haga pronta y eficientemente”.

120 En la sentencia T-554 de 2003, la Corte señaló la existencia de una serie de deberes especiales de garantía de la administración de justicia penal frente a los menores de edad en casos de delitos sexuales: “(…) en relación con los deberes positivos: “(i) los funcionarios deben ser particularmente diligentes y responsables con la investigación y sanción efectiva de los culpables (…)”.