

Sentencia T-551/06

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO-Armonización con la intimidad del menor y su familia/SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Publicidad parcial para el caso

SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Supresión identificación del menor y abuela/EXPEDIENTE DE TUTELA-Absoluta reserva para el caso

AGENCIA OFICIOSA EN CASO DE MENORES DE EDAD-Procedencia y no aplicación de rigorismo procesal en cuanto a manifestación de no estar en condiciones de promover su propia defensa

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Quien interpone la acción no necesariamente debe ser representante legal del menor

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Cuidadosa ponderación de circunstancias fácticas

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios que deben tener en cuenta funcionarios con la

misión de aplicar normas de protección a la infancia

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido unos criterios específicos con el fin de determinar el carácter prevalente de los derechos fundamentales de los menores cuando está de por medio la permanencia de éstos en el seno de una familia. Estos criterios son : (i) la necesidad de preservar el derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella; (ii) la traslación del ámbito de protección del derecho a la familia del menor hacia su familia de crianza y, (iii) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención estatal en las relaciones familiares de crianza del menor.

DERECHOS DEL NIÑO-Contexto normativo internacional constitucional y legal de protección

UNICEF-Informe sobre el estado mundial de la infancia 2006

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Problemática actual de la niñez

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Condición jurídica y derechos humanos del niño

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Los niños son titulares de derechos y no solo objeto de protección

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Elaboración y aplicación de normas relativas a la infancia/ INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterio rector

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Familia como núcleo central de protección al menor

DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Carácter fundamental/CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Separación del niño de su núcleo familiar debe ser excepcional y preferentemente temporal

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ACCION DE TUTELA-Procedencia frente a vulneración de derechos de menores

ACCION DE TUTELA-Preservación de condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor

DERECHOS DEL MENOR-Protección frente a riesgos prohibidos por la constitución

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades respecto de los riesgos que pueden amenazar o perturbar la integridad de los menores de edad. A esta categoría de riesgos se les ha denominado “riesgos prohibidos”. En este punto se debe examinar si los niños se encuentran frente a amenazas que trunquen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica y laboral y cualquier forma de irrespeto a la dignidad humana, conductas que se encuentran expresamente prohibidas por el Código del Menor. Igualmente, se debe examinar

si los menores se encuentran en situaciones irregulares, previstas en el Código Penal

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL MENOR-Equilibrio con los derechos de los parientes biológicos

DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Intervención estatal debe estar fundada en razones poderosas

Referencia: expediente T-1318357

Demandante: XX

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil seis (2006)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra – quien la preside -, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Gálvis, ha proferido la siguiente,

S E N T E N C I A

en la revisión del fallo adoptado por el Juzgado QQ de Menores del Circuito de EE, FF, en primera instancia y por la Sala Civil del DD de FF, en segunda instancia, en el proceso de tutela adelantado por XX, en representación de los menores YY, ZZ, NN y WW, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

I. ANTECEDENTES

-Asunto previo, reserva de la identidad de los menores y su familia

En algunas de sus sentencias, cuando se ha verificado que la publicación de los nombres de los menores involucrados en el proceso podría afectar su derecho a la intimidad, su integridad moral y el sosiego de sus familias, la Corte Constitucional ha dispuesto la publicación de un ejemplar anónimo de la sentencia con el fin de mantener la identidad de los menores en reserva.

En aquella oportunidad, la decisión de la Corte de mantener en reserva el nombre de la menor afectada se consideró concordante con el mandato de protección infantil previsto en los artículos 300 y 301 del Código del Menor, así como respetuoso del interés superior del niño, concepto jurídico al que se hará alusión más tarde en la providencia. Además, la decisión de publicar un ejemplar anónimo de la sentencia se fundó en la necesidad de conciliar la reserva proteccionista de la identidad de los menores con el público requerimiento de publicidad de las providencias de la Corte Constitucional.

En el caso concreto, los menores -así como sus padres- se encuentran involucrados en un episodio de supuesto abuso sexual, abandono y maltrato infantil. En atención a las consecuencias negativas que para la intimidad y sosiego de los menores y su familia podría generar la publicación de los nombres de los involucrados, esta Sala procederá a dictar sentencia en dos ejemplares similares, distinguibles exclusivamente por los nombres que figuran en ellos.

En estos términos, el ejemplar contentivo de la identidad de los menores y sus parientes estará destinado exclusivamente a integrarse al expediente de tutela, con el fin de que las autoridades encargadas de dar cumplimiento al fallo ejecuten las ordenes correspondientes. Sobre éste recae estricta reserva, que sólo puede ser levantada a favor de las partes y de las autoridades citadas. Por su parte, el ejemplar anónimo, en el que el nombre de los involucrados aparece sustituido, podrá ser libremente consultado y publicado en los medios de divulgación de la Corte.

Así las cosas, el ejemplar aquí suscrito corresponde a aquél en el que los nombres de los menores y sus padres han sido sustituidos -los nombres de instituciones y autoridades administrativas y judiciales también lo fueron-, por lo que se entiende que su finalidad es consultiva y puede publicarse libremente en los medios de divulgación de la Corte.

1. Hechos

La señora XX formula acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con fundamento en los hechos que exponen de la siguiente manera:

* Por una denuncia anónima rendida ante la policía de menores, se informó que en la residencia de la señora XX (de 67 años de edad) en la ciudad de EE, viven cuatro menores de edad bajo el cuidado de su abuela y su compañero quienes permanecen en continuo estado de embriaguez lo que genera situaciones de maltrato físico, psicológico, negligencia y descuido.

* Mediante informe de la Policía de Menores suscrito por el subteniente de apellido Melo el 28 de marzo de 2005, se dejaron a disposición de la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de EE a los menores ZZ de 5 años de edad, NN de 3 años de edad y WW de 3 años de edad.

* En el momento de la puesta a disposición de los menores por parte de la Policía al ICBF, una de las menores (YY de 10 años de edad), se encontraba en el Hospital de Menores de EE y por lo tanto, no pudo ser entregada junto con sus hermanos.

* A partir del momento de la puesta a disposición de los menores al ICBF, la Institución avocó conocimiento de la investigación de protección y los niños fueron sujetos de la medida de protección en un hogar sustituto, de conformidad con lo establecido por el artículo 57 del Código del Menor.

* El ICBF remitió a los menores a exámenes médicos y psicológicos que tuvieron como resultado, en primer lugar, un deterioro del cuidado nutricional y de higiene de los menores y, en segundo lugar, posibles abusos sexuales por parte del abuelo de los menores y manejo de un vocabulario soez.

* Los menores son huérfanos de madre y producto de dos uniones diferentes. YY e ZZ no fueron reconocidas mientras que NN y WW fueron reconocidos por el señor VV.

* En el momento en que se decretó la medida de protección de los menores, el padre de NN y WW se encontraba privado de la libertad por el delito de hurto calificado. Igualmente, de conformidad con lo que se estableció en el proceso penal del señor VV, él presenta un grave problema de consumo de fármacos.

* Dentro del trámite administrativo que se le siguió a los menores, se citó a todas las personas que creyeran tener derecho a intervenir en el proceso, sin que se encontrara ningún familiar que se hiciera a cargo de los menores.

* Igualmente, dentro del trámite del proceso, el ICBF impulsó entrevistas con la abuela de los menores con el fin de buscar un ambiente que permitiera reintegrar a los menores donde su abuela, aunque finalmente no se consiguieron resultados positivos.

* La abuela de los menores confiesa corregir a los niños mediante el maltrato físico pues esto le parece una situación normal , utilizando para ello fuetes, ortiga, chanclas, además de un vocabulario soez y peyorativo para referirse a sus nietos.

* La abuela de los menores durante todo el proceso manifestó su negativa a separarse de su compañero. Esta situación aunada a los malos tratos descritos, hizo que el ICBF tomara la determinación de continuar con la medida de protección en favor de los menores.

* De conformidad con los hechos anteriores, el Comité de Protección del Centro Zonal EE dos, previo concepto del equipo interdisciplinario del ICBF, sugirió la declaratoria de abandono de los menores, ante la inexistencia de apoyo familiar hacia ellos que les brindasen un desarrollo integral.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

* La Resolución antes mencionada se fundamenta en el artículo 31 del Código del menor que consagra las situaciones típicas de abandono o peligro en las que puede encontrarse un niño. Específicamente en los ordinales 2º y 4º del mencionado artículo.

* Para la defensora de familia, la declaratoria de abandono es procedente puesto que encuadra en los ordinales anteriormente nombrados en virtud de que los menores tienen una carencia absoluta de la madre y además, porque los familiares incumplieron con sus obligaciones, sometiéndolos a reiterados maltratos físicos y actos de abuso sexual propiciados por el señor SS en su calidad de compañero de la abuela materna.

* Con posterioridad a la notificación de la Resolución No 054, el 19 de julio de 2005, el apoderado de la señora XX (abuela de los menores) interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

* Mediante Resolución No. 070 del 27 de septiembre de 2005, se resuelve el recurso de reposición, confirmando la declaratoria de abandono y concediendo el recurso de apelación frente a las Directora Regional FF del ICBF.

* Mediante Resolución No. 2221 del 16 de noviembre de 2005, la Directora Regional FF del ICBF resuelve el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 070 del 27 de septiembre de 2005 proferida por la defensora de familia del ICBF, Centro Zonal EE dos.

* Paralelamente al proceso de declaratoria de abandono, la Fiscalía CC Seccional avoca conocimiento de la denuncia presentada por el ICBF contra el señor SS, por los presuntos abusos sexuales que habría podido cometer en contra de las menores, tal y como ellas mismas lo manifestaron en sus entrevistas psicológicas.

* La Fiscalía CC Seccional de EE, FF, el 25 de noviembre de 2005, después de hacer un análisis de la situación de las menores, presuntamente abusadas por el señor SS, determinó que no existía atipicidad en la conducta de éste, puesto que los actos realizados con las menores no tenían el único y exclusivo fin de obtener satisfacción sexual o libidinosa, sino que los actos denunciados son normales en una persona que tiene a cargo al custodia y cuidado de las niñas. Por lo anterior, decide precluir la investigación.

* El 2 de enero de 2006, la señora XX interpone acción de tutela en contra del ICBF por considerar que se ha vulnerado el debido proceso en el trámite de la declaratoria de abandono de sus nietos al expedirse la Resolución No. 054, el 12 de julio de 2005.

* La accionante manifiesta que sin haber esperado los resultados de la investigación penal en contra de su compañero SS, se adelantó el proceso de declaratoria de abandono. Adicionalmente, que una vez terminada la investigación penal, presentó la resolución de preclusión de la investigación para que fuera tomada en cuenta por parte de la defensora de familia.

* En el momento de la interposición de la acción de tutela, la señora XX manifiesta que no ha podido tener contacto con sus nietos porque se encuentran en distintos hogares de protección.

* Para la abuela, no existen argumentos para declararlos en abandono y posteriormente llevarlos a un proceso de adopción pues se pregunta si ellos acaso están en la calle y si no tienen familia que los cuide y proteja. La muestra de que los menores no están abandonados es que al momento en que fueron sacadas de su casa, ellas se encontraban estudiando en una escuela y los niños permanecían en el hogar.

* La accionante manifiesta que a sus nietos no se les puede negar el derecho de estar con su familia biológica.

* Los menores viven de lo que les puede dar su abuela y sus tíos.

2. Petición

Para la accionante, no se encuentra demostrado que exista abandono de los menores y por lo tanto, solicita que se le devuelva a sus nietos.

3. Pruebas

Además de las pruebas que se enunciarán mas adelante obran en el expediente las siguientes:

a. Copia de la Resolución No. 054 de 2005 del 12 de julio de 2005, “por medio de la cual se declara en situación de abandono a los niños YY, ZZ, NN Y WW”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Con fundamento en los artículos 31 del Código del Menor, la defensora de Familia del Centro Zonal 2 de EE, FF, declaró la situación de abandono de los menores enunciados en el título de la Resolución.

La Defensora fundamentó dicha Resolución en las siguientes consideraciones:

1. Con fundamento en el informe de la Policía de menores, en el que se informa que los menores YY, ZZ, NN y WW son maltratados, se inicia investigación el 28 de marzo de 2005.
2. Como medida provisional para proteger a los menores se decretó la colocación familiar de los niños en un hogar sustituto de la ciudad de EE.
3. El 3 de marzo y el 4 de abril de 2005, se notificó a las abuelas tanto materna de los menores como paterna de dos de los menores.
4. No existe persona responsable que se haga cargo de la custodia de los menores.
5. Al hacer la valoración psicológica se pudo detectar, por declaración de la menor ZZ, que

venían siendo víctimas de acto sexual por parte del señor SS así como de maltrato infantil por parte del mismo señor y de su abuela.

6. El padre de los menores NN y WW tiene problemas de adicción a sustancias psicoactivas.

7. La madre de los niños y de las niñas falleció el 7 de octubre de 2003.

8. La Defensora de familia hizo un emplazamiento público para que las personas llamadas a detentar la custodia de los menores se hicieran presentes, sin resultados positivos.

9. A lo largo de la investigación, el equipo interdisciplinario de la defensoría de familia hizo evaluaciones respecto de la situación psicológica, nutricional y de trabajo social, que reflejó un notable progreso respecto de las condiciones como llegaron los niños al hogar sustituto.

10. La defensora de familia determina que la ausencia de la madre (fallecida en el año 2003) se encuadra perfectamente en el numeral 2 del artículo 31 del Código del Menor puesto que no solamente carecen de su compañía y la de su padre, sino que los familiares de los menores “incumplieron sus obligaciones al no cumplir con su rol y viviendo reiterativos maltratos físicos y actos de abuso sexual situaciones que fueron puestos en conocimiento de la autoridad competente. Easte (sic) lo suficiente para que la declaratoria de abandono se abra paso expedito”.

11. Dentro del equipo interdisciplinario hubo consenso en que se declarara el abandono de los menores, así como la iniciación de los trámites de adopción de conformidad con el artículo 38 del Código del Menor.

b. Denuncia presentada ante la CC Seccional de EE a favor de los menores YY, ZZ, NN y WW y en contra del señor SS por el delito consagrado en el Libro Segundo, Título XI de los Delitos contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana, Capítulo Primero, de la violación.

La denuncia es presentada por la defensora de familia CZP2 del ICBF, ante la Fiscalía Seccional de EE, de conformidad con la información de la investigación No. HSF 0557/05 y se

fundamenta en lo siguiente:

1. En la entrevista que se tuvo, la menor YY, manifestó que “el “padraastro” de la mamá (abuela XX) “le quito (sic) las cobijas, le toco (sic) y le hizo doler” mientras que ZZ, dice que su abuelo (compañero de la abuela materna) “la tocaba en la cosita y la besaba en la boca”.

2. El protocolo de la Psicóloga fue anexado a la denuncia.

c. Informe suscrito por un subteniente de la Policía de Menores en el que se informa que se deja a disposición del ICBF a los menores ZZ, NN y WW.

1. El subteniente de la Policía informa que según informaciones de los vecinos, los abuelos de los menores constantemente viven en estado de embriaguez, descuidando por completo a los menores.

2. Informa que la menor YY se encuentra hospitalizada en el Hospital Infantil y se desconocen los motivos.

d. Valoración psicológica efectuada a la menor ZZ el 18, 21 y 25 de abril de 2005 por una de las Psicólogas del Bienestar Familiar .

De la valoración Psicológica se puede extraer lo siguiente:

1. Que existe una narración respecto de las conductas sexuales de su “abuelo” SS.

2. Que la abuela cuando se da cuenta de las conductas sexuales de su compañero “ le pega con una chancla y le dice cochino”.

3. Manifiesta que las conductas sexuales del abuelo también las hace con su hermana YY.

4. En concepto de la psicóloga, la niña ha vivido abuso sexual por parte del señor SS. Además presenta compromiso emocional con signos asociados de tristeza, retraimiento, baja autoestima, irritabilidad, agresividad, enuresis nocturna, a lo anterior se suma el hecho de que existen otros factores de riesgo en el medio en que vivían como violencia intrafamiliar, maltrato físico e ingestión de licor por parte de los abuelos maternos.

e. Valoración médico legal de la menor YY de 10 años de edad.

El Instituto de Medicina Legal, Seccional FF, llevó a cabo valoración médica de la cual se puede deducir que no existen huellas externas de lesión resiente con himen íntegro y sin desgarros.

f. Valoración médico legal de la menor ZZ de 7 años de edad.

El Instituto de Medicina Legal, Seccional FF, llevó a cabo valoración médica de la cual se puede deducir que la menor no ha sido víctima de acceso carnal; sin embargo, no se descarta que haya sido víctima de acto sexual. Tampoco se evidencian signos clínicos de lesiones personales ni evidencia de maltrato infantil físico.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

g. Auto, del 16 de junio de 2005, mediante el cual la Fiscalía CC Delegada ante los Juzgados Penales decreta pruebas testimoniales del las abuelas de las menores YY e ZZ, se cita a versión libre sin juramento al señor SS y se solicita a un investigador de la Sijin para que

investigue en el vecindario donde habitan las menores si conocen del maltrato sobre los menores.

El 2 de septiembre de 2005 la Sijin responde a la Solicitud de la Fiscalía. Informa que uno de sus agentes se entrevistó con GG, vecino de la residencia de las menores, quien manifestó que en ningún momento ha observado que el señor SS maltrate físicamente a las menores, ni que abuse de ellas.

Adicionalmente, la menor ZZ manifiesta que el abuelo nunca ha abusado de ella y lo que había dicho con anterioridad era mentira porque estaba muy nerviosa.

h. Declaración rendida ante la Fiscalía CC Seccional por la menor ZZ el 21 de septiembre de 2005.

En esa declaración la menor ZZ manifiesta que el señor SS no les pegaba y manifiesta que quiere volver a vivir con los abuelos. Agrega que no ha sido ortigada.

Respecto del consumo de licor de sus abuelos dice que antes tomaban pero ahora no.

Finalmente, en lo que respecta a los supuesto abusos sexuales por parte del abuelo dice que él no la ha tocado y que ella había dicho que sí porque pensaba que la “iban a dejar a ellos” pero que los extraña y quiere estar con ellos.

i. Declaración rendida ante la Fiscalía CC Seccional por la menor YY el 21 de septiembre de

2005.

En esa declaración la menor YY manifiesta que no se encuentra estudiando porque está en el Bienestar.

Al ser indagada sobre las razones por la que se encuentra en el bienestar Familiar guarda silencio, y demostrando una profunda tristeza manifiesta que quiere estar con su abuela pero que saquen a su abuelo SS porque él las ha querido tocar. Agrega que a su prima de catorce años si la tocó una vez. Su prima se llama UU quien también vive con ella y sus hermanos. Manifiesta que a la hermana menor le pega con ortiga.

Respecto de los actos sexuales responde que en varias oportunidades cuando están en pijama el abuelo les baja los pantalones y que por eso la abuela le pega a él, pero ella no se ha dejado pero la abuelita le ha pegado. Esos actos los hace sólo cuando está borracho que generalmente es los sábados y los domingos.

Finalmente desea que no la vuelvan a llevar donde las monjas y dice que quiere estar con sus hermanitos.

j. Resolución de definición de la situación jurídica del señor SS expedida por la Fiscalía CC Seccional el 25 de noviembre de 2005.

La Fiscalía CC Seccional de EE, FF, el 25 de noviembre de 2005, después de hacer un análisis de las situación de las menores, presuntamente abusadas por el señor SS, determinó que existía atipicidad en la conducta de éste, puesto que los actos realizados con las menores no

tenían el único y exclusivo fin de obtener satisfacción sexual o libidinosa, sino que, los actos denunciados son normales en una persona que tiene a cargo la custodia y cuidado de las niñas. Por lo anterior, decide precluir la investigación.

k. Escrito presentado por el apoderado de la señora XX el 23 de mayo de 2005, con el fin de solicitar que los menores fueran integrados a su hogar.

El apoderado de la señora XX solicita que se haga el reintegro de los menores al hogar de su abuela, toda vez que con las pruebas documentales y testimoniales se llega a la conclusión que no han estado, ni se ha determinado que pudieran encontrarse en situación de abandono o inminente peligro.

El apoderado manifiesta que en casa de la abuela, sin ser una mansión tienen el valor humano propio de personas sencillas honestas y trabajadoras.

Igualmente, le parece extraña la posición de la denunciante puesto que en el momento de hacer la denuncia por supuesto maltrato de los menores se reservó su identidad.

l. Recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 054 del 12 de julio de 2005 presentado el 19 de julio de 2005.

El apoderado de la abuela de las menores se opone a que las menores continúen en manos del ICBF por las siguientes razones:

1. La declaración que rindió la menor YY se llevó a cabo sin contar con la presencia de quien

ejerce su custodia y por lo tanto, se presume que hay parcialización en la declaración que ésta rindió. Y, a cambio de la persona que ejercía su custodia, debió estar presente la procuradora de familia con el fin de que se diera igualdad en los derechos tanto de los menores como de quienes los representan para evitar nulidades.

2. No existe abandono porque obran en el expediente certificaciones que demuestran lo contrario toda vez que dan fe de que los menores estudian y que permanecen en la guardería.

3. Sobre el abuso sexual por parte del abuelo para esa fecha aún no se tenían resultados y por lo tanto no se puede tener como probado un presunto abuso hasta tanto la Fiscalía no se pronuncie.

m. Escritos del 13 y 16 de diciembre de 2005 dirigidos al ICBF con el fin de anexar copia del auto interlocutorio que decidió precluir la investigación en contra de SS por no existir conducta que se adaptara al tipo penal de abuso sexual.

En el escrito se solicita que cese la medida provisional que impide que los menores permanezcan en el hogar de su abuela y nuevamente reitera los argumentos del escrito del 23 de mayo de 2005.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

n. Copia de la Resolución No. 070 del 27 de septiembre de 2005, “por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición y se concede en subsidio el recurso de apelación interpuesto por la señora XX a través de apoderado en contra de la Resolución No. 054 de julio 12 de 2005.”

En este acto, el ICBF resuelve “NO REPONER” la Resolución 054 del 12 de julio de 2005 sobre la base de los argumentos de la Resolución repuesta y de nuevos argumentos, a saber:

1. Que el 20 de septiembre de 2005, un funcionario del CTI entrega un informe al ICBF en el que se manifiesta que los hermanos YY ZZ y NN WW, quienes habían desaparecido del hogar sustituto, fueron encontrados en casa de la abuela materna señora XX.
2. Que los menores fueron dejados a disposición de un hogar sustituto por cuanto gozan de la medida protección provisional decretada mediante acto administrativo.
3. Una vez los niños son reintegrados al hogar sustituto, se les hizo una valoración en la que se determinó que los avances logrados mientras se encontraban en el hogar y hasta antes de su desaparición se perdieron. Una de las menores se encuentra prevenida y poco espontánea a la hora de hablar.
4. De conformidad con las entrevistas realizadas a los menores se dedujo que mientras estuvieron nuevamente con su abuela, los menores vivieron situaciones de privación, maltrato físico y negligencia, además de actos sexuales dirigidos contra ZZ y YY, propiciados por personas que están a su cargo.
5. Los hechos que se produjeron mientras estuvieron por fuera del hogar sustituto incidieron negativamente en la evolución y desarrollo integral de los menores, razón por la cual se encuentran protegidos.

o. Copia de la Resolución No. 221" (p)or la cual se resuelve un recurso de Apelación", proferida por la Directora Regional del ICBF, FF.

En este acto el ICBF decide "CONFIRMAR" en todas sus partes la Resolución No. 070 de septiembre 27 de 2005 proferida por la Defensora de Familia del ICBF Centro Zonal EE Dos con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Con fundamento en el artículo 44 de la Constitución Política que establece la prevalencia

de los derechos de los menores sobre los derechos de los demás, la Directora Regional manifiesta que la norma contempla no solamente una protección de los derechos simplemente sino que mas allá, determina de forma imperativa que a los menores debe garantizárseles el cuidado y el amor el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, todo esto con miras a una formación integral de la personalidad del niño en proceso de desarrollo. Cita como soporte argumentativo la Sentencia T-278 de 1994 de la Corte Constitucional.

2. La situación irregular de los menores ha sido comprobada por el equipo interdisciplinario del Centro Zonal que da cuenta del deficiente estado nutricional y la afectación psicológica causada por la manipulación corporal que el compañero de la abuela hiciera sobre las niñas sin que nadie de la familia impida esa situación.

3. Los menores, conviviendo con el núcleo familiar al lado de su abuela estarían enfrentados a situaciones poco favorables en razón a la “deprivación” psicoafectiva que manifiestan, la desintegración del núcleo familiar, los inapropiados referentes de autoridad, los actos sexuales no consentidos y dañinos además de las situación social que en nada garantiza su vida, integridad física y desarrollo emocional.

4. Intentar el reintegro de los menores al núcleo familiar consanguíneo significaría la negación de la protección por parte del ICBF a favor de los niños, pues estarían expuestos no solo a los peligros de los cuales han sido víctimas sino a peligros mayores.

4. Contestación de la demanda

Dentro del Trámite de la acción de tutela, mediante memorial del 13 de enero de 2006, intervino la Directora Regional del ICBF FF con el fin de dar respuesta a la acción de tutela interpuesta por la señora XX.

En relación con los hechos de la demanda, la directora regional del Instituto manifiesta que el

actuar de la Institución que representa no se inició como resultado de una denuncia anónima, sino cuando el Subteniente de Servicios Especializados de las Policía de Menores deja a los menores YY, ZZ, NN y WW en el centro zonal ICBF, EE Dos, con una narración sucinta del estado en que se encontraban los menores en el momento de la asistencia de la Policía.

Manifiesta que el ICBF conoció de la preclusión de la Investigación por abuso sexual a favor del señor SS, sin embargo, fue una prueba que se aportó por fuera del término que establece la ley para controvertir el acto que declaró el abandono de los menores.

Además, que a pesar de que el Instituto notificó a la señora XX de las resultas de la apelación de la Resolución No. 054 de 2005, ésta no se hizo presente y, por lo tanto, debió notificársele por edicto.

5. Pruebas en el trámite de la acción de tutela de primera instancia.

El 16 de enero de 2006, el Juzgado QQ de Menores del Circuito de EE, FF, ordenó las siguientes pruebas:

a) Visita domiciliaria al hogar conformado por XX y el señor SS.

La auxiliar del Juzgado de Menores que llevó a cabo la visita al hogar de la abuela de los menores, observó lo siguiente: “se observa que el grupo familiar actualmente está conformado por cinco personas y con los niños serían 9, con una situación económica precaria pues los ingresos de las personas aportantes son inestables e insuficientes para satisfacer las necesidades de los 4 niños. En la vivienda no se cuenta con un espacio físico

apropiado para ubicarlos.

“Por lo que se puede concluir que las condiciones socio-económicas y familiares encontradas en el contexto familiar de la señora XX, no son las más adecuadas para el desarrollo de los niños en cuestión”.

b) Visita domiciliaria al hogar sustituto donde se encontraban los menores:

La auxiliar del Juzgado de Menores que llevó a cabo la visita al hogar sustituto, observó lo siguiente: “...el Hogar donde se encuentran los niños les brinda las garantías para su desarrollo físico, mental, moral, y social, no presenta ningún tipo de riesgo, ni atenta de ninguna manera contra sus derechos fundamentales, por lo que considero que deben continuar bajo la responsabilidad y cuidado del ICBF.”

c) Citación a la señora XX para que rindiera declaración acerca de la capacidad económica y las circunstancias de orden personal y familiar con las que pretende dispensar los cuidados necesarios de los menores.

La señora XX manifiesta que tiene 67 años de edad, que es viuda, es analfabeta, no sabe firmar, y vive con sus dos hijos. Uno de sus hijos trabaja como coterero y su hija trabaja como vendedora ambulante. Adicionalmente una nieta de 13 años que no sabe cómo se llama. Respecto de sus demás nietos, no sabe cómo se llaman.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Manifiesta que ella se encarga de las cosas de la casa y de sus nietos pero no trabaja. Depende económicamente de lo que dan sus dos hijos. Uno de ellos recibe en promedio

\$50.000 pesos diarios y la vendedora ambulante recibe entre \$50.000 y \$100.000 diarios.

Respecto del cuidado de los menores manifestó que es TT y su hija MM quienes además les dan estudio.

Respecto del aporte de los papás de los menores manifiesta que el papá de las niñas no sabe quién es y que el papá de los niños no lo hace pues manifiesta que “se dañó porque se dio a la bebida y vive con otra mujer”.

A la pregunta de si consideraba que tiene los medios económicos y familiares para el cuidado de los cuatro menores de edad ella manifiesta que “sí creo que puedo porque no son los primeros nietos que crío y el tío trabaja y ve por los sobrinos él es soltero y ve por los sobrinos”

Respecto de la capacidad para otorgar la debida educación, salud, bienestar, cuidado y recreación de los menores, la señora XX responde: “sí, porque yo tengo carnet del SISBEN y los niños también tienen y cuando los veo al (SIC) los llevo al médico, y las niñas estaban estudiando yo si tengo los medios para darle el estudio, yo creo que a los niños no les hace falta nada conmigo”.

A la pregunta que desde cuando había solicitado el reintegro de los menores, la abuela de los menores dice que: “Desde que se los llevaron fui a rogarles que me los devuelvan y hasta en televisión salieron que los iban a regalar y yo fui porque los niños sí tienen familia”

A la pregunta si en alguna oportunidad ha solicitado la custodia de los menores manifestó

que no que a nadie se la había solicitado.

Se le pregunta si la casa donde habita es propia, a lo que responde que está en anticresis.

Finalmente, se le pregunta si convive con el señor SS y responde que vivió con él que no eran casados pero que se fue hace como tres meses para HH donde una hermana, que ya se separó de él y vive con sus hijos.

6. Providencia judicial de primera instancia

Mediante sentencia del 16 de enero de 2006, el Juzgado QQ de Menores del Circuito de EE decidió no conceder la tutela con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. En el caso específico de los menores y su núcleo familiar, de que trata el presente asunto, el organismo encargado de prestar la protección que establece el mandato constitucional es el ICBF, en consecuencia, es el encargado de adoptar las medidas necesarias que permitan a los menores crecer y desarrollarse en forma conveniente para su bienestar. En este caso, la atención se hace necesaria ya que su familia biológica no cuenta con los medios adecuados.
2. “Los menores pueden tener la oportunidad de ser vinculados a una familia que desee acogerlos y esté capacitada para velar por su bienestar general.”
3. “ Como en este caso existen sobradas razones, el I.C.B.F. debe proseguir con el proceso de adopción iniciado pues no es otra la teleología de éste importantísimo medio de protección”.

4. “Revisada la historia socio familiar aportado se puede concluir que el I.C.B.F. cumplió con el trámite previsto para el caso y no se observa violaciones al debido proceso o atentados contra los derechos fundamentales de la accionante y de los niños.”

5. “ ...la accionante ha hecho uso de los recursos que a bien tuvo interponer, no obstante, cuenta con una última alternativa al momento de la homologación que habrá de surtirse ante el Juez de Familia quien hace un estudio pormenorizado del trámite previo a la adopción, es allí la oportunidad que tiene de hacer las manifestaciones que crea convenientes.”

6. “El juzgado a través de trabajo social ha podido constatar la caótica situación socio familiares (sic) en que se debate la familia de la accionante, la carencia de recursos suficientes para la satisfacción de las mínimas necesidades a las que puede alcanzar un niño para desarrollarse felizmente, pues su situación atenta contra sus derechos fundamentales, su integridad y su desarrollo integral y armónico, pues se trata de niños con un altísimo grado de vulnerabilidad.”

7. Si bien la señora XX está llena de afecto, buenas intenciones hacia sus nietos, ellas no son suficientes para que los niños tengan un desarrollo armónico feliz; además, sus afectos intereses y derechos no pueden estar por encima de los derechos fundamentales y necesidades prevalentes de los niños.”

8. “Las visitas domiciliarias realizadas por el Juzgado a los hogares de la accionante y donde se encuentran los niños, nos permiten tener una semblanza real de la situación contextual que el Juez constitucional no puede desconocer.”

9. “Las anteriores consideraciones permiten concluir que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –I.C.B.F. no ha vulnerado normas fundamentales ni de la accionante ni menos de los menores a quienes se está amparando al adoptar la medida que los declara en estado de abandono o de peligro.”

La señora XX impugnó el fallo de primera instancia porque considera que se le vulneran los derechos a tener una familia, a vivir como familia y desarrollarse dentro de ella. Considera que los menores deben estar con la familia biológica, pues es la que los ha visto nacer y es en donde se han criado, donde se les ha cuidado y quien los ha mantenido asistido y protegido hasta el momento de la intervención del ICBF.

La accionante no desconoce los innumerables convenios suscritos por el gobierno colombiano con el fin de proteger a los menores, sin embargo, para la accionante, el gobierno no hace nada frente a las situaciones de maltrato y abandono de niños que deambulan por las calles.

Cuestiona el interés que tiene el ICBF de quitarle sus nietos, pues hace ver que es una de las muchas familias de estrato uno que existen, pero no por eso son personas de mal vivir, que habiten en la indigencia, sino que se trata de una familia que con esfuerzo busca el sustento diario.

Compara las situación precaria de los hogares con la de su hogar y dice que con el Estado, los niños no van a tener una mejor condición.

No se puede considerar en su caso concreto que los niños se encuentren maltratados pues éstos lo que necesitan es afecto y cariño que no se puede compensar ni reemplazar. En el caso que los nietos hubiesen sido niños de la calle era fácil reemplazar a su papá o a su mamá pero en este caso son niños que se han criado con sus hermanos, con sus tíos y con sus primos que no son de fácil reemplazo.

Manifiesta que en este caso a los niños se les ha tratado como si no hubiesen tenido familia

que los reclame y que de una vez se ha dispuesto que se tramite la adopción, sin que hayan terminado de evacuar todas las pruebas ordenadas en la apertura de la investigación.

La conducta del ICBF parece abusiva pues a los familiares no se les ha permitido tener contacto con ellos, es más, manifiesta que lo que se está cometiendo es un acto de secuestro. Incluso, manifiesta que en una oportunidad en el sitio donde tenían a los menores, los dejaron en la calle y esa fue la razón por la cual los niños volvieron a la casa con la ayuda de una vecina que accidentalmente los encontró en un parque abandonados.

Los niños fueron con ropas rotas, zapatos dañados y sin interiores, narrando que los hacían dormir en el suelo en cartones por el hecho de que una de las menores se orinaba en la cama. Para la accionante, esos hogares donde son llevado sus nietos los dirige una persona que busca aprovecharse de los alimentos que le suministra el ICBF y nadie cuida y vigila cómo funcionan.

Para la accionante, no se encuentra demostrado plenamente que exista una situación de abandono de los menores y por todas las razones anteriores solicita que se tutelen los derechos conculcados a la familia BB.

8. Providencia judicial de segunda instancia

Mediante sentencia del 23 de febrero de 2006, el DD, Sala de decisión Civil – Familia, decidió tutelar el derecho al debido proceso de XX y de los menores YY, ZZ, NN y WW, ordenando al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –Regional FF- que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de la sentencia, reintegre a dichos menores al hogar del cual fueron extraídos, para que queden al cuidado de XX, abuela materna de los

infantes.

Igualmente, el Tribunal ordena al ICBF que se mantenga vigilante sobre el trato que reciben los menores y reinicie, si fuere el caso, investigación administrativa por abandono, peligro o maltrato de los mismos, además de propiciar que la accionante y su compañero asistan a charlas con el equipo interdisciplinario de esa institución sobre trato a los niños.

El fallo se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1. Aunque en el presente caso existe un mecanismo ordinario para solucionar la controversia previsto en los artículos 61 y 64 del Código del Menor, la acción de tutela es procedente con el fin de evitar un perjuicio irremediable de los menores.

1. Después de hacer una análisis del procedimiento que adelantó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de las demás actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de declaratoria de abandono el Tribunal encuentra que fue arbitrario el proceder de la Policía de menores que adelantó el retiro de los infantes del hogar de sus abuelos maternos.

Para el Tribunal, cuando la Policía extrajo a los menores del hogar de los abuelos maternos no existió autorización previa otorgada por autoridad competente, y en ese acto se debió haber observado el debido proceso. El Tribunal encuentra defecto de procedimiento porque debiéndose informar al defensor de familia de la denuncia anónima de los vecinos de los menores esto no se hizo y, por lo tanto, el defensor de familia no pudo, siquiera sumariamente, establecer la situación de peligro de ellos.

El retiro de la casa de los abuelos debió hacerse por orden del defensor de familia a través de auto en donde se ordenara el allanamiento del sitio donde los menores se hallaren con el apoyo de la fuerza pública.

1. El proceder como que llevó a cabo la Policía de Menores resulta a todas luces inconstitucional pues desconoció los postulados constitucionales del debido proceso y las normas del Código del Menor (artículos 44, 46 y 47). Por lo tanto, la investigación adelantada por el ICBF está viciada de nulidad.

1. El Tribunal afirma que aunque los menores no se encuentran dentro del marco de una familia ideal, ésta “es un ejemplo de esfuerzo mancomunado en resistir y progresar ante las crisis económicas y las circunstancias de hermandad que afectan a los menores del caso”.

1. El Tribunal cree que “no se debe seguir fomentando el desprestigio del país a nivel internacional, de ser exportadores de niños para adopción”.

1. Son suficientes los argumentos esbozados por la accionante para que salga adelante el amparo decretado por la señora XX, sin necesidad de entrar a analizar en lo restante la investigación llevada a cabo por el ICBF.

9. Seguimiento a los menores de conformidad con lo ordenado por el fallo de segunda instancia

1. Informe de visita social de seguimiento

El 4 de abril de 2006, el ICBF a través de una de sus trabajadoras sociales, llevó a cabo una visita social al lugar donde residen los menores y llevó a cabo entrevistas con los miembros de la familia.

El resultado de la vista muestra que en el hogar de la señora XX, habitan 10 miembros.

- * La señora XX que tiene 68 años, es analfabeta, viuda y su ocupación es ser ama de casa.
- * La señora MM, hija de la señora XX, de 24 años, con escolaridad primaria incompleta, que es soltera y “vendedora de cacharro”.
- * RR, nieta de la señora XX, de 8 años de edad, estudiante de segundo de primaria en la Institución José Antonio Galán.
- * KK, nieto de la señora XX de 3 meses de edad.
- * SS, hijo de la señora XX de 36 años con escolaridad primaria incompleta, que es soltero y se dedica a ser carguero.
- * UU, nieta de la señora XX de 15 años de edad, analfabeta y desescolarizada.
- * YY, nieta de la señora XX de 10 años de edad, estudiante primaria en la Institución educativa Antonio Galán, huérfana de madre.
- * ZZ, nieta de la señora XX, huérfana de madre y estudiante de primaria de la Institución Antonio Galán.
- * NN, nieto de la señora XX, huérfano de padres y asistente al programa de la Alcaldía

Municipal de EE, PP, Niño Jesús de Praga, entre las 8:00 am y las 4:00 pm.

* WW, nieto, de 3 años de edad, huérfano de padres, quien asiste actualmente al programa de la Alcaldía Municipal de EE, PP, Niño Jesús de Praga, entre las 8:00 am y las 4:00 pm.

Al hacer un análisis de las condiciones sociales y económicas se concluye que la familia tiene bajos ingresos y que éstos provienen de trabajo de los hijos de la señora XX (tíos de los menores). La abuela de los menores, por su avanzada edad, se encuentra impedida para trabajar y adicionalmente, se queja de sus enfermedad y manifiesta: “ya no puedo mas, me siento enferma y cansada”.

El estrato socio económico es 1-1 bajo.

La casa donde habitan se encuentra a título de anticrédito por \$2.000.000 por un año, consta de tres piezas, una cocina ubicada en el patio, sanitario en regular estado, lavadero con suficiente agua y construcción de la vivienda en obra negra.

Condiciones higiénicas en regular estado en el interior de la vivienda, pues las paredes están sucias y deterioradas, hay olores desagradables, presencia de moscas e inadecuado manejo de las basuras.

La vivienda se encuentra en regular estado, las puertas no ofrecen seguridad, el piso de la casa está hecho de cemento sin pulir, la ventilación y la iluminación son deficientes. El espacio es muy reducido, se presenta hacinamiento crítico, es decir que se dispone de menos de dos metros cuadrados para los niños del hogar.

Se le preguntó a la señora XX por el señor SS compañero de la unión libre que ella tenía y respondió que el señor no vive en la casa porque se fue para HH y que no sabe de él.

La trabajadora social va a la entidad educativa José Antonio Galán con el fin de indagar sobre las menores ZZ y YY a las docentes de la Institución. En la visita realizada, las educadoras manifestaron que las menores asisten con regularidad a la escuela. Sin embargo, la trabajadora social encuentra una inconsistencia puesto que las docentes manifestaron que las menores ZZ y YY son retiradas de la institución por el compañero de la abuela.

La presentación personal de los menores no es la adecuada, no tienen uniforme diario, y su cuidado e higiene demuestran negligencia por parte del grupo familiar.

La trabajadora social también visitó las instalaciones del programa PP de la Alcaldía de EE y verificó que los menores asisten regularmente al programa. Una de las docentes del programa manifestó que el compañero de la abuela lleva y retira a los menores.

Con los testimonios de las docentes de las distintas instituciones se desvirtuó que el compañero de la abuela ya no viva con ella y mucho menos que no haya vuelto a saber de él.

La Trabajadora social conceptúa que es “es claro el maltrato por negligencia y descuido en la satisfacción de las necesidades básicas de los niños”. Además identificó “factores de riesgo para los menores como la presencia permanente del compañero de la abuela en el grupo

familiar, quien en la historia integral socio familiar se presenta como el presunto agresor de las menores". Adicionalmente se pudo identificar la presencia del tío alcohólico en el grupo familiar.

La trabajadora Social recomienda vincular nuevamente a los menores al proceso de protección con medida de colocación familiar tal como se previó en la sentencia T-137 de 2006, teniendo en cuenta que la señora XX, abuela de las menores y responsable de ellos no ha cumplido con los compromisos adquiridos al momento del reintegro de los menores. Finalmente, para la trabajadora social es importante considerar que la señora XX no está en condiciones físicas, sociales y económicas para responsabilizarse de sus nietos.

2. Informe de seguimiento de los menores

Una Psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha venido efectuando un seguimiento a los menores después del reintegro al hogar de la abuela y encontró los siguiente:

El 6 de marzo de 2006 se citó al centro zonal a la abuela y los tíos de los menores. Al preguntar el nombre de los menores a la abuela, no lo recordó. Al preguntarle sobre la educación de las menores respondió que ellas están estudiando pero no recuerda el nombre de la institución educativa. Respecto del centro donde estudian sus nietos varones manifestó que era el programa PP (programa nutricional del municipio).

Los tíos de los menores no acuden a la citación por cuanto se encuentran laborando y son los que dan sustento al hogar. La señora XX por su edad no está en capacidad de entender las necesidades y requerimientos de los menores.

Respecto del señor SS (compañero permanente de la señora XX), manifestó que ya no se encontraba en su hogar y que esto le da tranquilidad a los niños. El señor SS se encuentra en la actualidad en HH y no se tiene contacto con él.

El 13 de marzo de 2006, la abuela de los menores asiste con dos de sus hijos y con dos de sus nietas y manifiestan que la niñas asisten actualmente a la escuela José Antonio Galán y los varones en el programa PP.

Los menores manifiestan que el señor SS ya no se encuentra en el medio familiar, pero en la respuesta la psicóloga detecta que existe una notable manipulación por parte de los adultos. La menor ZZ manifestó, espontáneamente, que “mi abuelo no nos hacía nada es que yo mentí y él ya no está aquí con nosotros”. De otro lado, la menor YY afirma que “Yo cocino arroz”; actividad que resulta peligrosa tal como lo afirma la psicóloga.

La niña ZZ presenta problemas de enuresis que ya había podido ser controlado cuando la menor se encontraba al cuidado del Bienestar familiar.

Existe una dificultad en el ejercicio de autoridad por parte de la abuela, quien afirmó que los menores no le obedecen.

Se orientó a la abuela y a los tíos de los menores con el fin de que se les asignen responsabilidades acordes con su edad.

El 6 de abril de 2006, se hizo seguimiento al medio familiar y se sacaron las siguientes conclusiones:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

* Cuando se entrevistó a la hija de la señora XX se concluyó que la solicitud de reintegro de los menores al medio familiar obedeció a la exigencia de su madre la señora XX, porque se afectó psicológicamente ante la ausencia de sus nietos, pero considera que por la edad, la señora XX no está en capacidad para atender los problemas propios de la etapa de desarrollo de los menores.

* En el hogar sustituto donde se encontraban cuando estaba vigente la medida de protección, los menores lograron el manejo de conductas de autocuidado, cambiaron hábitos inadecuados de alimentación que se perdieron en el contexto familiar.

* De conformidad con lo indagado por la Psicóloga en las instituciones educativas donde se encuentran los menores, se pudo establecer que el señor SS aún se encuentra en el medio familiar y personalmente acude para llevar a los menores a éstas instituciones.

De las visitas anteriormente realizadas, la psicóloga del Instituto concluye que la abuela y los tíos ocultan la presencia del señor SS. Para la psicóloga es peligroso que el señor SS continúe en el hogar porque la familia está exponiendo a los menores a nuevos eventos traumáticos.

De otro lado, se concluye que a la menor de 15 años que se encuentra con los otros cuatro menores no se le ha garantizado su desarrollo integral y por el contrario su condición actual es el resultado de hechos traumáticos que han afectado su estabilidad emocional.

La abuela de los menores, por su estado de salud, no está en condiciones de ejercer prácticas adecuadas de crianza y en el hogar se percibe un sistema de autoridad difuso.

Los tíos se convirtieron en principales proveedores económicos pero no ejercen un proceso de formación y crianza pues éstos se deben ocupar de sus propias responsabilidades lo que los obliga a permanecer por fuera de su casa.

La psicóloga concluye que las responsabilidades de los tíos le impiden a los menores tener un proyecto de vida claro para el futuro de los menores, pues han asumido una responsabilidad inmediateista que nace del deseo de la señora XX pero no se basa en una decisión o un compromiso asumidos por los tíos para criar a los niños. Por lo anterior, la psicóloga cree que los niños siguen expuestos a una situación de riesgo y recomienda asumir una medida de protección en su favor.

3. Informes de egreso de la menor YY del Hogar de protección de las JJ del 28 de febrero de 2006

Durante su permanencia por cinco meses en el Hogar de protección de las JJ (hasta el 28 de febrero de 2006), se hizo el estudio de la menor YY y se detectó lo siguiente (el informe es suscrito por la Directora de la Institución, una trabajadora social y una Psicóloga):

- * Que la menor manifiesta encontrarse bien en el hogar de su abuela, aunque se percibe en ella un bajo estado de ánimo que le dificulta expresar sus sentimientos.
- * Según la visita familiar que se llevó a cabo en el hogar de la menor, se concluyó que allí viven varios menores de edad que presentan rasgos de anormalidad e hiperactividad lo que convierte su manejo en una situación difícil para la señora XX, como responsable del cuidado de los menores.
- * Los menores están en riesgo puesto que no son receptivos de los llamados que les hace su

abuela ni a las instrucciones que ella les imparte.

- * Observan impulsividad en los juegos que desempeñan los menores de edad y salen a los alrededores de la casa sin supervisión de los adultos.

- * YY tienen una adecuada presentación personal, un pensamiento coherente, sin embargo la niña manifiesta sentimientos de tristeza y tendencia al mutismo.

- * La abuela, cuando asistió al Hogar de protección, manifestó que la actitud de la menor respondía a un sentimiento de temor porque la menor piensa que la va a dejar en ese Hogar.

- * La abuela hace conocer que para ella hubiera sido mejor que sus nietos estén bajo medida de protección siempre y cuando le permitan la visita, situación que se retoma y se resalta la importancia de hacer conocer su planteamiento al ICBF, sin embargo, la abuela manifestó que ella ya había dado a conocer ese planteamiento al ICBF sin que hubieran resultados positivos. En su momento, la señora XX manifestó lo siguiente: “Yo les dije pero no quisieron...dijeron que si los dejaba era para poderlos regalar” (Hace referencia a que los niños sean entregados en adopción).

- * En las distintas sesiones que se entrevistó a la señora XX, se detectó que ella se siente cansada ocasionalmente por la responsabilidad adquirida con sus nietos y lo asume de manera conforme por tratarse de su familia.

- * Respecto del señor SS manifestó que se encuentra en HH porque el quiso aislarse para no tener problemas relacionados con los niños aunque su salida no fue aceptada por los hijos del señor SS

- * Posteriormente a la salida de la Institución, se les ha venido haciendo un seguimiento en el que se les ha dado a la familia de los menores pautas de crianza, teniendo en cuenta elementos importantes como el afecto, dialogo, tolerancia, manejo de autoridad, normatividad, derechos de los niños y deberes que se deben asignar de conformidad con su edad.

1. Informes sobre situación de la menor UU. Menor que no se encontraba bajo medida de protección como sus cuatro primos.

La Fundación de promoción integral y trabajo comunitario corazón de María “Fundación Proinco” llevó a cabo una valoración psicosocial a la menor que dio como resultado lo siguiente:

- Que la menor se desarrolla en un ambiente social vulnerable donde la agresión y la intolerancia son los patrones diarios de relación, asociado a círculos de violencia , inseguridad y expendio de psicoactivos. UU vive en ese ambiente desde que regresó de LL a vivir con su abuela materna, tíos, primos y el compañero de su abuela.

La madre de la menor tuvo muchos problemas con su padre debido al consumo de sustancias psicoactivas de éste.

La menor quedó huérfana y fue a vivir a LL donde su tío paterno, pero allá sufrió en repetidas oportunidades maltrato por parte de la compañera de éste. Adicionalmente, realizaba trabajos domésticos y no fue escolarizada. En virtud de los maltratos, la menor decidió fugarse de LL e irse a EE donde su abuela, después de haber pasado por una Institución de protección en ÑÑ.

En el ámbito familiar en el que vive la menor actualmente no hay posibilidad de que se le garantice un proyecto de vida reforzado por la actitud pesimista de la abuela. A pesar de esta situación, la joven no posee comportamientos marcados de agresividad aunque sí tienen dificultades de introspección en el conjunto de sus relaciones psicoafectivas.

Se recomienda escolarizar a la menor, llevar a cabo orientación psicosocial individual dirigida a la elaboración de episodios traumáticos en su historia personal y crear espacios de socialización para la resolución de conflictos familiares a través del diálogo.

Existen algunos logros asistiendo a la Fundación de Promoción Integral y se recomienda seguir asistiendo a la terapias.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, y los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar la decisiones judiciales adoptadas por los jueces de tutela.

2. Problema jurídico

A partir de los hechos de la demanda y la pruebas que obran en el expediente, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si, en el caso concreto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar encargado de proteger los derechos de los menores involucrados en esta acción, incurrieron en violación de los derechos fundamentales a la unidad familiar y al debido proceso al desarrollar el procedimiento que culminó con la declaratoria de abandono de unos

menores de edad.

Para resolver el problema jurídico, en primer lugar se examinarán los criterios para determinar el carácter prevalente de los derechos de los menores, en segundo lugar se examinarán las normas tanto nacionales como internacionales que otorgan protección a los menores, acto seguido, se enunciarán las reglas que determinan la realización de los procesos en donde estén de por medio los derechos de los menores y, finalmente se estudiará el caso concreto.

No obstante, antes de dar comienzo al análisis, esta Sala estudiará el tema de la legitimación por activa para interponer la acción de tutela, cuando lo que se pretende es la protección de los derechos fundamentales de un menor de edad.

3. Legitimación por activa

La señora XX, actuando en su calidad de abuela de los menores YY, ZZ, NN y WW presentó la acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el fin de promover la protección de sus derechos fundamentales y los de sus nietos.

Aunque la demandante no tiene la representación legal de los menores, puesto que ninguna autoridad judicial le ha dado la custodia de los menores a sus abuelos, es claro que la misma está legitimada por el artículo 44 constitucional para solicitar la protección alegada. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera “ que cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento

de su obligación de asistir y proteger al niño, no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, vgr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial.” (Sentencia T-462/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)¹

De conformidad con lo enunciado, la señora XX se encuentra legitimada por activa con para solicitar el amparo de los derechos fundamentales de los menores arriba enunciados.

Una vez hecha la precisión sobre la legitimación de la abuela de los menores, se entrará a estudiar de fondo el presente asunto con el fin de dar solución a la problemática jurídica.

4. Derechos de los menores. Criterios para determinar su prevalencia

Con el fin de delinear el marco donde se circunscribe el interés superior del menor, consagrado en el artículo 44 de la Constitución, pues este artículo no es excluyente ni absoluto², la Corte Constitucional, en la sentencia T-292 de 2004, expuso los parámetros que se deben tener en cuenta tanto por los funcionarios administrativos como por los jueces que tengan la misión de aplicar las normas de protección a la infancia.

De conformidad con la providencia en comento se deben tener en cuenta dos aspectos fundamentales, a saber:

(I) Los criterios jurídicos relevantes, y

(II) Una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado.

Con el fin de profundizar en estos dos aspectos es necesario determinar:

“(1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado; y (6) la necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto a decidir.”³

Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación⁴ ha establecido unos criterios específicos con el fin de determinar el carácter prevalente de los derechos fundamentales de los menores cuando está de por medio la permanencia de éstos en el seno de una familia. Estos criterios son :

- i. la necesidad de preservar el derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella;
- ii. la traslación del ámbito de protección del derecho a la familia del menor hacia su familia de crianza y,
- iii. la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención estatal en las relaciones familiares de crianza del menor.

Estos criterios serán los que tendrá en cuenta la Sala con el fin de determinar la prevalencia de los derechos de los menores en el caso concreto.

5. Protección internacional, constitucional y legal del menor

El Artículo 44 de la Constitución Política dispone una especial protección de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Esta protección prevalente ha sido objeto de desarrollo en la legislación nacional y en múltiples tratados internacionales en donde el Estado colombiano ha comprometido su voluntad.

Dentro del marco normativo colombiano para el caso que se estudia encontramos: (1) El Decreto-Ley 2737 de 1989, denominado Código del Menor, (2) La Ley 265 de 1996 que aprueba el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya el 29 de mayo de 1993, (3) La Ley 294 de 1996 que hace referencia a las medidas para la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La anterior enumeración deja entrever el creciente interés que existe en el ordenamiento jurídico colombiano por una protección adecuada de los menores, especialmente, en lo que tiene que ver con la calidad de vida de aquellos.

Pero de otro lado existe una preocupación grande por la garantía que la comunidad internacional le presta a los niños para que puedan disfrutar de manera plena su infancia. Así

lo deja entrever también la Organización Internacional UNICEF en el informe sobre el estado mundial de la infancia 2006 titulado “Excluidos e invisibles” publicado en diciembre de 2005.

“Las vidas de millones de niños y niñas transcurren en medio de la pobreza, el abandono, la ausencia de educación, la discriminación, la falta de protección y la vulnerabilidad. Para ellos, la vida es una lucha diaria por la supervivencia.

Tanto si viven en los centros urbanos o en asentamientos rurales, corren el riesgo de no poder aprovechar su infancia, de quedar excluidos de servicios tan esenciales como los hospitales y las escuelas, sin la protección de la familia y la comunidad, y constantemente amenazados por la explotación y los malos tratos. Para estos niños y niñas, el concepto de que la infancia es una época para crecer, aprender, jugar y sentirse seguros, no significa nada.

Resulta muy difícil evitar la conclusión de que nosotros, los adultos del mundo, no estamos cumpliendo con nuestro deber de asegurar que todos los niños y niñas disfruten de su infancia.

Desde 1924, cuando la Liga de Naciones aprobó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, la comunidad internacional ha logrado alcanzar una serie de compromisos firmes en favor de la infancia, destinados a garantizar la satisfacción de los derechos que tienen todos los niños y niñas a la supervivencia, la salud, la educación, la protección y la participación, entre otros.

De todos los compromisos, el más amplio y de mayor alcance es la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por 192 países. La Convención –el tratado de derechos humanos que más respaldo ha recibido en la historia– y sus Protocolos Facultativos describen en términos muy concretos las obligaciones jurídicas que los gobiernos tienen con la infancia. La supervivencia, el desarrollo y la protección de la niñez dejaron entonces de ser una cuestión relacionada con la caridad y se convirtieron en una obligación moral y jurídica. Los gobiernos acordaron rendir cuentas de esa obligación ante un organismo internacional, el Comité de Derechos del Niño, al que tienen que presentar sistemáticamente informes sobre la situación de la infancia”.

Dentro de los propósitos mas representativos en cabeza de la comunidad internacional se encuentra el de la UNICEF que busca alcanzar ocho objetivos específicos a favor de la niñez en el año 2015 propósitos ubicados dentro de lo que se ha denominado “Objetivos de Desarrollo del Milenio”⁵

En el ámbito americano, la protección de los derechos de los menores ha sido objeto de un completo análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias y en especial de la Opinión Consultiva No. OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 196 (derechos del niño) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

En respuesta a la consulta formulada por la Comisión, la Corte emitió su opinión en los términos que a continuación se transcriben:

“

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.
2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.
4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.
6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación

de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.

10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a

quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.”

Siendo éstos algunos de los parámetros internacionales que fijan las conductas que deben adoptar los estados frente a la niñez, corresponde al Estado colombiano atenderlas llevando a cabo actividades en procura del bienestar de este grupo de personas y dando cumplimiento estricto a los compromisos internacionales a los que se ha obligado.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

7. Caso concreto

De un lado, la señora XX, interpuso acción de tutela a favor de sus nietos YY, ZZ, NN y WW, y en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por considerar que en el procedimiento de declaratoria de abandono existió violación al debido proceso y además, porque no considera que los menores se encuentren abandonados.

De otro lado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar manifiesta que dentro del proceso de declaratoria de abandono no se ha vulnerado el debido proceso porque el procedimiento en esa institución no comenzó con una declaración anónima sino con el informe de la Policía de Menores que entregó a los niños a la Institución.

En cuanto a la situación de abandono, el ICBF manifiesta que la prueba de la preclusión de la

investigación por abuso sexual por parte del señor SS se aportó de manera extemporánea y que, por lo tanto, el conocimiento de un eventual abuso sexual fue un criterio para declarar la situación de abandono.

Finalmente, respecto de los dictámenes que dieron origen a la historia socio familiar de los menores se manifestó que todos los recursos interpuestos por la señora XX fueron solucionados sin que la decisión le fuera favorable.

Sobre la base de esta argumentación, procede la Sala a dar solución al problema jurídico propuesto de la siguiente manera.

En primer lugar, se examinará la procedencia de la acción de tutela en el presente caso; en segundo lugar, aplicarán los criterios para la determinación del carácter prevalente del derecho de los menores al caso concreto y, en tercer lugar, se examinará el procedimiento llevado a cabo por el ICBF, para determinar si existió vulneración al debido proceso y, finalmente, se sacarán las conclusiones.

7.1 Procedencia de la acción de la acción de tutela en el presente caso.

La acción de tutela se encuentra instituida como mecanismo subsidiario para evitar un perjuicio irremediable de conformidad con el artículo 86 de la Constitución.

En el presente caso, la accionante acude al mecanismo de la acción de tutela con el fin de solicitar la devolución de sus nietos que se encontraban bajo medida de protección del ICBF por considerar que existió una violación al debido proceso y, adicionalmente, porque la

declaratoria de abandono no atiende a la verdadera situación de los menores.

Teniendo en cuenta que el presente caso involucra a cuatro menores y que la atención de sus derechos se debe hacer de manera expedita, la acción de tutela se convierte en el mecanismo más idóneo para su protección.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Aunque por la vía contenciosa sean controvertibles los actos administrativos de declaratoria de abandono proferidos por el ICBF, como consecuencia del procedimiento que esta institución adelantó, ese mecanismo no resulta suficientemente expedito en el presente caso.

Resulta procedente la acción de tutela pues se trata de la protección de los derechos de los menores. Sin embargo, tal como se entrará a analizar, es necesario encuadrar su protección dentro del marco jurisprudencial, tal y como se indicó en el numeral 4 del Capítulo II de la parte considerativa de esta providencia.

7.2 Aplicación de los criterios para determinar la prevalencia de los derechos de los menores

Tal y como se examinó en el numeral 4 Capítulo II de esta parte considerativa, con el fin de determinar la prevalencia de los derechos de los menores se debe hacer un análisis con fundamento en algunos criterios que la jurisprudencia ha fijado.

(I) Criterios jurídicos relevantes

En este punto hay que partir de la base de los mandatos tanto internacionales como nacionales de protección al menor. Tal y como se enunció en el numeral 5 del Capítulo II de la parte considerativa, tanto el artículo 44 de la Constitución Nacional como las normas internacionales a las que se ha obligado Colombia y el desarrollo legislativo de los derechos de los menores, condensado principalmente en el Código del Menor, obligan a la Familia, la Sociedad y el Estado a dar una especial protección a los menores.

En el Título Segundo, capítulos I, II y III del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) se condensan las normas que determinan los procedimientos y las medidas a adoptar por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los defensores de Familia y las demás autoridades encargadas de la protección de los menores, tal como se examinó en el numeral 6 de las Consideraciones de la Corte.

El artículo 42 de la Constitución desarrollado por la Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 575 de 2000 “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar” debe ser atendido.

Estos criterios jurídicos se tendrán en cuenta en el numeral 7.3 para determinar si existió violación de alguno de ellos en el caso concreto.

En el caso en estudio se examinará si existió vulneración de las reglas enunciadas y para ello es necesario hacer un análisis de la situación concreta de los menores objetos de análisis tal como se verá a continuación.

(II) Una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean a los menores

involucrados

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Con el fin de determinar cuáles son las circunstancias fácticas de los menores involucrados en la presente acción, se analizarán los siguientes parámetros:

a. La garantía del desarrollo integral de los menores.

Con fundamento en la pruebas que obran en el expediente se puede determinar que los menores no tienen garantía de desarrollo integral en el seno de su familia biológica por las siguientes razones:

- En el domicilio de los menores habitan diez (10) personas a saber: La abuela XX, los tíos de los menores MM y TT y los menores KK, RR, YY, ZZ, NN, WW y UU, sin contar al compañero de la abuela SS.
- Los menores viven en situación de hacinamiento tal y como se desprende del informe de la visita social llevado a cabo por el ICBF el 4 de abril de 2006.
- Existe un sentido de autoridad difuso, puesto que los menores deben atender las órdenes impartidas por su abuela, el compañero de la abuela y sus tíos.
- Las condiciones de higiene del lugar donde habitan los menores no son las mejores, no hay manejo adecuado de las basuras y hay malos olores de conformidad con los que observó la trabajadora social del ICBF.
- Existe una atención mediática de las necesidades de los menores, puesto que dependen exclusivamente de los ingresos de sus tíos.
- Los tíos de los menores aportan para el hogar mas que todo por darle gusto a la mamá

(abuela de los menores) pero no existe un compromiso con los menores mismos de sacarlos adelante.

- Si la abuela llegare a fallecer no hay garantía de que los menores puedan seguir siendo cuidados por sus tíos.
- UU, prima de los menores, es analfabeta.
- Los menores llevan a cabo labores que no corresponden a niños de su edad, como por ejemplo cocinar.
- Los menores salen a la calle sin el cuidado de los mayores y corren peligro.
- La eventual falta de la abuela no aseguraría que los tíos se responsabilizaran de los menores.

b. La preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor.

De conformidad con los dictámenes técnicos que obran en el expediente se puede deducir que las condiciones en que viven los menores no les permite tener un ejercicio pleno de sus derechos fundamentales por las siguientes razones.

* La abuela de los menores confiesa corregir a los niños mediante el maltrato físico pues esto le parece una situación normal, utilizando para ello, fuetes, ortiga, chancas, además de un vocabulario soez y peyorativo para referirse a sus nietos.

* El padre de los menores NN y WW tiene problemas de adicción a sustancias psicoactivas y decidió que no se hace responsable de los menores.

* La menor UU, de 15 años de edad y prima de los menores objeto de la presenta acción, es

analfabeta y no tiene una expectativa clara de progreso en el seno de la familia de la abuela (es de aclarar que esta menor no fue objeto de medida de protección por parte del ICBF y nunca se tuvo en cuenta para declarar la situación de abandono).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

* A los menores se les asignan tareas propias de los adultos.

* Aunque en la investigación penal por abuso sexual la Fiscalía precluyó la investigación en contra del señor SS, compañero de la señora XX, las menores hicieron narraciones sobre la conducta de este señor, ante los profesionales del ICBF, que no son propias de un niño que viva en un ambiente familiar normal, y que demuestran que su integridad física puede llegar a estar en peligro.

* Respecto a la salud de los menores, el círculo familiar cuenta con el SISBEN aunque según valoración nutricional que se le hizo a los menores (folio 77 del cuaderno principal) los menores WW, NN e ZZ, cuentan con carné de EPS de Salud OO nivel 1.

* Aunque por el momento los menores cuentan con una familia compuesta por sus tíos y su abuela, este vínculo, de conformidad con lo que obra en el acervo probatorio, no es lo suficientemente fuerte puesto que los tíos de los menores los mantienen con el fin de dar gusto a su madre (abuela de los menores).

* Respecto del cuidado y amor que los menores deben tener no se hace evidente en su núcleo familiar puesto que los tratan con palabras soeces. Igualmente, los malos tratos frente a los menores provienen de la abuela al proporcionar los castigos a sus nietos con chanclas, fuetes, ortiga, etc. Adicionalmente los menores salen a la calle sin la supervisión de los adultos.

* En cuanto a la educación de los menores, éstos asisten a la escuela aunque no en las mejores condiciones. Sin embargo, su prima UU no lo hace y se encuentra en situación de analfabetismo, negándosele de esta manera su derecho a la educación. Los demás menores aunque van a la escuela, no lo hacen en las mejores condiciones.

* El derecho a la recreación de los menores se desarrolla en el entorno con sus hermanos.

c. La protección de los menores frente a riesgos prohibidos por la Constitución.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades respecto de los riesgos que pueden amenazar o perturbar la integridad de los menores de edad. A esta categoría de riesgos se les ha denominado “riesgos prohibidos”⁷.

En este punto se debe examinar si los niños se encuentran frente a amenazas que trunquen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica y laboral y cualquier forma de irrespeto a la dignidad humana, conductas que se encuentran expresamente prohibidas por el Código del Menor. Igualmente, se debe examinar si los menores se encuentran en situaciones irregulares, previstas en el Código Penal.

En el Núcleo familiar, los profesionales del ICBF pudieron identificar que el tío de los menores presenta problemas de alcoholismo; igualmente, el señor SS (compañero de la abuela), tal y como lo dijeron los mismos menores, suele emborracharse los fines de semana.

Tal y como se enunció anteriormente, los menores también están expuestos a castigos que implican violencia física como reprenderlos con ramas de ortiga, chancas etc. Igualmente, se exponen a violencia moral y que se ve reflejada en las palabras soeces que utilizan frecuentemente.

La situación de hacinamiento que padecen los menores atenta contra su propia dignidad, pues las condiciones de higiene, limpieza y salubridad no son las mejores.

Las pruebas demuestran que los menores se encuentran expuestos a ciertos riesgos prohibidos.

a. El equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor

Los menores YY, ZZ, NN y WW, son huérfanos de madre.

Las menores YY e ZZ no fueron reconocidas por su padre.

NN y WW son hijos de VV quien al momento de la interposición de la acción de tutela acababa de salir de la cárcel. El padre de los menores no quiere hacerse responsable de los menores.

Una quinta menor que reside junto con los cuatro anteriores y es prima de ellos es huérfana de padre y madre porque sus padres fueron asesinados y durante mucho tiempo vivió con un tío paterno en LL.

En la actualidad los menores se encuentran bajo el cuidado de su abuela y dos tíos que velan por su manutención.

La abuela de los menores, de 68 años de edad, ha manifestado encontrarse cansada del

sostenimiento de lo menores y que lo único que solicita, para que se queden con el Bienestar Familiar, es que se le permitan visitas a los menores.

De conformidad con los análisis de los profesionales del ICBF, la manutención de los menores por parte de los tíos responde al querer de su mamá (abuela de los menores) sin que esto demuestre un interés en seguirlos manteniendo en caso de falta de la abuela.

De acuerdo con las anteriores conclusiones, extraídas de las pruebas que obran en el expediente, se puede deducir que el interés y las labores de los familiares biológicos, aunque garanticen un mínimo de subsistencia para los menores, son insuficientes para garantizar los derechos de éstos.

e. La necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes de los niños involucrados

Tal y como se hace ver en los distintos análisis efectuados por profesionales del ICBF, los menores, cuando estuvieron bajo la medida de protección del ICBF, tuvieron grandes avances en distintos campos como el nutricional y en la salud, mejorando las condiciones que viven en el hogar de su abuela.

Al contrario, de los dictámenes de trabajo social, efectuados con posterioridad al regreso de los menores a casa de su abuela se notó un retroceso en hábitos de higiene y alimentación, lo que implica que el trabajo que ya se había avanzado se ha perdido.

f. La necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por los menores respecto del

asunto a decidir.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Como se anunciaba anteriormente, la voluntad de algunos menores es la de volver con su abuela, sin embargo, esta opinión no es transparente porque incluso, tal y como se puede examinar en el folio 34 del cuaderno de esta Corte, la voluntad de los menores se ha manipulado para ocultar la presencia, en el medio familiar, del señor SS.

(iii) Criterios específicos con el fin de determinar el carácter prevalente de los derechos fundamentales de los menores cuando está de por medio la permanencia de éstos en el seno de una familia.

Junto al análisis de los requisitos anteriores, tal como se señaló en el numeral 4 del Capítulo II de la parte considerativa de esta providencia, existen ciertos criterios que deben ser objeto de análisis al momento de evaluar los derechos de los menores cuando se encuentre de por medio su permanencia en el seno familiar.

De este modo se entrarán a analizar los tres criterios enunciado:

a. La necesidad de preservar el derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella.

En este punto es necesario determinar, en primer lugar quiénes forman el círculo familiar de los cuatro menores.

Tal como se deduce de las pruebas obrantes en el expediente, el círculo familiar de los menores YY, ZZ, NN y WW, se encuentra conformado por:

- * La Abuela XX de 68 años de edad.
- * El señor SS, compañero de la Abuela.
- * La tía MM de 24 años de edad.
- * El tío TT de 36 años de edad.
- * La prima UU de 15 años de edad.
- * El primo KK de 3 meses de edad.

La situación de los menores en el seno familiar no es la mejor, de conformidad con lo que aparece en la pruebas del expediente. Aunque la abuela manifestó que quiere estar con ellos en muchas oportunidades y así lo pretende a través de la acción de tutela, su afecto no se demuestra porque, incluso, en las oportunidades que fue citada por el Bienestar familiar, no sabía el nombre de los menores.

Los tíos que son los que soportan la carga económica de un grupo familiar de 10 personas no se encuentran en todo el día en la casa y , por lo tanto, la carga del cuidado de todos los menores recae en la abuela y en el compañero de la abuela. Esta situación debe ser analizada con cuidado, sobre todo teniendo en cuenta la avanzada edad de la abuela y el control que ella pueda tener de un grupo tan numeroso de niños.

El Juez de tutela de Segunda Instancia determinó que los menores debían volver a casa de su abuela porque se vulneró el debido proceso en la actuación administrativa del ICBF. Sin

embargo, con posterioridad a esa orden judicial el ICBF ha llevado a cabo entrevistas con la familia de los menores en las que se demuestra que las condiciones en el seno familiar de los menores no son buenas y que, incluso, los avances logrados cuando estaban a cargo del Bienestar Familiar se perdieron (pruebas anexas en el cuaderno de esta Corte).

b) La traslación del ámbito de protección del derecho a la familia del menor hacia su familia de crianza.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Sin embargo, al momento de ser reintegrados por orden del juez de segunda instancia dentro del trámite de tutela se detectó un retroceso en los avances.

c) La necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención estatal en las relaciones familiares de crianza del menor.

Es evidente que los menores son vulnerables a múltiples situaciones que pueden afectar su bienestar y su normal desarrollo, por consiguiente, el ICBF, como órgano estatal competente para conocer de este tipo de situaciones, actuó sobre la base del acervo probatorio que se recaudó y adoptó las medidas legales más benéficas en su criterio.

Después de haber hecho la aplicación de los criterios para determinar la prevalencia de los derechos de los menores se puede concluir lo siguiente:

- * Que de conformidad con las condiciones actuales de vida de los menores, no existe una garantía de desarrollo integral de éstos pues sus circunstancias de hacinamiento, descuido, mala higiene y deficiente desarrollo integral vulneran sus derechos.
- * No existen condiciones en el domicilio actual de los menores, que les permitan desarrollarse de manera integral.
- * Se hace indispensable la protección de los menores frente a riesgos prohibidos como el alcoholismo y el maltrato físico y moral que atentan contra su dignidad.
- * No existe un equilibrio entre los derechos de los parientes biológicos y los de los menores porque: en primer lugar, no existe presencia de sus padres, en segundo lugar, sus tíos no manifiestan la intención de quedarse y proteger a los menores en caso de ausencia de la abuela y, finalmente, la abuela, como directa responsable de los menores, tiene una edad avanzada que le impide cuidar de ellos de la forma debida.
- * La situación de los menores en el domicilio actual, no resulta más favorable para sus intereses puesto que de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, mientras los menores estuvieron a cargo del ICBF, su calidad de vida aumentó y se lograron avances notorios en materia de nutrición y demás aspectos fundamentales para el desarrollo integral de los menores.

7.3 Análisis del procedimiento llevado a cabo por el ICBF.

De conformidad con lo que expone la actora en sus pretensiones, en el proceso de declaratoria de abandono que llevó a cabo el ICBF y que concluyó con las expedición de la Resolución 054 del 12 de julio de 2005, existió vulneración del debido proceso.

Para la actora, no se tuvo en cuenta la prueba de preclusión de la investigación a favor de SS (compañero de la actora) por el presunto delito de abuso sexual. Según la accionante, esta

prueba se desconoció al momento de declarar la situación de abandono y simplemente se tomo la decisión d declararlos abandonados teniendo como prueba la presunta culpabilidad del señor SS.

Igualmente, se alega por parte de la actora que la actuación que dio inicio a la declaratoria de abandono es una actuación irregular, porque la policía, por una simple denuncia de un vecino, entró a sacar a los menores de su domicilio y ponerlos a disposición del ICBF.

a) Con el fin de determinar si existió la vulneración anotada, se examinará el acto que declaró el abandono de los menores así:

* La Resolución 054 del 12 de julio de 2005 dice que en el Centro Zonal se abrió historia socio familiar el 30 de marzo de 2005 a solicitud de un informe de Policía de Menores del 28 de marzo de 2005, según el cual los menores YY, ZZ, NN y WW “son maltratados físicamente por los abuelos quienes además según informaciones de los vecinos se embriagan con frecuencia”. Por esta razón se solicitó protección para los niños.

* Con fundamento en el informe, por auto del 28 de marzo de 2005 se decretó la apertura de la investigación y el ICBF ordenó la práctica de pruebas y diligencias pertinentes para determinar si existían situaciones de abandono o de peligro y en virtud de los anterior, proceder a tomar las medidas del caso.

* Con fundamento en el artículo 57 del Código del Menor se ordenó la colocación familiar de los niños en un hogar sustituto de la ciudad de EE.

* Los días 3 de marzo de 2005 y 4 de abril de 2005 se notificó de la apertura de la investigación a las abuelas de los menores y con posterioridad se hicieron las indagaciones acerca de familiares que se encontraran en condiciones de ejercer la custodia de los menores.

* Se hicieron los análisis con trabajadoras sociales, psicólogos, sexólogos y se decidió interponer una denuncia por la posible comisión de actos sexuales con las dos niñas menores por parte del compañero de su abuela.

* Se detectó que el padre de los dos menores varones fue condenado por el delito de hurto calificado y éste hecho fue certificado por el juzgado penal de conocimiento.

* Respecto de la madre de todos los menores se probó su fallecimiento el 7 de octubre de 2003.

* Posteriormente, se citó a las personas que estuviesen llamadas a ejercer la custodia de los menores y se publicó su fotografía en el programa niños buscan su hogar en la televisión nacional.

* De conformidad con el artículo 31 del Código del Menor los menores se encuentran en situación de abandono puesto que existe falta absoluta de la madre de los menores y sus familiares han incumplido sus obligaciones porque no han ejercido el rol que les corresponde.

* Adicionalmente, se concluyó que los menores tienen una baja auto estima, son irritables,

tienen enuresis nocturna, además de la existencia de otros factores de riesgo como la violencia intrafamiliar, maltrato físico e ingesta de licor por las personas encargadas de su cuidado.

* Teniendo en cuenta las razones anteriores y habiendo adelantado el procedimiento enunciado, la Defensora del Centro Zonal EE Dos, decidió declarar la situación de abandono de los menores mediante la Resolución 054 de julio de 2005.

* Sobre la Resolución antes anotada se interpusieron los recursos de reposición y apelación que fueron decididos en el sentido de confirmar la misma decisión.

b) Con el fin de determinar si el procedimiento llevado a cabo por el ICBF al momento de declarar el abandono de los menores cumplió con los requisitos establecidos en las normas del Código del Menor se examinarán las normas pertinentes de ese compendio normativo y se compararán con el procedimiento llevado a cabo.

* Tal y como se anunció en el numeral 6 del Capítulo II de la parte considerativa de esta providencia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el organismo competente para llevar a cabo las declaratorias de abandono de los menores de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

* Posteriormente, de conformidad con el artículo 37 del Código del Menor, el defensor de familia debe abrir la investigación a través de auto en donde podrá decretar pruebas y

adoptar medidas provisionales, además de denunciar los posibles delitos que se hayan podido cometer en contra de los menores.

En el caso concreto, el defensor de familia del Centro Zonal 2 de EE abrió la investigación y decretó las pruebas que consideró pertinentes para esclarecer el caso. El Defensor parte de la base de un informe de la Policía de Menores, del 28 de marzo de 2005, en donde se deja a disposición del ICBF a los menores ZZ, NN y WW.

* Posteriormente, tal y como lo enuncia el artículo 38 del Código de Menor, oirá el concepto de profesionales del ICBF con el fin de tener certeza sobre la situación de los menores y así determinar cuál es la medida más aconsejable para su protección.

Dentro de las pruebas que aparecen en el expediente, constan conceptos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses efectuados por el médico legal sexológico a YY e ZZ (folios 62 y 63 del cuaderno principal), de igual manera aparecen unos informes psicosociales hechos a YY y a ZZ (folios 65-69 del cuaderno principal). De otro lado, aparece la valoración nutricional de tres de los menores (folio 77 del expediente) entre otras pruebas que incluyen entrevistas familiares y visitas domiciliarias.

Estos conceptos sirvieron de base para declarar la situación de abandono de los menores tal y como se refleja en la Resolución 054 del 12 de julio de 2005.

* Una vez se haya determinado la medida mas favorable, el acto que la contiene debe ser notificado a los responsables del menor de conformidad con el artículo 39 del Código del Menor.

En los folios 124 y 125 del expediente aparecen pruebas de las citaciones para la notificación personal, a la que acudieron personalmente las abuelas de los menores (folios 126 y 127 del cuaderno principal).

Sobre la Resolución que declaró el abandono se interpusieron los recursos pertinentes (artículo 51 y 52 del Código del Menor) pero finalmente fue confirmada por la Resolución No. 2221 del 16 de noviembre de 2005 emitida por la Directora Regional del ICBF FF.

* Si después del procedimiento anterior el defensor determina que el menor corre peligro, podrá decretar el allanamiento del lugar donde se encuentre el menor previa expedición de auto que así lo determine. Para esta diligencia podrá pedir el apoyo de la fuerza pública así lo dispone el artículo 43 del C.M.

Esta Sala de revisión encuentra dos momentos en los cuales la policía intervino en el domicilio de la señora XX.

Un primer momento, el 28 de marzo de 2005, en el que motivados por la denuncia⁸ de una vecina de los niños, la patrulla de policía de menores de turno, sin orden del defensor de familia⁹, irrumpe en el domicilio de la señora XX y traslada a los menores para ponerlos a disposición del Bienestar Familiar. Si bien la Sala observa que esta actuación pudo haber violado el debido proceso por no haber atendido a los parámetros constitucionales¹⁰ y legales¹¹, en el caso hay tensión entre el debido proceso y el derecho de los niños a obtener protección eficaz de sus derechos. Por consiguiente, esta Sala, al realizar la ponderación entre ambos derechos, estima que en el caso concreto prevalece la protección urgente y necesaria de los derechos de los niños a su integridad y la protección del interés superior de éstos¹².

Un segundo momento, sucedió cuando los menores YY, ZZ, NN y WW evadieron el Hogar sustituto de la señora AA el 15 de julio de 2005. En esta ocasión se presumió que los menores se fueron ayudados por sus familiares y se solicita a la policía que se busque en la casa de la abuela materna. Esta actuación aparece justificada porque el defensor de familia, como responsable de la situación de los menores en ese momento, decidió poner en aviso a la policía con el fin de reintegrar a los niños al cuidado del ICBF y continuar con la medida de protección decretada.

Una vez examinado el procedimiento que concluyó con la expedición Resolución 054 del 12 de julio de 2005 y la decisión de los recursos que contra ella se interpusieron se puede concluir que:

- * La defensora de familia hizo un análisis profundo del caso, recaudando las pruebas necesarias para tener una idea clara de la situación de los menores (el análisis del recaudo probatorio se hizo de manera completa en el numeral anterior y da cuenta de esto) .
- * No se hace evidente una vía de hecho en la actuación del defensor de familia puesto que al momento de expedir el acto administrativo sustenta su actuar en las pruebas practicadas.
- * El argumento de un posible abuso sexual por parte del compañero de la abuela de los menores, se enuncia dentro la parte considerativa de la Resolución pero no es el argumento fundamental para determinar que se debe declarar la situación de abandono de éstos.
- * Si bien es cierto que la actuación administrativa se inició con la apertura de la historia socio-familiar, con fundamento en la denuncia de un vecino de la señora XX y la entrega de los menores por parte de la policía, sin que se haya hecho presente el defensor de familia en la diligencia, esto no invalida el procedimiento llevado a cabo por el defensor de familia puesto que se trataba de una medida cautelar en beneficio de los menores para defender sus derechos y protegerlos ante una situación de peligro inminente.
- * La situación de los menores se enmarca, adicionalmente, dentro de los presupuestos de la Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 575 de 2000 que previene la violencia intrafamiliar,

pues se trata de una situación en la que un grupo de menores es víctima de daño físico y moral que fueron objeto de una medida de protección, tal y como lo dispone el artículo 4 de la Ley 294.

* El procedimiento llevado a cabo por el ICBF cumple con los parámetros normativos y jurisprudenciales internacionales de protección al menor que se enunciaron en el numeral 5 de la parte resolutive de esta providencia, porque: (i) se adoptaron las medidas necesarias para que los menores se desarrollaran en condiciones dignas; (ii) se adoptaron las medidas positivas para asegurar su protección contra malos tratos en su núcleo familiar; (iii) se adelantó un procedimiento de declaratoria de abandono que cumple con los procedimientos administrativos y respetó el debido proceso.

7.4 Conclusiones

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Valoradas la pruebas que obran en este proceso a la luz de la sana crítica, se deducen las conclusiones siguientes:

1. No resulta procedente la protección del derecho al debido proceso pretendida por la actora. Sin embargo, la Sala encuentra, con fundamento en el material probatorio que existe vulneración de los derechos fundamentales de sus nietos y, por tanto, los protegerá.
2. En cuanto a la vulneración al debido proceso en las actuaciones llevadas a cabo por el ICBF dentro del proceso de declaratoria de abandono, existió una irregularidad en la actuación de la policía. Sin embargo, no es causa de nulidad la actuación procedimental en la medida que era necesario proteger a los menores en forma urgente. En efecto, el interés superior de los menores hacía necesaria la protección de sus derechos en forma inmediata. Además, el peligro que se venía sobre la integridad física y moral de éstos hacía indispensable una actuación sin dilaciones.
3. Las condiciones actuales de vida de los menores atentan contra sus derechos a la

integridad física, a la salud, a la alimentación equilibrada , la educación, la cultura y la recreación.

4. El desarrollo integral de los menores en el hogar de su abuela se ve truncado, pues no existe un verdadero compromiso por parte de sus familiares para garantizarles protección en el futuro.

5. Existen situaciones de maltrato infantil que hacen evidente una condición de peligro que justifican la declaratoria de abandono.

6. Además de la situación de los menores objeto de esta acción de tutela, se encuentra la de la menor UU de 15 años que requiere un seguimiento y un tratamiento especial, situación que deberá ser estudiada por el ICBF para que tome las medidas que considere pertinentes.

De conformidad con las anteriores conclusiones, esta Sala no tutelaré el derecho al debido proceso de la señora XX y, atendiendo lo establecido en el artículo 7 del Decreto 306 de 1992, ordenaré dejar sin efecto la providencia del DD de EE y las medidas tomadas en cumplimiento de ésta. Adicionalmente, se ordenará el reintegro de los menores al ICBF teniendo en cuenta que éstos se encuentran expuestos a riesgos prohibidos que los colocan en una situación latente de peligro físico y moral.

El interés superior de los menores exige su adecuada protección y conforme al análisis probatorio realizado en este proceso se debe revocar la decisión de segunda instancia por no ajustarse a derecho y, en consecuencia se deberá negar la acción de tutela instaurada por las señora XX.

En consecuencia con lo anterior, la orden dada por el ad quem en el sentido de reintegrar a los menores al hogar de donde fueron extraídos quedará sin efecto y, por lo tanto, se ordenará que los menores queden a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar

Familiar. Igualmente, las actuaciones administrativas llevadas a cabo dentro del proceso de declaratoria de abandono de los menores YY, ZZ, NN y WW que concluyó con la Resolución 054 del 12 de julio de 2005 gozan de plena validez.

Finalmente, con el fin de atender al mandato del artículo 44 de la Constitución, esta Sala ordenará que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar inicie las actuaciones que sean pertinentes con el fin de garantizar los derechos de la menor UU de 15 años, quien habita en el mismo hogar de la señora XX.

III. DECISION

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

R E S U E L V E

Primero.- Por las razones anotadas en esta providencia, REVOCAR el fallo del 23 de febrero de 2006 proferido por el DD de EE (FF) y, en consecuencia, NEGAR la tutela al debido proceso de la señora XX.

Segundo.- En cumplimiento del artículo 7 del Decreto 306 1992, queda en firme el acto de declaratoria de abandono de los menores YY, ZZ, NN y WW que concluyó con la Resolución

054 del 12 de julio de 2005. En consecuencia, ORDENAR a la señora XX que en el término de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, restituya a los menores enunciados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Tercero.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que adelante las actuaciones que considere pertinentes con el fin de que se protejan los derechos de la menor UU que habita en el hogar de la señora XX.

Cuarto.- Por Secretaria General, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La anterior posición fue reafirmada con posterioridad en la Sentencia: T-409/98 M.P. José Gregorio Hernández Galindo,

2 Al respecto se puede examinar la Sentencia T-087 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

3 Estos requisitos se expusieron en la Sentencia T-495 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil

4 Al respecto se pueden consultar la Sentencias T-497 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Los objetivos de desarrollo del Milenio propuestos por todas las naciones del mundo y todas las instituciones de desarrollo más importantes a nivel mundial para el año 2015 son: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2. Lograr la enseñanza primaria universal; 3.

Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; 4. Reducir la mortalidad infantil; 5. Mejorar la salud materna; 6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y 8. Fomentar la sostenibilidad para el desarrollo. Véase <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>

6 El artículo 19 de la Convención Americana de derechos Humanos dispone: “ Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

7 Así por ejemplo, en la Sentencia T-292 de 2004 se expuso: “En cumplimiento de los mandatos constitucionales e internacionales citados anteriormente, es imperativo resguardar a los menores de edad de todo tipo de riesgos prohibidos que puedan amenazar o perturbar su integridad y su proceso de desarrollo armónico. Dentro de la categoría “riesgos prohibidos” se encuentran varios tipos de situaciones que deben ser evitadas o suprimidas a toda costa para proteger a los niños involucrados, tanto por parte de las autoridades competentes como por la familia y la sociedad. Algunos de estos riesgos prohibidos fueron expresamente previstos por el Constituyente, tales como (i) la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12), (ii) los abusos y maltratos (C.P., art. 13), (iii) la esclavitud, la servidumbre y la trata (C.P., art. 17), (iv) ser molestados en su persona o su familia (C.P., art. 28), (v) cualquier forma de violencia intrafamiliar (C.P., art. 42), (vi) toda forma de abandono (C.P., art. 44), (vii) todo tipo de violencia física o moral (C.P., art. 44), (viii) el secuestro en todas sus modalidades (C.P., art. 44), (ix) cualquier forma de venta (C.P., art. 44), (x) todo tipo de abuso sexual (C.P., art. 44), (xi) cualquier forma de explotación laboral (C.P., art. 44), (xii) toda explotación económica (C.P., art. 44) y (xiii) cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44). El artículo 8 del Código del Menor recoge algunos de estos mandatos protectivos, al disponer que los niños tienen derecho a ser protegidos de “toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación”. Igualmente, al consagrar en su artículo 30 un catálogo de situaciones irregulares en las que pueden verse envueltos menores de edad, el Código del Menor proporciona una indicación adicional de ciertos riesgos graves que deben ser prevenidos y remediados en todo caso, a saber: (xiv) el abandono o el peligro, (xv) la carencia de la atención suficiente para satisfacer sus necesidades básicas, (xvi) la amenaza de su patrimonio por quienes lo administran, (xvii) la participación del menor en una infracción penal, (xviii) la carencia de representante legal, (xix) la existencia de deficiencias físicas, sensoriales o mentales, (xx) la adicción a sustancias

que produzcan dependencia o la exposición a caer en la drogadicción, (xxi) el trabajo en condiciones no autorizadas por la ley, o (xxii) en general, toda “situación especial que atente contra sus derechos o su integridad”. Ahora bien, según ha expresado la jurisprudencia de esta Corte⁷, ninguna de las enunciaciones citadas agota el catálogo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular; éstas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre con el objetivo de preservar la integridad y el desarrollo armónico de los niños implicados frente a los riesgos o amenazas específicos que se pueden cernir sobre ellos.

8 La Corte Constitucional, al estudiar la legitimación de las personas para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos del Código del Menor determinó que: “Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores. La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans. Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia”. Sentencia C-041 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

9 La Corte Constitucional al estudiar una demanda contra algunos artículos del Código del Menor estudió el concepto de inviolabilidad del domicilio y expuso que: “El derecho a la inviolabilidad del domicilio no puede oponerse al derecho del menor de tener un domicilio seguro. Es evidente que el domicilio tiene un valor instrumental respecto de bienes merecedores de tutela constitucional como lo son la intimidad y la autonomía personal. Dentro de ese espacio aislado de las intervenciones de terceros, se desenvuelve igualmente la existencia de los menores y allí han de encontrar abrigo y protección. Si el aislamiento, faceta constitutiva del domicilio, por la acción o la omisión de quienes deberían cuidar del menor, o por cualquier otra causa, se erige en factor negativo para éste toda vez que gracias

a él no puede ser liberado de un peligro que se cierne sobre su vida e integridad física, el instrumento de protección se convierte en medio ominoso de aniquilamiento y deja, por lo tanto, de servir a su fin”. Sentencia C-041 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

10 El artículo 28 de la Constitución Política en cuanto a la inviolabilidad del domicilio establece lo siguiente: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley...”.

11 El respectivo examen del Título Segundo, capítulos I, II y III del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989).

12 En cuanto a la prevalencia de los derechos del niño, la Sentencia C-041 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) expuso que: “Desde la perspectiva de los convenios internacionales suscritos por Colombia, la medida de protección inmediata plasmada en las normas acusadas, tiene pleno asidero como mecanismo preventivo y eficaz a través del cual se busca garantizar la vida y la integridad física de los menores, derechos éstos reconocidos en todos los instrumentos internacionales y cuya efectividad compromete la responsabilidad internacional del país. “El interés superior del niño”, unido al principio de “protección especial”, sirven de marco de referencia para estimar si en eventos de urgente necesidad consideraciones puramente organizativas del estado aparato – mandamiento judicial o auto administrativo de allanamiento – pueden prevalecer sobre el derecho intrínseco a la vida del menor y a su integridad personal. Desde esta óptica, puede afirmarse sin hesitación, la respuesta estatal acertada será aquella que, atendidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar del caso concreto pueda, con mayor eficacia y prontitud, poner a salvo la vida del menor y su incolumidad física: vale decir, la actuación pública, administrativa o judicial, que sea más congruente con el interés superior del niño, aquí representado por su vida y su integridad física”. Al respecto se pueden consultar, entre otras, la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 3,9,12,16 y 20, como una de las normas internacionales que consagran la protección enunciada.