

Sentencia T-557/11

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Desarrollo del principio del interés superior del menor

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido unos criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior del menor en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas. El principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia.

PROCESO DE CUSTODIA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO-Finalidad

En concordancia con la finalidad del artículo 44 constitucional, así como con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece a favor de los niños el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. Señala así, que los menores tienen derecho a crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ésta. No obstante, admite una excepción a dicha regla, al establecer que un niño podrá ser separado de su familia cuando la misma no garantice las condiciones para la realización y el goce efectivo de sus derechos, sin que la condición económica pueda dar lugar a la separación.

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Prevé reglas y etapas del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños

El Código de la Infancia y la Adolescencia regula expresamente los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños, radicándolos en cabeza de los defensores de familia y comisarios de familia (art. 96) del lugar donde se encuentre el menor.

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL MENOR-Reglas y procedimientos/INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Criterios de razonabilidad y ponderación en medidas de protección de los derechos del menor

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-Trámite y reglas

especiales para la protección de los derechos del menor/PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-Medida provisional de urgencia o decisión adoptada debe ser notificada a los representantes legales del menor o quienes estuvieren a su cargo

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA EN PROCESO DE CUSTODIA-Orden al ICBF de trasladar a los menores al hogar del padre, quien tenía la custodia de los hijos

Referencia: expediente T-2983421

Acción de tutela instaurada por Pedro contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal N° 4 de Ocaña (Norte de Santander).

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil once (2011)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en única instancia, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña el primero (1°) de febrero de 2011, dentro de la acción de tutela promovida por Pedro contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal N° 4 de Ocaña (Norte de Santander).

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto de diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011), proferido por la Sala de Selección Número Tres.

La Corporación ha adoptado como medida de protección de la intimidad de los menores involucrados en este proceso, suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, sus nombres y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. Debido a que son varias las personas a quienes se les debe suprimir el nombre y a la extensión de la sentencia, la Sala de Revisión ha preferido reemplazar los nombres reales de los menores y sus familiares por nombres ficticios en lugar de cambiarlos por letras, como acostumbra a hacer la jurisprudencia constitucional en estos casos.¹ Cuando se trate de un nombre ficticio, éste se escribirá en cursiva y no se usarán apellidos.

I. ANTECEDENTES

Pedro interpuso acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la unidad familiar, así como el derecho de sus hijos menores de edad, Ana y Juan, a una protección especial, los cuales considera vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal N° 4 de Ocaña (en

adelante ICBF), al haber otorgado la custodia provisional de sus hijos a Ruth, abuela materna de los menores, cuya titularidad radicaba en él, por orden judicial, y sin haberle notificado del inicio del procedimiento administrativo, ni de la decisión en él adoptada.

1. Hechos

1.1. Pedro convivió con María durante ocho años, y en el seno de dicha unión permanente fueron procreados los menores Ana² y Juan³, de 9 y 11 años de edad, respectivamente.

1.2. Los compañeros permanentes decidieron separarse y en el año 2007 María se radicó en la ciudad de Ocaña (Norte de Santander), junto con sus dos hijos menores.

1.3. El actor afirma que el actual compañero permanente de la madre de sus hijos, “tenía actitudes sexuales abusivas con la niña y en presencia de los dos niños la pareja realizaba actos sexuales”⁴, poniendo en peligro su integridad psicológica.

1.4. En virtud de tal situación, el peticionario inició el proceso de custodia y cuidado personal de sus hijos. El conocimiento de la demanda correspondió al Juez Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña, el cual, mediante sentencia de 14 de septiembre de 2009,⁵ decidió otorgarle la custodia y cuidado personal de los dos niños, con fundamento en el dictamen psicológico de 6 de mayo de 2009, en el que quedó registrada la descripción efectuada por la niña Ana, de la conducta del padrastro y para no separar a los dos hermanos. Como consecuencia de la decisión judicial, fueron trasladados a la ciudad de Bogotá, donde residían con su padre.⁶

1.5. Pedro señala que en el mes de noviembre de 2010, al momento de terminación del año lectivo de sus hijos, en conversación sostenida con la madre de los menores, esta última le solicitó que los dejara pasar las vacaciones con ella en la ciudad de Ocaña, con el compromiso de regresarlos a Bogotá antes del 31 de diciembre siguiente. El accionante accedió a la petición y autorizó a los niños Ana y Juan a que viajaran a Ocaña a reunirse con su madre durante el período de vacaciones, siempre y cuando se quedaran en el domicilio de la abuela materna, no en el de la madre de los niños, para evitar su cercanía con el compañero permanente de esta última.

1.6. El actor sostiene que la madre de los niños incumplió el compromiso al que habían llegado, por cuanto no regresó a los menores a la ciudad de Bogotá en la fecha acordada, esto es, antes del 31 de diciembre de 2010. María adujo para ello que en el mes de enero se radicaría de nuevo en la capital del país, y que viajaría con los niños en ese momento.

1.7. Agrega que el 31 de diciembre de 2010, la madre de los niños, en compañía de Ruth, abuela materna de estos, acudió al ICBF, con el fin de solicitar su custodia y cuidado personal. El mismo día, afirma el accionante, la entidad accionada adoptó la decisión de otorgar su custodia provisional a la abuela de los niños, sin haberle notificado de las actuaciones adelantadas.

1.8. Asegura el tutelante que viajó a la ciudad de Ocaña el 3 de enero de 2011 a recoger a sus hijos, en vista de que María no se los llevaba de nuevo a Bogotá. Indica que al llegar al domicilio de Ruth, abuela materna de los menores, descubrió que los niños no permanecían allí y que se habían quedado en el lugar de residencia de la madre y su compañero permanente, en desconocimiento de lo acordado verbalmente por los dos. Adicional a lo anterior, sostiene que al llegar el Policía de Infancia y Adolescencia, la señora Ruth exhibió la resolución del ICBF por la cual le fue otorgada a ella la custodia provisional de los menores.

1.9. Pedro afirma que desde el momento en que le fue otorgada la custodia de sus hijos, la madre no ha cumplido con el pago de la cuota alimentaria fijada por el juez, bajo el argumento de que se encuentra desempleada.⁷

1.10. Para finalizar, mantiene que los niños se encontraban en excelentes condiciones mientras vivieron con él en la ciudad de Bogotá, tal como da cuenta la historia socio familiar que obra en el Centro Zonal de Ciudad Bolívar del ICBF⁸. Además, considera que la interrupción en su proceso educativo es altamente perjudicial para ellos, pues los niños tenían un desempeño académico inmejorable en el colegio en que estudiaban en Bogotá,⁹ y que el exitoso proceso escolar se verá truncado a causa de la arbitraria decisión del ICBF Centro Zonal N° 4 de Ocaña de darle la custodia provisional de los menores a la abuela materna.

1.11. Por todo lo anterior, solicita la revocatoria del acto administrativo expedido por el ICBF de Ocaña, y que la custodia y cuidado de sus hijos menores sea restablecida en su favor, de conformidad con la decisión judicial proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de esa misma ciudad.

2. Respuesta de la entidad accionada

2.1. El Defensor de Familia del ICBF Centro Zonal Ocaña, no se pronunció sobre la acción de tutela. Dio respuesta adjuntando copia de la Resolución N° 008 del 31 de diciembre de 2010, por la cual se otorgó de manera provisional la custodia de los niños Ana y Juan a la abuela materna, señora Ruth,¹⁰ así como del informe psicológico sobre los menores.

2.2. La Resolución se fundamenta en el informe psicológico que expresa que al momento en que agentes de la Policía de Infancia y Adolescencia se presentaron en casa de la madre de los menores solicitando que fueran enviados de manera inmediata a la ciudad de Bogotá con su padre, por petición de este último, los niños entraron en pánico y manifestaron su deseo de permanecer junto a su progenitora y a su familia materna.¹¹

3. Sentencia de instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña, por sentencia del 1 de febrero de dos mil once (2011), negó el amparo solicitado por Pedro.

Como fundamento de su decisión, el juez consideró que la actuación surtida por el ICBF no es vulneratoria de los derechos fundamentales de Pedro ni de sus menores hijos. Señaló que la Ley de la Infancia y la Adolescencia no estipula ningún procedimiento específico para que el ICBF asigne provisionalmente la custodia de un menor, por cuanto se toma sin perjuicio de

las acciones judiciales correspondientes que pueden iniciarse y sólo cuando es imperioso intervenir en protección de los niños. De esta manera, el trámite necesario es el de constatar las situaciones amenazantes en que se encuentra un niño, lo cual, a su juicio, se llevó a cabo en el presente caso a través de la psicóloga que rindió el informe respectivo.

De esta suerte, ante la premura de la situación y la inminencia del traslado de los menores a la ciudad de Bogotá a la casa de su progenitor, el ICBF debió dar una respuesta inmediata, más cuando los niños se encontraban en estado de pánico y solicitaron no ser trasladados.

La decisión no fue apelada.

II. ACTUACIÓN ADELANTADA Y DOCUMENTOS ALLEGADOS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Solicitud telefónica de información al ICBF Centro Zonal N° 4 de Ocaña

1.1. La Corte Constitucional en el ejercicio de su función de Revisión de fallos de tutela ha considerado, en diversas oportunidades, que en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información por vía telefónica a los peticionarios, sus familiares o a autoridades públicas sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción¹². Esta decisión encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela.

1.2. En este caso, frente a una eventual vulneración de los derechos fundamentales del peticionario o de sus menores hijos, la Corte procedió a comunicarse telefónicamente con el ICBF Centro Zonal de Ocaña, con el fin de esclarecer algunos hechos sobre los que no era posible tener certeza a partir de las pruebas obrantes en el expediente. En dicha comunicación, se le solicitó información precisa sobre el estado actual del procedimiento administrativo de revisión de custodia promovido por la madre de Ana y Juan, así como si se efectuaron actuaciones posteriores a la expedición de la resolución que concedió la custodia provisional de los menores a su abuela materna.

1.3. El Defensor de Familia informó a este Despacho que la institución no había adelantado actuaciones posteriores en ninguno de los dos procedimientos administrativos, por cuanto la madre de Ana y Juan promovió poco tiempo después, un nuevo proceso de custodia ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ocaña que se encuentra en trámite actualmente.

2. Solicitud telefónica de información al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ocaña

2.1. Con la información suministrada por el ICBF, el Despacho procedió a comunicarse con el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ocaña para que indicara qué etapas del proceso se habían surtido.

2.2. Mediante oficio recibido en la Secretaría de la Corte Constitucional el 6 de julio del año en curso, la secretaria del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ocaña informó que, efectivamente, en dicho Juzgado cursa el proceso de custodia y cuidado personal formulado por María a favor de sus menores hijos Juan y Ana y en contra de Pedro, accionante en la presente acción de tutela.

Señaló que dicha demanda fue admitida el 25 de enero del presente año y notificada al apoderado de la parte demandada el día 9 de junio pasado. De igual manera, que la contestación fue recibida debidamente dentro del término de ley.

Finalmente, indicó que por auto de 28 de junio pasado, se ordenó la celebración de audiencia de conciliación (C.P.C, art. 439) el día 10 de agosto del año en curso.13

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y problema jurídico objeto de estudio

2.1. Pedro interpuso acción de tutela con el fin de que se ampararan sus derechos a la defensa, al debido proceso, a la unidad familiar, así como el derecho a protección especial de sus hijos menores de edad, los cuales considera vulnerados en virtud de la decisión adoptada por el ICBF Centro Zonal N° 4 de Ocaña, de otorgar la custodia provisional de los niños a su abuela materna, sin haberle notificado del inicio del procedimiento administrativo. Adicionalmente, estima que la decisión fue arbitraria, como quiera que existe sentencia judicial que resolvió la controversia concediéndole de manera definitiva la custodia y cuidado de los menores.

2.2. El ICBF no se pronunció sobre los hechos ni el problema jurídico que plantea la presente acción de tutela. Con la contestación se limitó a allegar al proceso la resolución objeto de controversia y el informe psicológico que la sustenta. En la misma se lee que la entidad tomó la decisión de conceder la custodia provisional de los menores a su abuela materna, como medida para proteger a los niños, ya que se vieron enfrentados a una situación angustiada ante el reclamo por parte del padre de su traslado a la ciudad de Bogotá, pretendiendo hacer valer la sentencia judicial que le otorgó la custodia de los menores.

2.3. El Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña negó el amparo invocado. Sostuvo que con la adopción de la medida provisional el ICBF no incurrió en afectación de los derechos fundamentales del actor ni mucho menos de los menores, sino que, por el contrario, buscó protegerlos oportunamente de una situación que vivenciaron como angustiada. Por otra parte, indicó que este tipo de procedimientos no aparece expresamente regulado por la Ley de la Infancia y la Adolescencia, pues la asignación de la custodia provisional obedece por definición a la necesidad de adoptar una medida de urgencia con el fin de dar respuesta inmediata a una situación que amenace la integridad de un menor.

2.4. En consideración a los antecedentes reseñados, corresponde a la Sala Primera de Revisión dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿Viola la autoridad estatal encargada de proteger a las personas menores de edad —el ICBF—, los derechos al desarrollo armónico e integral, al debido proceso, a no ser separados de su familia y, en general, al ejercicio pleno

e integral de los derechos, de los menores accionantes,¹⁴ así como los derechos a la defensa y al debido proceso de su señor padre, cuando resuelve que los menores deben permanecer con una persona distinta a la que judicialmente se había resuelto, por parte del funcionario competente para tomar tal decisión, a pesar de que la misma se adoptó argumentando que con ella se pretendía proteger, precisamente el interés superior del niño y la niña, específicamente considerados?

Para responder a estos problemas jurídicos, la Sala de Revisión estudiará brevemente (i) la prevalencia de los derechos de los niños en el ordenamiento constitucional colombiano, derivada del principio del interés superior del menor; (ii) los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para otorgar la custodia de un menor y para adoptar medidas de restablecimiento de sus derechos; (iii) se pronunciará sobre los criterios a los que se deben sujetar las medidas que adopten las autoridades administrativas en protección de la infancia; (iv) analizará si en el caso concreto el ICBF se ajustó a tales criterios al otorgar la custodia provisional de los niños a su abuela materna, a pesar de existir sentencia del juez de familia que decidió concederla al progenitor; y, (v) finalmente, examinará si hubo vulneración del derecho a la defensa y al debido proceso del peticionario.

3. La prevalencia de los derechos de los niños en el ordenamiento constitucional colombiano derivada del principio del interés superior del menor

3.1. De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (C.P., art. 44, par. 3°). Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3°, pone énfasis en la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, al establecer que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Nuestra Constitución recoge dicho principio expresamente, como fue enunciado, en el párrafo 3° del artículo 44. Igualmente, consigna un listado de los derechos fundamentales de los niños, en el que incluye la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Dispone también el artículo constitucional que nos ocupa, que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Y, finalmente, reconoce a favor de la infancia los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.²⁰

Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos,

siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor.

Este principio pretende orientar el ejercicio interpretativo que debe adelantar la autoridad, cuando se haga necesaria su intervención por encontrarse dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización. Por esta razón, los derechos e intereses de los padres y demás personas relevantes deben ser interpretados y garantizados en función del interés superior del menor, de manera que sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños. En consideración a que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados.²¹ Esta es la regla que establece el artículo 3°, inciso 2° de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual “los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”.²²

3.2. La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido unos criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior del menor en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas. Así, la sentencia T-510 de 2003²³ señaló a este respecto lo que a continuación se transcribirá in extenso, debido a su relevancia y pertinencia para el caso que en esta oportunidad ocupa a la Sala Primera de Revisión:

“3.1.1. Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

“3.1.2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en éstos.

“3.1.3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de

todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”, y el artículo 8 del Código del Menor precisa que los niños tienen derecho a ser protegidos de “toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación”. En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que consagra el Código del Menor²⁴ proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

“3.1.4. Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo [...]”²⁵.

“3.1.5. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección [...].

“3.1.6. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápites anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en

cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella - un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta”.

3.3. Adicional a lo anterior, es importante tener en cuenta que, por remisión expresa del artículo 44 constitucional, el ordenamiento superior colombiano incorpora los derechos de los niños reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. En igual sentido, el artículo 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece que las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integrante de dicho Código y orientarán, además, su interpretación y aplicación, debiendo aplicarse siempre la norma más favorable al interés superior del menor.

De esta manera, el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño -que establece el derecho de los menores a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos-, tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Esta disposición normativa señala que el Estado deberá velar por la garantía de este derecho, el cual admite una excepción cuando, por revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Así, admite esta excepción en casos en que el menor sea objeto de maltrato o descuido por parte de los padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

No obstante, el artículo referido no deja desprotegidos a los padres o a las personas eventualmente interesadas, pues establece el derecho a que todas las partes interesadas tengan la oportunidad de participar en el procedimiento y de dar a conocer sus opiniones, al igual que al menor que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con estos de modo regular, salvo si ello resultara contrario al interés superior del niño.

Lo anterior implica que en todas las situaciones en que entren en conflicto los derechos o intereses de los niños y los de sus padres o personas a su cargo, deberá siempre darse prelación al interés superior del menor, sin que ello sea óbice para garantizar el derecho de los padres o los interesados a participar en el procedimiento de que se trate y el derecho, tanto de ellos como del infante, salvo en las situaciones que pongan en riesgo la integridad de este último, a mantener el contacto directo con sus padres.

Queda claro así que el principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia. También lo ha reconocido así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar:

“[e]ste principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”²⁶.

Para la Sala de Revisión, la protección especial al interés superior del menor, actual y

presente, da luces para establecer la solución del problema jurídico planteado. Por una parte, es claro que las decisiones judiciales protectoras de los menores en un Estado social y democrático de Derecho, tienen por objeto garantizar el interés superior del menor. Por lo tanto, es preciso acatarlas, cumplirlas y defenderlas, por cuanto son las medidas adecuadas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de un menor.

No obstante, en la medida en que el objetivo principal de la Constitución es garantizar el goce efectivo de los derechos, se ha de considerar por otra parte, la diferencia de circunstancias en las cuales se encuentre la persona menor en la actualidad. En otras palabras, la decisión judicial protectora de una persona menor se ha de cumplir y atender. Pero, si la situación actual de la persona menor ha variado hasta tal punto que, de haber sido considerada por el juez que resolvió el caso, éste hubiese tomado una decisión distinta, se justificaría una intervención administrativa temporal, mientras el juez vuelve a conocer el asunto y toma una decisión definitiva con fundamento en el nuevo conjunto de hechos que hayan ocurrido. En qué circunstancias puede considerar concretamente la administración que se encuentra ante tan excepcional situación, es una cuestión que retomará la Sala una vez atiende los desarrollos normativos en la materia.

4. El proceso de custodia en el ordenamiento jurídico colombiano. Análisis de las actuaciones adelantadas en el presente caso

4.1. El cuerpo legal que en nuestro ordenamiento se ocupa de la regulación de aspectos atinentes a la protección de los menores, es el Código de la Infancia y la Adolescencia, previamente comentado. Su finalidad principal es “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Para lo cual indicó que “[p]revalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.²⁷

En concordancia con dicha finalidad y con el artículo 44 constitucional, así como con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el Código establece a favor de los niños el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. Señala así, que los menores tienen derecho a crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ésta. No obstante, admite una excepción a dicha regla, al establecer que un niño podrá ser separado de su familia cuando la misma no garantice las condiciones para la realización y el goce efectivo de sus derechos, sin que la condición económica pueda dar lugar a la separación (art. 22).²⁸

A continuación, el Código dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que sus padres asuman su custodia, para el favorecimiento de su desarrollo integral. Añade que la obligación de cuidado personal se extiende también a quienes convivan con ellos en el ámbito familiar, social o institucional, así como a sus representantes legales (art. 23).²⁹

Asimismo, estipula que el restablecimiento de los derechos de los niños es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes deberán informar u oficiar ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a los niños que se encuentren en riesgo o en situación de vulnerabilidad. Y advierte que, en este caso, la

autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales (art. 51).

4.2. Ahora bien, en consideración a que en el presente caso se alega una irregularidad en la adopción del acto administrativo por medio del cual el ICBF resolvió otorgar la custodia provisional de los menores a su abuela materna, es de vital importancia examinar la normatividad que regula los procedimientos -judicial y administrativo- relativos a la custodia y cuidado personal de los niños y, con posterioridad, analizar el caso concreto a la luz de la normatividad aplicable.

4.2.1. En lo que tiene que ver con el proceso judicial, el artículo 5º, literal d) del Decreto 2272 de 1989 “Por el cual se organiza la jurisdicción de Familia, se crean unos Despachos judiciales y se dictan otras disposiciones”, señala que los jueces de familia tienen la competencia para conocer de los asuntos relativos a la custodia y cuidado personal, visita y protección de los menores. Debe hacerse para este efecto la concordancia con el artículo 435, numeral 5º, del Código de Procedimiento Civil, según el cual las controversias que se susciten entre padres respecto de la patria potestad y los litigios que tengan que ver con el cuidado de los menores deben tramitarse mediante el proceso verbal sumario.

4.2.2. Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia regula expresamente los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños³⁰, radicándolos en cabeza de los defensores de familia³¹ y comisarios de familia (art. 96) del lugar donde se encuentre el menor (art. 97).

En relación con la adopción de medidas de protección y restablecimiento de derechos de los menores (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), esta Corporación señaló, en sentencia T-572 de 2009,³² que ésta debe estar siempre precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente. Precisó, al respecto, lo siguiente:

“[...] el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta (i) la existencia de una lógica de graduación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.

En pocas palabras, las autoridades administrativas, al momento de decretar y practicar medidas de restablecimiento de derechos, deben ejercer tales competencias legales de conformidad con la Constitución, lo cual implica proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad; lo contrario, paradójicamente, puede acarrear un desconocimiento de aquéllos”.

Ahora, la actuación administrativa de restablecimiento de derechos puede iniciarse por el

representante legal del niño, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia. También podrá iniciarla directamente el propio menor. La disposición faculta, asimismo, a los defensores o comisarios de familia a abrir investigación, siempre que sea de su competencia, o a informar a la autoridad competente, cuando tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de los derechos que el ordenamiento reconoce a favor de los niños. Con la providencia de apertura de la investigación se deberá ordenar la identificación y citación de los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de los derechos. De igual manera, podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (art. 99).

Según el artículo 100, par. 2°, del Código citado, en el trámite (i) deberá surtirse una audiencia de conciliación, siempre que el asunto sea conciliable; (ii) si no se logra la conciliación o ésta no tenía que llevarse a cabo, el funcionario deberá establecer, mediante resolución motivada, las obligaciones de protección al menor, incluyendo la provisional de alimentos, visitas y custodia; (iii) una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo³³; (iv) el funcionario podrá ordenar que el equipo técnico interdisciplinario, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial; (v) la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierde competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo).

A su vez, el artículo 119 del Código atribuye al juez de familia, en única instancia, la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, así como resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el comisario de familia hayan perdido competencia.³⁴

4.3. De conformidad con el recuento realizado, las reglas procedimentales que rigen el caso que nos ocupa, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. Los jueces de familia tienen la competencia para conocer de los asuntos relativos a la custodia y cuidado personal, visita y protección de los menores (Decreto 2272 de 1989, art. 5° - d) y estos deberán tramitarse mediante el proceso verbal sumario (C.P.C., art. 435, num. 5°).

a. Los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños (amonestación, retiro de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, ubicación en medio familiar, ubicación en centros de emergencia, adopción) son de competencia de los defensores de familia y comisarios de familia del lugar donde se encuentre el menor (Código de la Infancia y la Adolescencia, arts. 96 y 97).

a. Con la providencia de apertura de la investigación, iniciada de oficio o a petición de un interesado se deberá ordenar identificar y citar a los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de sus derechos (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 99).

a. La autoridad administrativa podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 99).

a. La actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierda competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo). (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 100, par. 2°).

a. Una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para que este último homologue la decisión adoptada (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 100).

a. El juez de familia, en única instancia, revisará las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, como autoridad jurisdiccional con competencia para decidir en los asuntos en los que se vean comprometidos los derechos de un menor. (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 119).

La normatividad legal vigente refleja, prima facie, una adecuada ponderación entre los derechos constitucionales en juego. Por una parte, la protección de las decisiones judiciales, como fuente de resolución y definición de los derechos de toda persona menor, pero a la vez, la protección de las decisiones excepcionales y urgentes que deba tomar la administración para proteger el interés superior del menor, cuando cumplir la decisión judicial previa, por cambios en las circunstancias a considerar desde el momento de la decisión judicial hasta el momento actual, implicaría comprometer el propio interés superior de los niños y niñas.

4.4. Con la información consignada sobre las reglas procedimentales aplicables a los asuntos relativos a la custodia y cuidado personal de los menores, la Sala recordará las actuaciones acaecidas en el presente caso, en relación con la custodia de Ana y Juan y tendrá en cuenta, para adoptar la decisión correspondiente, el principio del interés superior del menor que debe regir toda interpretación en que se vean enfrentados los derechos de los niños y los de sus padres o familiares.

El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña (Norte de Santander), por sentencia del 14 de septiembre de 2009, decidió conceder a Pedro la custodia y cuidado de sus hijos Ana y Juan. El juez tuvo en consideración, para adoptar dicho fallo, la situación de amenaza de los derechos de Ana que se presentaba en el hogar de la madre de la niña, ocasionada por actos impropios del compañero permanente de esta última hacia la menor, los cuales, con fundamento en el dictamen psicológico del 6 de mayo de 2009, calificó de “acoso”.

En la sentencia del juez de familia, aparece, asimismo, que el ICBF ya había adelantado un proceso administrativo de restablecimiento de derechos respecto de los menores Ana y Juan, por el cual, luego de haber concedido su custodia provisional a la abuela materna, mediante Resolución N° XX, resolvió reintegrar los niños a la madre, junto con la custodia, cuidados personales y tenencia, bajo el argumento de que los estudios psico-sociales daban cuenta de que éstos no se encontraban en situación de abandono, ni sufrían desnutrición cuando se encontraban a su lado y que, en consecuencia, a ella le correspondía hacerse cargo de sus hijos.

De conformidad con la información referida, colige la Sala que en este momento se encuentra vigente la sentencia mencionada, proferida por el Juez Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña, mediante la cual concedió la custodia y cuidados personales de los niños a Pedro.

Dicha orden judicial, con todo, ha sido desconocida por el ICBF Centro Zonal N° 4 de Ocaña, por la resolución administrativa, mediante la cual concedió la custodia provisional de los menores a su abuela materna, al considerar que los niños se encontraban amenazados al querer ser forzados a regresar junto a su padre, ya que sintieron miedo cuando iban a ser conducidos contra su voluntad.

4.5. Según la normatividad aplicable a este caso, el defensor y el comisario de familia son competentes para adoptar las medidas provisionales tendentes al restablecimiento de los derechos de los niños, que consideren adecuadas para evitar que la amenaza o peligro que sobre ellos se cierne se materialice en la vulneración de sus derechos, o bien, para poner fin a la situación conculcadora (Código de la Infancia y la Adolescencia, arts. 82 y 99). Dentro de dichas medidas, se incluyen aquellas de amonestación, retiro del menor de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, su ubicación en medio familiar o en centros de emergencia, su adopción, o cualquiera otra que la autoridad administrativa considere adecuada para garantizar sus derechos. Así pues, esta Sala constata que no se trata de un listado taxativo, sino que el contenido normativo del numeral 6° del artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia, autoriza a la autoridad administrativa a adoptar cualquier otra medida que considere necesaria con el fin de proteger el interés del niño.

4.6. Es procedente, de acuerdo con lo anterior, analizar si el ICBF, en ejercicio de las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico, puede adoptar una medida como la adoptada por el defensor de familia del ICBF de Ocaña, para contrarrestar la presunta amenaza a la integridad psicológica de los niños, concediendo su custodia provisional a la abuela materna, porque luego de sus vacaciones en Ocaña al lado de su abuela y su madre, no querían volver a Bogotá (lugar de residencia de su padre), mostrándose incluso ansiosos.

Con base en el orden constitucional y legal vigente, especialmente, en los criterios de

razonabilidad y ponderación y con el fin de garantizar el goce efectivo e integral de los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad, la Sala de Revisión considera que toda decisión de una autoridad competente para protegerla, debe ser excepcional y responder, así como cumplir, por lo menos, los siguientes ocho criterios.

a. Gravedad de la afectación de los derechos. La medida debe estar fundamentada en la existencia de una evidencia clara de que la persona menor se encuentra frente a una amenaza o peligro, que se traduzca en un grave riesgo, de manera que el material probatorio deber ser sólido. Es decir, no basta con probar la existencia de una amenaza (el eventual peligro que se enfrenta), sino que también se ha de demostrar que existe un gran riesgo (una alta probabilidad de que la amenaza se materialice). La gravedad de la afectación, implica que el peligro o amenaza al que se enfrenten las personas menores, deben provenir de situaciones que afecten en gran medida (no en poca o alguna medida) la garantía del desarrollo integral del menor, las garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, la protección del menor frente a riesgos prohibidos legal y categóricamente por una sociedad democrática.

b. Necesidad de intervención. La intervención de la administración pública en la definición de la permanencia de una persona menor, cuando la misma ya ha sido decidida por la justicia, a través de los jueces competentes y mediante los procesos establecidos para el efecto, debe respetar en especial el criterio de la 'necesidad de intervención'.³⁵ En la medida en que son las relaciones paterno filiales las que han de prevalecer, en principio, y teniendo en cuenta que los menores y su familia ya sufrieron una fuerte e impactante intervención estatal, una nueva, debe cumplir de forma estricta el principio de necesidad, el cual exige razones 'poderosas', de acuerdo con la jurisprudencia constitucional previamente citada.

c. Posterioridad. La medida debe versar sobre cuestiones que no pudieron ser consideradas por el juez constitucional y legalmente competente para decidir sobre los derechos de los menores, en atención a su interés superior, especialmente protegidos. Esto asegura que no se trate de revisar lo decidido judicialmente, sino de consideraciones sobre asuntos que no pudieron ser analizados por el juez competente. Por ejemplo, ello ocurre cuando se trata de hechos nuevos que acaecieron con posterioridad a la decisión judicial fueron ocultados de mala fe por una de las partes.

d. Urgencia. La autoridad administrativa debe estar ante una situación urgente, que demande su actuación con toda celeridad. Debe tratarse de una decisión y una medida que ha de tomarse con toda prontitud, una situación en la que no se cuenta con el tiempo para poder llevar la cuestión ante la autoridad correspondiente de forma previa. En todo caso, la actuación judicial debería tener que iniciarse por parte de la entidad estatal de forma coetánea, inmediatamente después o, por lo menos, a la mayor brevedad posible.

e. Proporcionalidad. La medida debe ser proporcional al grave riesgo y amenaza que se enfrenta. No puede la administración, so pretexto de proteger derechos fundamentales importantes y significativos de la persona menor, desconocer o tomar decisiones que afecten otros derechos que sean más importantes o estén considerablemente amenazados por un riesgo significativamente mayor³⁶.

f. Razonabilidad. La medida que se adopte debe ser razonable, esto es, que atienda a los

mínimos criterios de racionalidad instrumental y parámetros constitucionales, en términos de valores, principios y reglas. La medida debe estar encaminada efectivamente a la finalidad de proteger a las personas menores, específica y concretamente consideradas, empleando para ello los medios adecuados, necesarios y legítimos. No se puede tomar decisiones que no tengan justificación, que sean absurdas o que no tengan coherencia. Así mismo, medidas que no conduzcan a los fines propuestos o que, simplemente, no atiendan a los límites que los derechos fundamentales le imponen a la administración.

g. Temporalidad. La medida, por supuesto, no puede ser definitiva. Ha de tratarse de una intervención excepcional, no sólo en cuanto al hecho mismo que ocurra, sino también en cuanto a su duración. Si en realidad se trata de una situación excepcional, no puede ser que en último término, no sea la autoridad judicial competente, sino la administrativa la que termine fijando y estableciendo el alcance de los derechos involucrados.³⁷

h. Valoración de consecuencias. En cualquier caso, la autoridad administrativa correspondiente debe valorar las consecuencias negativas que puede comportar la medida en términos de estabilidad emocional y psicológica de toda persona menor.

En el presente caso, el defensor de familia justificó la adopción de la medida consistente en otorgar la custodia provisional de los menores a la abuela materna, en que, según el dictamen psicológico rendido por una profesional al servicio de la entidad, se estableció: (i) los niños presentan perturbación emocional, evidenciándose a partir de la entrevista que tienen fuertes lazos afectivos con su progenitora, (ii) el deseo de los menores de permanecer con su madre, (iii) su rechazo manifiesto a la idea de regresar junto al padre, (v) el estado de angustia en que se encontraban, debido a la tensa situación que vivenciaron cuando iban a ser trasladados en contra de su voluntad a la ciudad de Bogotá para que permanecieran con su padre.

Se debe analizar entonces si la decisión y su justificación cumplen con los criterios mínimos antes establecidos, para que la medida administrativa pudiera ser adoptada, aún con desconocimiento de la orden judicial que había otorgado la custodia, tenencia y cuidados personales de los niños.

4.6.1. Para empezar, a juicio de la Sala Primera de Revisión, la medida de protección de los derechos de Ana y Juan, adoptada por el defensor de familia del ICBF, Centro Zonal de Ocaña, no está fundamentada en un material probatorio sólido, o, al menos, en una evidencia clara de la existencia de una amenaza o peligro que se tradujera en un riesgo inminente para ellos. En efecto, la institución se basa en el hecho de que los niños experimentaron miedo y angustia porque iban a ser devueltos al domicilio de su padre en la ciudad de Bogotá, después de haber permanecido por un período aproximado de dos meses en la ciudad de Ocaña en la casa de su abuela materna, disfrutando de las vacaciones de fin de año.

Sin necesidad de contar con conceptos de expertos, se puede apreciar que, en la medida en que los niños afianzaron el vínculo afectivo que los une con su progenitora y con la familia materna que reside en Ocaña, por haber permanecido durante una larga temporada con ellos, su reacción frente a la inminente separación y el retorno a las actividades cotidianas normales que implicaba el fin de las vacaciones fuera de rechazo. Asimismo, es comprensible

que los menores sintieran temor y lo manifestaran, cuando con intervención de la Policía de Infancia y Adolescencia, se intentó restablecer la situación que el Juez Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña definió después de haber tramitado el correspondiente proceso, cual fue la de que los menores debían permanecer bajo la custodia y cuidado de su padre.

En cambio resulta por lo menos sorprendente que se consignara en el informe psicológico a propósito de lo dicho por los niños con relación a los cuidados que recibían de su padre que: "... las condiciones socio-ambientales otorgadas por el progenitor no eran las adecuadas". Estas afirmaciones de los menores, recogida el mismo día en que debían partir para Bogotá y en que su madre se presentó ante el ICBF pidiendo protección para evitarlo, no están soportadas en prueba alguna.

Con todo, considera la Sala que estas circunstancias no configuran una evidencia de que los niños Ana y Juan se encontraban en situación de amenaza o peligro que se tradujera en un riesgo manifiesto, ni de que sus condiciones socio-ambientales, mientras están con su padre en Bogotá, no fueran las adecuadas. Antes bien, existen pruebas suficientes en el expediente que demuestran que los niños se encontraban en buenas condiciones mientras estuvieron bajo la custodia y cuidado de su padre. El informe socio-familiar, así como la entrevista psicológica y la valoración nutricional, realizadas por el ICBF Centro Zonal Ciudad Bolívar así lo ratifican.³⁸ De igual manera, las calificaciones de los niños permiten observar que tuvieron un rendimiento académico alto mientras estuvieron a cargo de su progenitor.³⁹

Las circunstancias descritas no parecen constituir una auténtica situación de amenaza o peligro que ponga en riesgo los derechos de los menores, pues ésta se configura, entre otras, ante la existencia de condiciones verdaderamente adversas a su integridad física y psicológica por ausencia de los cuidados necesarios y de un ambiente adecuado para su desarrollo en un ambiente de armonía, afecto y solidaridad, lo cual no se evidencia en el presente caso, sino que, por el contrario, las pruebas conducen a mostrar que en principio, junto a su padre, los niños Ana y Juan cuentan con un entorno favorable y propicio para una adecuada formación.

4.6.2. Continuando con el análisis de los criterios mínimos que debió satisfacer la medida administrativa adoptada por el ICBF, Centro Zonal de Ocaña, la Sala encuentra que no hay proporcionalidad, entre el riesgo que la institución consideró y la decisión concreta de asignar la custodia provisional a la abuela materna de los niños, con desconocimiento de la existencia de una orden judicial emitida por la autoridad competente, pues en consideración a que la misma estaba encaminada a no separarlos de su progenitora, hasta tanto se hubieran estabilizado emocionalmente, no era necesario alterar la situación jurídica debidamente definida por el juez de familia.

4.6.3. En tercer lugar, la autoridad administrativa en realidad no tuvo noticias, o al menos, no lo hizo manifiesto, de que las condiciones en el domicilio, o la situación de Pedro, hubiese sufrido alguna variación que ameritara una intervención de esta naturaleza.

De lo anterior se deriva que el ICBF, Centro Zonal de Ocaña, intervino en este caso, de manera desproporcionada y avalando una actuación indebida adelantada por la madre de los menores al retenerlos al terminar su periodo de vacaciones, a sabiendas de que su custodia, tenencia y cuidados personales radicaba en el padre por decisión del juez de familia, e

incumpliendo el acuerdo verbal al que había llegado con este último al permitir que los menores viajaran durante las vacaciones a la ciudad de Ocaña a compartir con la madre y la familia materna, bajo la condición de que regresaran a Bogotá antes del 31 de diciembre.

4.6.4. En relación con la debida motivación y la coherencia entre ésta y la medida finalmente adoptada, la Corte destaca que, si bien el defensor de familia fundamentó su decisión en la evaluación psicológica realizada a los niños por una profesional del ICBF, del centro Zonal de Ocaña, en el momento en que se intentaba que volvieran con su padre a Bogotá, tal motivación no sólo resulta insuficiente, tal y como fue ampliamente explicado en el numeral 4.6.1. de las consideraciones de esta providencia, sino que además tampoco guarda coherencia con la medida ordenada. En efecto, la Sala no encuentra conexión lógica entre la recomendación hecha por la psicóloga que rindió el dictamen, según la cual los niños debían permanecer junto a su progenitora, y la resolución expedida por el defensor de familia, en la cual otorga, de manera provisional, la custodia de los niños a su abuela materna.

El ICBF omitió pronunciarse, durante el trámite administrativo, sobre el riesgo al que se ha visto expuesta Ana por las presuntas conductas inapropiadas por parte del actual compañero permanente de su madre y que llevaron al Juez Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña a conceder la custodia de los niños Ana y Juan a su progenitor, con el fin de garantizar la integridad física y psicológica de la menor, sin embargo pareciera que no desconoce tal amenaza. No de otra manera se explica que haya procedido a conceder la custodia provisional de los niños a la abuela materna y no a la madre, como se recomienda en el informe de la psicóloga, con base en el deseo expresado por los menores.

4.6.5. Por otra parte, la Sala pone de presente que la medida administrativa que se analiza no cumple el requisito atinente a la temporalidad. No sólo no establece una duración aproximada, sino que nada dice respecto del término en que las condiciones de los niños serán reevaluadas con el fin de restablecer la situación jurídica definida por el juez de familia, quien decidió conceder su custodia al padre.

Debido a que se trata de una medida que entra en tensión con la decisión proferida por un juez competente para definir lo relativo a la custodia, patria potestad, tenencia, régimen de alimentos y de visitas de los niños, la misma debe tener vocación de temporalidad, no de permanencia, ya que no puede modificar, de manera indefinida, una situación jurídica debidamente resuelta después de haberse dado curso a un proceso en el que se surtieron todas las etapas y que fue adelantado con la totalidad de las garantías procesales de las partes.

4.6.6. Finalmente, la Corte considera que la autoridad administrativa omitió valorar las consecuencias negativas que su decisión podía acarrear para los menores y, en especial, para Ana. Lo anterior se colige del hecho de que el ICBF haya omitido ponderar entre la presunta protección a la estabilidad emocional de los niños al impedir su traslado a la ciudad de Bogotá contra su voluntad y la amenaza que se cierne sobre la integridad física y emocional de la niña, generada por la conducta del compañero de su madre, ya que aunque no otorgó la custodia provisional a la progenitora, sino a la abuela materna y, el hecho de que esta última se encuentre en la ciudad de Ocaña, donde residen también la madre de los niños y su compañero, puede implicar una exposición mayor a una amenaza para la menor.

Del análisis anterior surge que la medida adoptada por el ICBF Centro Zonal de Ocaña no cumple los requisitos mínimos para poder contravenir válidamente lo ordenado mediante providencia judicial por la autoridad competente en el caso de la custodia de los menores Ana y Juan.

4.7. Ahora bien, otro aspecto que debe ser analizado por esta Corporación es el atinente a las presuntas irregularidades cometidas en la adopción de la medida de restablecimiento de los derechos de los niños, alegadas por el accionante.

El artículo 99 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de los derechos de los niños se inician con una providencia de apertura de la investigación en la que se deberá ordenar identificar y citar a los representantes legales del menor o de quienes estuvieran a su cargo, al igual que a las personas implicadas en la violación o amenaza de sus derechos. Asimismo, la decisión finalmente adoptada, o cualquier medida provisional de urgencia deben ser notificadas a todos los sujetos mencionados.

Sólo en cumplimiento de estas reglas procedimentales se garantiza a todos los interesados el ejercicio del derecho a la defensa, en la medida en que pueden participar dentro del proceso en las diferentes etapas, así como controvertir las decisiones que dentro del mismo se tomen.

En este caso, como se desprende de los hechos relatados por el actor, al igual que a partir de las pruebas que obran en el expediente, se observa que el 31 de diciembre de 2010, en horas de la mañana, María se presentó junto con los dos menores en las instalaciones del ICBF, con el fin de evitar que los niños fueran conducidos a la ciudad de Bogotá, en cumplimiento de la orden judicial en firme a favor del padre de los menores. Ese mismo día el defensor de familia procedió a dictar la medida que consideró adecuada para contrarrestar la amenaza que, a su juicio, se cernía sobre los pequeños. Así pues, se observa que la autoridad administrativa no dio cumplimiento a las diferentes etapas que se debían surtir para tomar la medida de restablecimiento de los derechos de los niños Ana y Juan y ni siquiera notificó al padre de la decisión que consideró debía tomar urgentemente.

De esta suerte, resulta claro para la Sala Primera de Revisión que el derecho a la defensa, así como el debido proceso de Pedro se vieron efectivamente lesionados con las actuaciones del ICBF Centro Zonal de Ocaña, como quiera que no contó con la oportunidad, a la que tenía derecho, de intervenir en el procedimiento administrativo que finalmente concluyó con la adopción de la medida que le concedió la custodia provisional de sus hijos a la abuela materna.

4.8. Es importante tener en cuenta que en la actualidad se encuentra en curso el proceso de custodia promovido por la madre de los menores ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ocaña, en espera de la celebración de audiencia de conciliación el 10 de agosto de 2011.

No escapa a la Sala que en el caso bajo revisión existe un pronunciamiento judicial previo, emitido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña. Con todo, es de anotar que nuestro ordenamiento habilita a los interesados a promover en cualquier tiempo, posterior a

una sentencia que haya resuelto una controversia relativa a la custodia de un menor, otro proceso, en atención a la ocurrencia de hechos nuevos que hagan viable reabrir el debate judicial, dadas las características específicas de los procesos de asignación de la custodia de menores. Así lo ha reconocido esta Corte Constitucional al establecer que, por su naturaleza, las sentencias que se dictan dentro de tales procesos no hacen tránsito a cosa juzgada material, sino formal,⁴¹ en aras de brindar la adecuada protección a los menores y garantizar de la mejor manera su bienestar y sus derechos fundamentales.

Todo esto con el fin de evitar que los padres y familiares antepongan sus intereses personales a los de los niños y con la idea de brindarles una mayor estabilidad emocional, en la medida en que puedan permanecer en el seno del hogar que les brinde un ambiente adecuado y propicio para el libre desarrollo de su personalidad. Ello, sin perjuicio del respeto al derecho tanto de los niños, como de sus progenitores, a mantener un contacto directo, de conformidad con la regulación que de las visitas y otros aspectos lleve a cabo la autoridad judicial competente.⁴²

4.9. Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala Primera de Revisión considera que los menores Ana y Juan se encuentran ante una amenaza para su integridad psicológica, afectiva y emocional, ocasionada por los múltiples cambios de hogar que han sufrido, pese a su corta edad, y porque se ha considerado conveniente mantener a la niña alejada del compañero permanente de su madre. Esta Sala observa que los niños han constituido el objeto de disputa entre sus progenitores y familiares, y que tal situación solo puede generar consecuencias altamente negativas para su adecuado desarrollo psicológico, afectivo, social y emocional. Las autoridades administrativas y judiciales, se reitera, no deben avalar actuaciones apartadas del ordenamiento jurídico, como la retención de unos menores por uno de sus progenitores o algún familiar, pues lo que corresponde, en un Estado de Derecho, es hacer respetar las órdenes judiciales proferidas por las autoridades competentes, salvo que se compruebe que los niños están ante un peligro o amenaza inminente, que recomienden modificar una situación ya definida judicialmente, únicamente en aplicación del principio del interés superior del menor y siempre con respeto de las garantías de todos los interesados.

4.10. Por último, se advierte que, en atención a que los niños están en riesgo de ver interrumpido su proceso educativo con ocasión del traslado a la ciudad de Bogotá, esta Sala deberá ordenar a la Secretaría de Educación de esta última ciudad que adopte las medidas que considere necesarias, a fin de garantizar el acceso de los menores, en su respectivo grado de escolarización, al plantel educativo en el que se encontraban matriculados al residir junto a su padre. Lo anterior, con el propósito de evitar consecuencias negativas en su proceso de formación, al regresar al lado de su progenitor, en cumplimiento de la orden judicial vigente de custodia.

5. Conclusión

Para terminar es importante reiterar que, en principio, una autoridad estatal encargada de proteger a las personas menores de edad viola los derechos al desarrollo armónico e integral, al debido proceso, a no ser separados de su familia y, en general, al ejercicio pleno e integral de los derechos de los menores accionantes,⁴³ así como los derechos de sus progenitores,

cuando resuelve que los menores deben permanecer con una persona distinta a la que judicialmente se haya resuelto, por parte del funcionario competente en democracia para tomar tal decisión. Esta regla podrá exceptuarse cuando se constate que, efectivamente, tal decisión se adopta con miras a la protección integral del interés superior de la persona menor, concretamente considerada. En tal caso, la decisión deberá, por lo menos, atender los siguientes criterios y parámetros mínimos: (i) gravedad de la afectación de los derechos; (ii) necesidad de intervención; (iii) posterioridad; (iv) urgencia; (v) proporcionalidad; (vi) razonabilidad; (vii) temporalidad; y (viii) valoración de consecuencias; tal como fueron explicados por esta Sala de Revisión en la presente sentencia [ver apartado 4.6. de las consideraciones].

Así pues, en ausencia del cumplimiento de los criterios recién enunciados, como ya fue analizado y con fundamento en (i) el principio del interés superior del menor que debe regir toda interpretación en la que se vean enfrentados los derechos de los niños y aquellos de sus padres o familiares; (ii) el amparo que se debe prodigar a los niños Ana y Juan, con el fin de evitar que sigan siendo sometidos a inestabilidad emocional y para protegerlos de riesgos a los que se pueden ver enfrentados; (iii) la debida protección que debe darse a los derechos a la defensa y al debido proceso administrativo de Pedro; y (iii) la aplicación de los principios de seguridad jurídica y del juez natural, la Sala considera que en este caso es procedente conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio, esto es, mientras el Juez Primero Promiscuo de Familia de Ocaña decide sobre la custodia y cuidado de los menores, en atención a que sus derechos fundamentales no pueden quedar desprotegidos mientras se adopta una nueva resolución judicial.

En mérito de lo expuesto, la Corte procederá a revocar la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña, el 1 de febrero de 2011 y concederá el amparo transitorio de los derechos de Ana y Juan, así como de Pedro, su progenitor. En tal virtud, la Sala procederá a ordenar al ICBF Centro Zonal de Ocaña que proceda a disponer lo necesario para el traslado de los menores a la residencia de su padre en la ciudad de Bogotá. De igual manera, oficiará al ICBF del sector donde reside Pedro para que brinde el acompañamiento necesario a Ana y Juan, así como a sus padres y familiares.

IV. DECISIÓN

La Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 1 de febrero de 2011 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña, mediante el cual negó el amparo de los derechos de Pedro y de los menores Ana y Juan.

Segundo.- En su lugar, CONCEDER, como mecanismo transitorio, la tutela a los derechos a la

integridad física y psicológica y a crecer en un ambiente de afecto, unidad familiar y solidaridad de Ana y Juan, hasta tanto se profiera sentencia dentro del proceso de custodia y cuidado personal promovido por María a favor de sus menores hijos, en contra de Pedro, que cursa actualmente en el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ocaña (Norte de Santander).

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTOS la Resolución N° XX, mediante la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal N° 4 de Ocaña (Norte de Santander), otorgó la custodia provisional de los niños Ana y Juan a Ruth, su abuela materna.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal N° 4 de Ocaña (Norte de Santander), que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia proceda a disponer todo lo necesario para el traslado de los niños Ana y Juan a la residencia de Pedro, su progenitor, en la ciudad de Bogotá. ADVERTIR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal N° 4 de Ocaña (Norte de Santander) que dicho traslado debe efectuarse a más tardar dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente providencia.

Quinto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal de Ciudad Bolívar de la ciudad de Bogotá (i) realizar una visita a los menores Ana y Juan dentro de los quince (15) días siguientes a su traslado a la residencia de Pedro, su padre, con el fin de que evalúe las condiciones en que se encuentran, y (ii) continuar haciendo el acompañamiento necesario a los menores y sus padres, hasta tanto lo requieran.

Sexto.- ORDENAR a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. que tome las medidas necesarias para que los niños Ana y Juan puedan culminar el año lectivo en el grado de escolarización correspondiente en el colegio en el que cursaron sus estudios durante el año 2010.

Séptimo.- Por Secretaría General LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada Ponente

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La decisión de excluir de cualquier publicación de la presente sentencia los nombres originales de los menores y sus familiares involucrados en el caso bajo estudio, como medida de protección, ha sido tomada entre otras, en las siguientes sentencias: T-523 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-442 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-420 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-1390 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez caballero); T-1025 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

2 A folio 9 del cuaderno principal del expediente aparece copia del registro civil de nacimiento de Ana, nacida el 1 de mayo de 2002. (En adelante, se entenderá que los folios a los que se haga referencia, hacen parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente lo contrario).

3 En la copia del registro civil de nacimiento de Juan se lee que su fecha de nacimiento es el 14 de enero de 2000 (Folio 10).

4 Así lo expresa textualmente el peticionario en su escrito de tutela (folio 1).

5 Sentencia del Juez Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña, quien decidió “CONCEDERLE al señor PEDRO [...] la Custodia y Cuidado de sus infantes hijos ANA y JUAN, quien velará en todo sentido y responsabilidad por ellos, a partir de la fecha de esta determinación [...]”. Es de anotar que, de conformidad con el recuento efectuado por el juez, los menores ya habían sido encargados provisionalmente a la abuela materna. Posteriormente, mediante Resolución N° 004 de 15 de julio de 2009, el ICBF decide reintegrar a los niños a la madre, María, junto con la custodia, cuidados personales y tenencia, bajo el argumento de que, con base en los estudios psico-sociales realizados, se había constatado que los niños no se encontraban en estado de abandono, ni sufrían desnutrición. El juez tuvo en cuenta para otorgar la custodia de los niños al padre el dictamen psicológico de 6 de mayo de 2009, en el que la psicóloga que entrevistó a Ana narra que esta última afirmó haber sido objeto de un trato impropio por parte del compañero permanente de su madre. Así, por ejemplo, en la sentencia del juez, aparecen transcritos algunos apartes de tal dictamen en el que se lee: “... El señor PABLO esposo de mi mamá, me toca mis partes , le dice a mi hermano que se valla (sic) para la tienda a traer algo, y entonces, él me mete la mano por la cola y me toca mis partes privadas , yo le digo que me suelte, que no me gusta y él no me dice nada y no me suelta, yo le cuento a mi mamá, ella lo regaña y él no dice nada, mi mamá le dice ¿Por qué me toca mis (sic) partes íntimas?, pero él lo sigue haciendo, cuando me toca lavar la loza, él llega por detrás y me mete la mano por la cola y me toca mis partes... (fl. 205)”. Más adelante el juez de conocimiento citó textualmente la conclusión de la psicóloga en relación con la conducta adoptada por María, madre de los niños: “La señora aparentemente se encuentra renuente ante la situación, desconfiando de la palabra de la menor ANA, mostrándose colaboradora posiblemente para no generar sospecha de su posible complicidad y negligencia en su proceder, ya que María no continuó llevando a los menores a terapia y seguimiento psicológico al Instituto de Bienestar Familiar como se había recomendado en el año pasado”. (fl. 208)”. Y, finalmente, concluye la transcripción: “No se desconocen los antecedentes de la problemática familiar, intento de manipulación por parte de los progenitores hacia los

menores, no se descarta el posible abuso por parte del padrastro de la menor, ya que ha llegado posiblemente a utilizar muestras afectivas inadecuadas, por lo que la menor ha tomado tales conductas como agresivas y vulneradoras, siendo aparentemente sobre estimulada". (fl. 209)". (Folios 11 al 30).

6 Folio 18 a 20.

7 En el expediente obra copia de la denuncia penal instaurada por Pedro contra María, por el delito de inasistencia alimentaria (folios 33 a 35).

8 Obra el formato de la visita domiciliaria llevada a cabo por el ICBF Centro Zonal de Ciudad Bolívar, en la que consta que los niños se encuentran en buenas condiciones en el domicilio del padre. (Folio 43 a 45). El 19 de noviembre de 2010, el Coordinador del Grupo de Quejas Oficina de Control Interno Disciplinario solicita intervención en el caso de los niños Ana y Juan. Dicho informe expone que las condiciones generales en que viven los menores son buenas y en las observaciones indica: "En la visita domiciliaria no se logran identificar factores de vulnerabilidad o riesgo para los niños, por lo cual se generó una citación para ampliar las valoraciones desde psicología y nutrición y poder establecer diálogos con los niños y con el progenitor quienes no se encontraban en la vivienda al momento de la visita". (Folio 46 a 48). En la entrevista psicológica se da cuenta de la buena relación que tienen los niños con su padre y su abuela paterna. Otro aspecto que llama la atención es que Ana afirma sentirse mejor con su padre que con su madre y que no quiere ir de vacaciones a Ocaña. (Folios. 49 a 51). En el informe sobre la valoración nutricional de los niños, se observa que ambos se encuentran en adecuado estado nutricional. (Folios 53 a 56).

9 Aparecen las calificaciones de los niños Ana y Juan, en donde se puede apreciar que ambos tienen un rendimiento escolar alto (Folios 31 y 32).

10 La parte resolutive del acto administrativo dice textualmente, lo siguiente: "RESUELVE: ARTICULO PRIMERO: Otorgar de Manera Provisional la CUSTODIA de los Niños JUAN Y ANA, de once (11) y ocho (8) años de edad, en su orden, a su Señora Abuela Materna RUTH [...]. // ARTICULO SEGUNDO: Ordénese al Equipo interdisciplinario, realice proceso de acompañamiento y Psicoterapéutico a los Niños". (Folios 68 y 69).

11 El informe psicológico fue rendido el mismo 31 de diciembre de 2010, y señala: "Los niños son atendidos por el área terapéutica del ICBF, dadas las condiciones emocionales que presentan actualmente, estas desencadenadas por la situación familiar y el deseo de ellos al querer permanecer con la progenitora en la ciudad de Ocaña y la resistencia y negación del progenitor respaldado por proceso legal que le otorga la custodia provisional de los niños exigiéndole el traslado a la ciudad de Bogotá. // Los niños presentan perturbación emocional con labilidad afectiva, evidenciando a partir de la entrevista semiestructurada con preguntas abiertas el deseo y los fuertes lazos afectivos que los unen con su progenitora, la buena relación entre ellos y el apoyo de su red extensa lo que permite garantizar y fortalecer el desarrollo psico-emocional agudizando los síntomas evidenciados actualmente. Los niños expresan abiertamente que desean estar con su progenitora y la confrontación de una situación contraria les desencadena miedo y angustia". // Se lograr evidenciar una fuerte influencia por parte del progenitor hacia los niños en relación con la progenitora generando en ellos miedo, temor, labilidad afectiva, pánico provocando episodios de ansiedad, con

respiración cortada y sensación de ahogo aumentando la perturbación emocional. // Se recomienda que los niños actualmente estén con su progenitora, y de esta manera lograr estabilizarlos emocionalmente ya que los lazos afectivos entre ellos agudizan riesgos y permite estabilizarlo, además es imperante tener en cuenta el reporte de los niños con relación a que los cuidados y las condiciones socioambientales, otorgadas por su progenitor no son las adecuadas generando en ellos un rechazo contundente y abriendo aún más la brecha en las relaciones parentofiliales. // En el proceso terapéutico se realizó en intervención en crisis desde la psicológica cognitiva y evaluación infantil, para estabilizar y manejar los episodios de ansiedad y de esta manera agudizar la perturbación emocional en la que se encontraban los niños". (Folios 70 y 71).

12 Al respecto véanse, entre otras decisiones, las sentencias T-603 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-643 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-219 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-726 de 2007 (M.P. Catalina Botero Marino).

13 Folio 11 del cuaderno de la Corte Constitucional.

14 Ver al respecto, el artículo 44 de la Constitución Política.

15 Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Documento A/4354 (1959) del 20 de noviembre de 1959.

16 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, aprobada por Ley 12 de 1991.

17 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

18 Adoptada por la resolución A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1968. Estos artículos disponen: "Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. // 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. // 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. // 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos". // "Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado // 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. // 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

19 Adoptada por la resolución A RES 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1968. El artículo 10 dispone: "Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y

fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. // 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. // 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

20 En virtud de la figura del bloque de constitucionalidad los convenios internacionales ratificados por Colombia, que han reconocido ampliamente los derechos constitucionales, forman parte del ordenamiento jurídico y, en esa medida, deben ser tenidos en cuenta en el desarrollo legislativo de los derechos y en la formulación de políticas públicas en esa materia.

21 Véase la sentencia T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). En aquella ocasión, la Sala de Revisión debió analizar el caso de una menor cuya madre había prestado consentimiento para darla en adopción, pero que después quiso recuperarla, retractándose de la decisión inicialmente tomada. La Corte consideró que el consentimiento para dar en adopción, de la madre de la menor, no cumplía los requisitos para ser “constitucionalmente idóneo”, es decir, libre de vicios, apto, amplia y debidamente informado, convenientemente asesorado y no haberse dado en contraprestación de un beneficio económico. Así, al haber constatado que en el caso particular tal consentimiento no era válido, la Sala concluyó que le era inaplicable la regla de irrevocabilidad del consentimiento para dar en adopción, después del plazo de 30 días. Por esa razón, concedió la acción de tutela, en protección de los derechos prevalentes de la menor, en especial su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, así como el derecho de la madre a no ser separada de su hija.

22 En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que “los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”.

23 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

24 Código del Menor, artículo 30: “Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o peligro, 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren, 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal, 5. Carezca de representante legal, 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental, 7. Sea adicto a

sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la drogadicción, 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad”. (Nota a pie de página número 11 en la sentencia que se cita). Es importante anotar que el Código del Menor vigente al momento en que se adoptó la sentencia (Decreto 2737 de 1989) fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedaron vigentes.

25 Este criterio recogido en el artículo 44 de la Constitución, ha sido consistentemente aplicado por los tribunales internacionales de derechos humanos, tales como la Corte Europea de Derechos Humanos, en casos de menores cuyos derechos entran en conflicto con los de sus padres; véase a este respecto, los casos de E.P. vs. Italia (sentencia del 28 de octubre de 1999, en la cual se declaró la licitud de una medida de protección consistente en separar a una menor de edad de una madre cuyos problemas psiquiátricos constituían graves riesgos para la salud de la niña) y Olsson vs. Suecia. (sentencia N° 2, del 27 de noviembre de 1992, en la cual se evaluó la medida de protección consistente en separar a unos niños menores de edad de sus padres, quienes presentaban antecedentes de deficiencias mentales que estaban causando retrasos en el proceso de desarrollo de los niños). (Nota a pie de página número 12 en la sentencia que se cita).

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17/2002, párr. 56.

27 Artículo 1° del Código de la Infancia y la Adolescencia.

28 El texto literal del artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia es el siguiente: “Artículo 22. DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. // Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

29 El artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia preceptúa: “Artículo 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”.

30 Las medidas de restablecimiento de derechos se encuentran enumeradas en el artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Incluye las siguientes: “1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico. // 2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado. // 3. Ubicación inmediata en medio familiar.

31 El artículo 79 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que las Defensorías de Familia “[s]on dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza

multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Y especifica más adelante que “[l]as Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista”. Y que “[l]os conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial”.

El artículo 82, por su parte, estipula las funciones del defensor de familia, dentro de las cuales, la Sala destaca las siguientes, por tener pertinencia para el caso bajo estudio: “1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza. // 2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes. [...] // 8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente. // 9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios. [...] // 11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar. [...] // 13. Fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación. [...] // 18. Asesorar y orientar al público en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.”

32 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Se trata del caso de una acción de tutela suscitada por la adopción de la medida de restablecimiento de derechos de un menor, consistente en su traslado a un hogar sustituto. La Corte encontró que dicha medida resultaba desproporcionada y vulneratoria de los derechos a la unidad familiar y al debido proceso de la accionante, madre del niño. No obstante, declaró la improcedencia de la acción por daño consumado, como quiera que el ICBF había ordenado previamente el reintegro del menor a su seno familiar.

33 El aparte “Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo” fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-740 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentería). Esta Corporación indicó que, en virtud del principio del interés superior del menor y la protección especial que le confieren la Constitución colombiana y los tratados internacionales ratificados por Colombia, resultaba constitucionalmente válido el contenido normativo del art. 100, inc. 4º de la Ley 1098 de 2006 que ordena someter las decisiones administrativas adoptadas por los defensores de familia y los comisarios de familia a la homologación o confirmación de los jueces de familia por petición de una de las partes o del

Ministerio Público.

34 El artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia expresa textualmente: “COMPETENCIA DEL JUZ DE FAMILIA EN ÚNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: 1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes. // 2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley. // 3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. // 4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia. // PARÁGRAFO. Los asuntos regulados en este código deberían ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta”.

35 Al respecto ver el apartado 3.2. de las consideraciones de la presente sentencia.

36 Sentencia T-572 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

37 Sentencia T-572 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

38 Folios 43 a 57.

39 Folios 31 a 32.

40 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En aquella ocasión, la Sala de Revisión ordenó a la Defensoría de Familia acudir en representación de las niñas ante el juez de familia competente para que, mediante los procedimientos especiales, contemplados en el ordenamiento jurídico, adoptara una solución definitiva sobre la custodia y cuidado de los menores.

41 Sentencia T-442 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). La Sala Segunda de Revisión analizó en esa oportunidad la acción de tutela interpuesta por el abuelo de un menor, quien consideraba que la decisión judicial adoptada por un juzgado de familia dentro del proceso de custodia iniciado por los padres del niño y que era favorable a sus pretensiones, vulneraba los derechos del menor. Lo anterior, por cuanto implicaba alejarlo -contra su voluntad- del grupo familiar al que había pertenecido desde su nacimiento, conformado por sus abuelos y tías maternas, ante el abandono de sus padres, quienes ahora pretendían recuperarlo. La Sala concedió el amparo transitorio de los derechos fundamentales del menor, hasta tanto se resolviera el nuevo proceso de custodia promovido por los abuelos del niño.

42 La jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que la privación del contacto de un menor con uno o ambos progenitores incide negativamente en la formación de su identidad personal y en los derechos a tener una familia y a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad (Sentencia T-024 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

43 Ver al respecto, el artículo 44 de la Constitución Política.