

Sentencia T-572/10

ACCION DE TUTELA CONTRA INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR-Caso de menor de edad con Síndrome de Down que es separado de su madre por presunto abuso sexual

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Estándares relacionados con el alcance y contenido de los principios de protección especial a la niñez y promoción del interés superior del menor

La jurisprudencia constitucional ha hecho esfuerzos significativos para sistematizar los estándares normativos, nacionales e internacionales frente a los cuales se ha comprometido el Estado colombiano, en relación con el alcance y contenido de los principios de protección especial a la niñez y promoción del interés superior y prevaleciente del niño. Así, de acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna. Esta protección especial de la niñez y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral se encuentra consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Procedimientos administrativos de protección y medidas de restablecimiento en el orden jurídico colombiano

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Procede amparo constitucional con el fin de establecer una relación materno filial digna entre el menor y su madre

Para la Corte es claro que si se ordena diseñar un plan de restablecimiento de la relación

materno-filial, se adoptaría una decisión que satisface en mayor medida el interés superior de PEDRO. De la aplicación de los criterios jurídicos relevantes que se reseñaron en la parte motiva de esta sentencia, una orden de esa dimensión: (a) es la que mejor garantiza el desarrollo integral de PEDRO, puesto que le brindaría la posibilidad real de desarrollar un vínculo materno-filial con su madre biológica, salvo que en la opinión informada de un equipo de profesionales capacitados, ello no satisfaga su interés prevaleciente; (b) es la que mejor preserva las condiciones requeridas para el ejercicio de sus derechos fundamentales, en particular su derecho a tener una familia y no ser separada de ella si no es en atención a su interés superior; por lo tanto, debe (c) propender por la protección de PEDRO frente a riesgos prohibidos, puesto que abre la posibilidad de que sea reintegrado al cuidado de MARIA únicamente si ésta se considera apta, luego de un completo proceso de acompañamiento terapéutico, para proporcionarle los cuidados que necesita; (d) establece un equilibrio entre los derechos fundamentales prevalecientes de PEDRO y los de su madre, que en caso de ser necesario, deberá romperse a favor de los derechos de PEDRO por decisión de un comité de profesionales; decisión que debe (e) respetar la necesidad de evitar cambios desfavorables en la situación actual de PEDRO, ya que mantiene su ubicación en el hogar en el que se encuentra, pero garantiza, por la intervención psicológica del comité interdisciplinario, que comience a establecer gradualmente -no de manera casi directa, como se disponía en el fallo del juez de primera instancia- un proceso de acercamiento con su madre.

Referencia: expediente T-2.221.881

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., quince (15 ) de julio de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá.

## I. ANTECEDENTES

Anotación Preliminar.

1. Esta Sala ha adoptado como medida de protección de la intimidad del niño involucrado en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma sus nombres verdaderos y los de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación<sup>1</sup>.

Hechos relatados por la demandante.

2. MARÍA, a nombre propio y en representación de su hijo PEDRO, menor de edad que sufre Síndrome de Down, interpuso acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) por considerar que esta entidad les está vulnerando el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella y, en especial, la protección constitucional del interés superior del niño a que su hijo tiene derecho, con base en los siguientes hechos y consideraciones:

1. Afirma que el ICBF, mediante la Resolución N° 19 del veintiséis (26) de junio de 2004, declaró en “situación de peligro” al niño PEDRO y que luego, mediante la Resolución No 31 del dieciséis (16) de septiembre del mismo año, el niño fue declarado en “situación de abandono”. La actora interpuso recurso de apelación en contra de esta última resolución pero fue confirmada mediante Resolución No 2010 de 2004.

2. Dice la actora: “las resoluciones mediante las cuales se declara en situación de peligro y en estado de abandono a mi menor hijo, se producen porque el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Bogotá - Centro Zonal Revivir, cree que he realizado y practicado actos sexuales en la humanidad de mi menor hijo [y] que he consentido estos actos libidinosos, cuando en realidad de verdad (sic) eso no es cierto”. Afirma que incluso, en el marco de la investigación penal que fue adelantada para esclarecer estos hechos, fue absuelta “pues la Fiscalía pudo constatar que estas acciones jamás se sucedieron (sic) y que de lo que me acusan es propio de un niño que padece síndrome de Down”.

3. Manifiesta que han transcurrido más de cuatro (4) años y PEDRO “ha perdido todo contacto o vínculo familiar, [con] su propia progenitora y sus dos hermanos, sin que se le haya permitido al menor visita alguna, causándole un grave daño, (...) se encuentra alejado, aislado totalmente; circunstancias estas que cuando vuelva a ver a todos sus familiares, indudablemente su reacción puede ser de rechazo”. Agrega: “[n]o se me ha permitido ver a mi hijo, dizque porque le causo perjuicio; es mi hijo y me lo han arrancado de mi ser; (...) me lo quitaron sin tener ninguna fundamentación legal valedera para que se profirieran esas resoluciones de abandono y peligro”.

4. Por medio de la presente acción de tutela la actora reclama, específicamente, la entrega de su hijo por parte del ICBF. Revisada en conjunto la estructura de la demanda se identifican los siguientes grupos de argumentos expuestos por la demandante para justificar su solicitud: (i) Sostiene que actualmente cuenta con todas las condiciones necesarias para brindarle la atención y el cuidado que reclama su hijo, entre ellas, “una red de apoyo familiar en familia extensa, la que se puede responsabilizar del proceso de habilitación y protección que requiere [PEDRO]”, un inmueble de su propiedad y recursos económicos suficientes para asumir los gastos que pueda generar la asistencia de su hijo, y un “perfecto estado mental [y] psicológico” para asumir sus obligaciones legales como madre del niño; (ii) Que no existen, “y si existieron, hoy han desaparecido de manera ostensible”, las razones que justificaron la declaratoria de situación de peligro y estado de abandono de su hijo; y por último, (iii) que de acuerdo a las disposiciones normativas constitucionales y legales, así como la dogmática jurisprudencial que define el interés superior del niño, lo que corresponde en este caso es que su hijo vuelva al seno materno en cumplimiento del mandato según el cual todo niño tiene derecho a una familia y a no ser separado de ella.

5. El veintitrés (23) de enero de dos mil nueve (2009), la solicitud de tutela fue admitida por el Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá.

Intervención de la parte demandada.

1. Gisela Mosquera Delgado, en su condición de Defensora de Familia de la Defensoría Uno del Centro Especializado de Protección Revivir, solicitó negar la solicitud de amparo de la accionante. Para motivar su solicitud sostuvo lo siguiente:

1. En el año 2003, la actora contaba con la custodia de su hijo PEDRO, sin embargo, por condiciones de “descuido y negligencia” la perdió. En primer lugar, indica que PEDRO fue víctima de abuso sexual por parte de una profesora cuando se encontraba estudiando en el Instituto Campestre Sibaté. Según la Defensora de Familia, la prueba del abandono está en que “la tutelante dejaba a su hijo PEDRO al cuidado de terceras personas, lo cual implicaba que fuera objeto de maltrato por parte de estas”, pero básicamente porque “los comportamientos sexuales que presentaba PEDRO eran de desconocimiento (sic) de la tutelante”. En segundo lugar, agrega que el vínculo matrimonial de la actora se disolvió por causa de “problemas de infidelidad y alcoholismo de la tutelante”. Según la representante del ICBF, la situación de alcoholismo degeneró en problemas psiquiátricos y por todo ello, los hijos mayores de la actora se encuentran ahora bajo el cuidado de la abuela paterna y el padre;

2. A partir de lo anterior, sostiene que la madre no cuenta con las condiciones psicológicas y emocionales para atender a PEDRO. Afirma que “ante los comportamientos sexualizados (sic) de su hijo [MARIA] accedió a la petición que de manera obsesiva le hacía su hijo en cuanto a que le efectuara determinados actos sexuales con el fin de que superara la fijación que tenía, lo cual se le facilitaba debido a que dormía en la misma cama con su hijo PEDRO”. Señala que esta situación “es reconocida por ella en entrevista con el equipo psicosocial de la institución Asociación Hogar para Niño Especial”.

4. Afirma que la “la extinción de la patria potestad de los padres respecto de sus hijos encuentra su justificación en la medida que se protege al NNA [Niño, niña o adolescente] de personas que no brindan las condiciones morales éticas sociales etc., sino que por el contrario con sus conductas -acciones u omisiones- ponen en riesgo la correcta formación del NNA en un ambiente de armonía y unidad”. En ese sentido, “en el caso sub-judice la tutelante no está en la capacidad de brindar a su hijo PEDRO condiciones morales para que tenga un desarrollo integral y adecuado de su personalidad por cuanto participó de juegos sexuales que éste le proponía a raíz de su abuso sexual con la excusa de que así se le quitaría la obsesión que tenía el niño (...) respecto a las relaciones sexuales.”

5. Refiriéndose específicamente sobre los hechos narrados en la demanda afirma que no es cierto que PEDRO “haya perdido contacto con el su (sic) grupo familiar debido a que después de la medida de abandono tuvo contacto con su progenitora, pues esta lo visitaba en la

institución. Tan es así que esas visitas le eran perjudiciales para su proceso terapéutico en la institución pues presentaba comportamientos disruptivos”, razón por la cual según informes de la institución posteriormente, fueron suspendidas. Agrega que “[n]o me consta que la tutelante se encuentre en perfecto estado mental y psicológico y con plena capacidad para cuidar a su hijo”.

6. Explicó también que “la negligencia de [la actora] en la protección de su hijo implicó que el ICBF le brindara protección por encontrarse en situación de riesgo como es el abuso de que fue víctima su hijo por lo que se abrió una investigación que concluyo (sic) con medida de restablecimiento dictada a su favor por el Centro Zonal (...) hoy adaptabilidad, medida que busca brindarle protección integral ante situaciones de riesgo como es el abuso sexual”. Señaló que “durante el desarrollo del proceso de restablecimiento de derechos de PEDRO la tutelante no movilizó recursos en aras de recuperar a su hijo” (...). “En efecto, dentro del expediente aparece que la medida de restablecimiento adoptada a favor del NNA PEDRO se encuentra en firme, cuyos términos están agotados”.

7. En relación con la protección del interés superior del niño, luego de hacer referencia a varias disposiciones constitucionales y legales, así como de transcribir apartes de la jurisprudencia de esta Corporación, la Defensora de Familia sostuvo que, dada la “situación de indefensión [de PEDRO] por el abuso de que fue objeto sin olvidar su deficiencia de tipo psíquico, pues sufre de Síndrome de Down con retardo mental”, se hizo necesario realizar en su favor acciones de protección como las que se han tomado, en este caso, respecto del hijo de la actora.

Del fallo de tutela de primera instancia.

1. El Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá resolvió conceder el amparo a favor de la accionante. En consecuencia, ordenó a la Dirección del ICBF, Regional Bogotá - Centro Zonal Revivir, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, iniciar el trámite pertinente para que el menor PEDRO fuera reintegrado a su familia. El Juzgado sostuvo que para ello era necesario “hacer la entrega del menor en cuestión, tomando las medidas necesarias para que [PEDRO] tenga el mínimo impacto posible al momento de su reintegro” y dispuso para ello, que el trámite no podía ser superior a

cuarenta y cinco (45) días. En ese sentido, ordenó al ICBF “prestar todo el apoyo institucional al menor PEDRO y su grupo familiar como lo es apoyo psicológico, terapéutico, educacional, de capacitación, de salud, de prevención, con el fin de garantizar al menor un nivel de vida adecuado”.

2. La Defensora de Familia de la Defensoría Uno del Centro Especializado de Protección Revivir impugnó la decisión del Juez de tutela. El Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá no concedió la impugnación presentada por la parte accionada, por haber sido presentada fuera de término.

Actuaciones surtidas en sede de revisión.

1. La Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional, decidió escoger para su revisión el expediente T-2.221.881. Como consta en dicho auto, de acuerdo con el sorteo realizado en la sesión correspondiente, el expediente fue repartido al Magistrado Juan Carlos Henao Pérez.

2. De acuerdo con el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, y dadas las dimensiones particulares del caso, con el fin de garantizar los derechos fundamentales del niño PEDRO a su integridad física y a su desarrollo afectivo, social y moral, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, ordenó en forma transitoria la suspensión de las órdenes dictadas en primera instancia por el Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá (Supra Párr. 4), en la sentencia de tutela del seis (6) de febrero de dos mil nueve (2009). A juicio de la Sala, esta medida era necesaria y urgente para que la Corte Constitucional pudiera examinar si en las circunstancias del caso, la entrega del niño a la madre, accionante en este asunto, pone en peligro sus derechos fundamentales.

3. Por considerarse útiles y necesarias en el asunto de la referencia y de conformidad con lo establecido en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 -Reglamento Interno de la Corte Constitucional-, en el marco del proceso de revisión se decretaron las siguientes pruebas:

1. Se ordenó a la Coordinadora del Centro Especializado de Protección Revivir del ICBF y a la

Defensora de Familia de la Defensoría Uno de este Centro Zonal, dentro del término de cinco (5) días hábiles:

a. Informar, teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley 1098 de 2006, cuál es el estado actual del proceso administrativo de protección que adelanta su despacho en relación con el niño PEDRO. Específicamente: (i) bajo qué medida de protección (situación jurídica específica) se encuentra actualmente el niño a cargo del ICBF, y (ii) si esta medida tiene el carácter transitorio o permanente. (iii) Se solicitó, de existir, el envío de las copias de los actos administrativos que definan la situación jurídica del niño PEDRO posteriores a la Resolución 2010 de 2004 que confirmó su declaratoria en situación de abandono.

b. Precisar -en orden cronológico desde la fecha en que se encuentra a cargo del ICBF hasta el día de hoy- cómo han funcionado las visitas al niño PEDRO. Específicamente, (i) cuándo y bajo qué condiciones se han permitido las visitas a sus familiares; (ii) cuándo y por qué motivos han sido suspendidas y (iii) sí actualmente, la señora MARÍA cuenta con la posibilidad de visitar a su hijo.

1. Se solicitó, a los Directores(as) de los Departamentos de Psicología de las Universidades Nacional de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Universitaria Konrad Lorenz, Universidad de los Andes y al Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que designaran a un profesional especializado de sus respectivos departamentos o facultades para que (i) revisaran los documentos que obran en el expediente de tutela de la referencia, y (ii) efectuaran una visita al hogar de la señora MARÍA, para efectos de elaborar una valoración y emitir un concepto profesional sobre las posibilidades con las que ella cuenta para desempeñar su rol de madre. Para estos efectos, se dispuso que la Secretaría General de la Corte Constitucional hiciera llegar a cada Director(a) de Departamento una (1) copia completa de los tres (3) cuadernos que conforman el expediente de la referencia. Para la valoración y la emisión del concepto profesional se concedió un plazo de diez (10) días hábiles.

2. Se ordenó al Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que designara a un profesional médico y un psicólogo de dicha entidad para que (i) revisara los documentos que obran en el expediente de la referencia, y (ii) efectuaran una valoración médica y psicológica integral del niño PEDRO, quien se encuentra ubicado en la Asociación

Hogar para el Niño Especial, con miras a rendir un informe detallado a esta Corporación sobre su estado actual, y sobre la posible existencia de requerimientos especiales de salud, la atención psicológica para su crianza y la posibilidad de reintegrarse al núcleo familiar con su madre, la señora MARÍA. Para estos efectos, se dispuso que la Secretaría General de la Corte Constitucional. Para la elaboración de este informe, se concedió un plazo de diez (10) días hábiles.

3. Por último, se ofició a la Defensora de Familia de la Defensoría Uno del Centro Especializado de Protección Revivir del ICBF y a la Coordinadora de la Asociación Hogar para el Niño Especial, para que (i) Remitiera a esta Corporación copia de los Informes de Seguimiento al Plan de Atención Integral Individual realizados al niño PEDRO desde el mes de octubre de dos mil ocho (2008) a la fecha y (ii) Reunieran al equipo técnico interdisciplinario de la Institución encargada del cuidado del niño PEDRO para que se realizaran una valoración integral y remitieran un concepto que de cuenta de las posibilidades de reintegración a su núcleo familiar. En el auto se indicó que “para la realización de este informe es indispensable que se realice una valoración completa y detallada sobre las condiciones psicológicas actuales de la señora MARÍA para asumir el cuidado del niño PEDRO.” Para cumplir con esta orden se dio un plazo de diez (10) días hábiles.

1. Teniendo en cuenta la necesidad de practicar las pruebas decretadas, se ordenó suspender los términos procesales hasta cuando fueran recibidas y valoradas por el Magistrado ponente.

Del contenido de las pruebas recaudadas por parte de la Corte Constitucional y otras actuaciones.

A continuación se referencian los apartados más relevantes de las pruebas recaudadas por esta Corporación.

a. Defensoría Uno del Centro Especializado de Protección Revivir

1. El quince (15) de julio de 2009, la Defensora de Familia de la Defensoría Uno del Centro Especializado de Protección Revivir envió escrito a esta Corporación indicando que el contenido de los artículos 107 de la Ley 1098 y 58 del Código del Menor es el mismo:

ARTÍCULO 107. CONTENIDO DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD O DE VULNERACIÓN DE DERECHOS. En la resolución que declare la situación de adoptabilidad o de vulneración de derechos del niño, niña o adolescente, se ordenará una o varias de las medidas de restablecimiento consagradas en este Código.

En la misma resolución se indicará la cuota mensual que deberán suministrar los padres o las personas de quienes dependa el niño, la niña o el adolescente, para su sostenimiento mientras se encuentre bajo una medida de restablecimiento, cuando a ello haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. Dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa. Para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustentan la oposición.

PARÁGRAFO 2o. Para garantizar la adecuada atención del niño, niña o adolescente en el seno de su familia, el Defensor de Familia podrá disponer que los padres o las personas a cuyo cargo se encuentre, cumplan algunas de las siguientes actividades:

1. Asistencia a un programa oficial o comunitario de orientación o de tratamiento familiar.
2. Asistencia a un programa de asesoría, orientación o tratamiento de alcohólicos o adictos a sustancias que produzcan dependencia.
3. Asistencia a un programa de tratamiento psicológico o psiquiátrico.
4. Cualquiera otra actividad que contribuya a garantizar el ambiente adecuado para el desarrollo del niño, niña o adolescente.

ARTÍCULO 58. Igualmente podrá el Defensor de Familia, con el objeto de garantizar una adecuada atención del menor en el seno de su familia, si es el caso, disponer que los padres o personas a cuyo cuidado esté el menor, cumplan algunas de las siguientes actividades:

- 2) Asistencia a un programa de asesoría, orientación o tratamiento a alcohólicos o adictos a sustancias que produzcan dependencia, cuando sea el caso.

3) Asistencia a un programa de tratamiento psicológico o psiquiátrico.

4) Cualquiera otra actividad que contribuya a garantizar un ambiente adecuado para el desarrollo del menor.

1. La Defensora de Familia de la Defensoría Uno del Centro Especializado de Protección Revivir indica que tanto la medida de abandono contemplada en el antiguo Código del Menor y la medida de adaptabilidad como se definió en la nueva Ley de Infancia y Adolescencia, son medidas administrativas de carácter provisional que pueden ser modificadas en cualquier tiempo, siempre que sean superadas las circunstancias que dieron origen a la medida. En relación con la situación del niño PEDRO indica:

“se encuentra en situación de abandono, medida decretada en la resolución N° 0031 del 16 de septiembre de 2004 confirmada en resoluciones Nos 034 del 04 de octubre de 2004 y 2010 del 5 de noviembre de 2004. [E]n el proceso de restablecimiento de derechos de PEDRO no se ha expedido resolución alguna en dicho proceso (sic) pero si equipos técnicos con los equipos psicosociales de la institución donde éste se encuentra y el de la Defensoría en el cual se conceptúa que la medida de abandono continúa por cuanto su progenitora, la señora MARÍA no tiene las condiciones mentales que puedan garantizar el cuidado de su hijo PEDRO”

1. Indica que la actora “no se dejó valorar por el psicólogo de la institución donde se encuentra su hijo. Circunstancia que impide evidenciar un cambio en la situación de vulneración de los derechos de su hijo, si ésta se encuentran superadas (sic) para modificar su medida de restablecimiento por la de reintegro a medio familiar por cuanto la información arrojada en las valoraciones a su progenitora no es sólida”.

2. En relación con las visitas hechas por MARÍA a su hijo PEDRO, indica que “ésta no contaba con permiso de visitas, prohibición que se dio desde la expedición de la medida de abandono del NNA PEDRO, visitas que fueron renovadas con la tutela”. Señala que la suspensión de las visitas se causó dado los comportamientos disruptivos de PEDRO luego de las visitas de su progenitora. Agrega que, las visitas del hermano mayor de PEDRO, evidenciaban un fuerte vínculo familiar a pesar de que éstas no eran tan frecuentes. Por el contrario, en relación con

las visitas de MARÍA “hubo una baja respuesta emocional y afectiva por parte de su hijo, comportamiento que ha ido disminuyendo por la familiaridad dada entre ellos, familiaridad que se da a través de los regalos y comida que le lleva. Así mismo, las visitas de la progenitora en la institución son cada quince días, (...) visitas en las cuales el vínculo afectivo se ha incrementado entre ellos por los obsequios que le lleva [MARÍA].

3. Concluye: “[e]n este orden de ideas la medida de abandono del NNA PEDRO sigue vigente debido a que su progenitora no cumplió con el proceso terapéutico impartido por la institución con el objeto de mejorar las pautas de crianza, aprender el manejo de la discapacidad de su hijo, entre otros. En virtud de lo cual la medida de abandono del NNA PEDRO, no obstante su carácter transitorio se ha convertido en carácter permanente debido a que la situación de vulneración de derechos del NNA PEDRO no se ha superado por el estado psicológico de su progenitora”.

b. Del informe del equipo psico-social de la Asociación Hogar para el Niño Especial.

1. La Defensora de Familia de la Defensoría Uno del Centro Especializado de Protección Revivir requirió a la Asociación Hogar para el niño especial para que informara si la actora cuenta con la posibilidad de visitar a su hijo PEDRO desde octubre del año 2007, bajo qué condiciones se han permitido las visitas, cómo han funcionado y si han sido suspendidas. La respuesta dada por la Asociación Hogar para el niño especial fue remitida a esta Corporación, en la que informa:

“Posterior a la revisión de historia del adolescente, se pudo confirmar que la señora MARÍA no contaba con el permiso autorizado de visitas el cual es emitido por la Defensoría de Familia durante los años 2007 y 2008, quien si contó con este permiso a partir del 23 de septiembre de 2008 fue el señor HERMANO de PEDRO. Durante las visitas se evidenció un vínculo afectivo muy fuerte entre ellos, aunque la frecuencia de visitas por parte de él ha disminuido.”

1. Indican que luego de que el Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá ordenara el proceso de reintegro familiar, “el equipo de atención psicosocial de la Asociación realizó entrevistas, visita domiciliaria y taller vivencial con la señora MARIA, así mismo se realizó

atención individual por área de psicología para preparar a PEDRO; debido al grado de discapacidad cognitiva del adolescente este proceso se orientó más al manejo de pautas de crianza de la señora MARÍA dado que el nivel de pensamiento de PEDRO es demasiado concreto y no lograría asimilar de manera adecuada los temas tratados dentro de una consulta. El proceso se ha realizado mediante monitoreo de las visitas dentro de la asociación por parte del área de psicología.”

2. Informan que “[d]urante las primeras visitas, se pudo evidenciar una baja respuesta emocional y afectiva por parte de PEDRO probablemente por no reconocer o no recordar de manera clara a la progenitora, este comportamiento continuó durante algunas visitas, pero ha ido disminuyendo en la medida en que ha habido familiaridad entre ellos (...)”. Señalan que la actora ha infringido algunas normas relacionadas con las visitas al niño PEDRO, como por ejemplo, asistir en horarios en los cuales no se permiten las visitas, tomarle fotografías al niño, saludarlo por “la ventanilla de la puerta de ingreso de la Asociación con otros familiares o personas que no tiene (sic) permiso”, lo que ha hecho que se le llame la atención.

3. Específicamente, en respuesta a la solicitud hecha por esta Corporación dirigida a obtener una valoración completa y detallada sobre las condiciones psicológicas actuales de la señora MARÍA para asumir el cuidado de su hijo, anexaron un informe cuyos datos más relevantes a continuación, en extenso, se transcriben:

“Área de vida y supervivencia.

“PEDRO presenta retraso mental moderado, síndrome de down y desnutrición aguda con 33kg de peso y 135 cm de estatura e índice de masa corporal 18.1%. No recibe medicación a permanencia. Dentición permanente, apiñamiento dental severo y gingivitis marginal simple

“Área de protección.

“PEDRO viene de una familia monoparental con jefatura femenina por parte de su progenitora la señora MARÍA. El adolescente tiene dos hermanos maternos, AAA de 31 años de edad y BBB de 30 años de edad quien según refiere su progenitora fue consumidor de sustancias psicoactivas.

“El adolescente ingresa al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debido a una denuncia

instaurada en la Fiscalía por parte de AAA quien reportó que su progenitora MARÍA abusaba sexualmente de PEDRO. Ante esta situación el adolescente ingresa al Centro de emergencia Paz de Cerro, por encontrarse en situación de peligro, negligencia y presunto abuso sexual por parte de su progenitora. El día 16 de octubre de 2003 es trasladado a la Asociación Hogar para el niño especial y el día 16 de septiembre de 2004 es declarado en situación de abandono.

“El día 6 de febrero de 2009 el Juzgado Dieciocho de Familia emitió un fallo de acción de tutela instaurada por MARÍA contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en cuanto al reintegro de su hijo menor a medio familiar. La Juez (...) notificó que en un término de 48 horas siguientes a la notificación se debería iniciar el trámite pertinente y tomar las medidas necesarias para que PEDRO tuviera un mínimo impacto posible y en un término de 45 días calendario se procediera a su reintegro familiar. Para dar cumplimiento a la notificación del equipo psicosocial de la asociación realiza acciones como entrevistas, visita domiciliaria, taller vivencial y seguimiento a las visitas de familia. El día 25 de marzo de 2009 la Corte Constitucional mediante auto (...) resuelve suspender en forma provisional la orden emitida por la Juez (...) mientras que la Corte decide sobre el caso. La Defensora de Familia Gisela Mosquera autorizó visitas cada quince días por parte de la señora MARÍA hasta el momento de definir la situación jurídica del adolescente.

“Área de Desarrollo

“PEDRO presenta un nivel de interacción social adecuado aunque poco limitado por su nivel de lenguaje; eventualmente arremete a sus pares sin motivo aparente pero este comportamiento es fácilmente reorientado mediante llamados de atención, aún así se presenta frecuentemente. Su estado de ánimo permanece estable y no se evidencian alteraciones significativas en esta dimensión aunque tiende a ser un poco irritable sin que esto sea un indicador de una alteración psicológica. A pesar de no necesitar supervisión constante si se necesita un nivel de monitoreo medio de su comportamiento dado que tiende a deambular por espacios de la Asociación diferentes a los destinados para realización de las actividades de tipo terapéutico.

“En el área de Terapia Ocupacional PEDRO es funcional en su desempeño ocupacional e independiente en la ejecución de las actividades ocupacionales básicas, con requerimiento

de supervisión del adulto cuidador. Es necesario que continúe involucrado en talleres de tipo cognitivo para incrementar, mejorar y/o mantener procesos mentales superiores tales como: observación, atención, concentración, memoria a corto y a largo plazo y creatividad; a su vez involúcralo (sic) en actividades instrumentales del hogar, en las cuales se evidencian buenas habilidades, destrezas y adecuado seguimiento instruccional (sic) para la ejecución de estas

“PEDRO desde el área de fisioterapia no presenta alternación neuromotora, lo que le permite ejecutar movimientos de forma voluntaria y selectiva. Es normotónico, su actividad refleja osteotendinosa normal y no presenta reflejos patológicos. Se observa buen equilibrio y las reacciones protectivas se encuentran conservadas. Sus rangos de movilidad articular se encuentran completos, excelente flexibilidad, y fuerza global adecuada para la edad. La piel y faneras están dentro de parámetros normales. Realiza cambios de decúbito, de posición hasta bípedo, presenta un estable patrón de marcha, hace carrera, salto bipodal y unipodal, lanza, decepciona, hace alcances, agarres y pinza fina, patea y ataja. A PEDRO le falta mayor coordinación en los patrones fundamentales de movimiento anteriormente mencionados.

“En el área de Educación Especial, según valoraciones realizadas PEDRO presenta un diagnóstico de Alteración en los Repertorios Básicos para el aprendizaje, razón por la cual debe asistir a un programa educativo especializado que tenga en cuenta sus necesidades educativas especiales y ritmo de aprendizaje. Actualmente se encuentra vinculado al programa Educativo Aula Hogar, Grado 0, con el objetivo de crear espacios y exponer a PEDRO a situaciones de la vida cotidiana y de un medio escolar no formal que le permita potencializar o alcanzar aprendizajes significativos, que le faciliten su desempeño, garantizando así, el derecho a la educación.

“Concepto

“Durante las entrevistas y visita domiciliaria se pudo constatar que la señora MARÍA cuenta con las condiciones económicas apropiadas y habitaciones para tener a su hijo en medio familiar. Pero teniendo en cuenta los antecedentes de la historia de PEDRO y la posibilidad de un presunto abuso sexual, no es posible determinar si el reintegro a medio familiar es el más adecuado para el adolescente dado que la información recolectada no es lo sólida (sic) para emitir una valoración a favor de este reintegro.

“Respecto a la valoración desde el área de psicología el proceso se llevó a cabo pero los

resultados no fueron los esperados dado que la Sra. MARÍA se negó rotundamente a ser valorada con una prueba de personalidad como parte del proceso integral de evaluación desde psicología; este evento puede crear sospechas sobre rasgos de su personalidad contraproducentes en relación con el proceso de crianza y cuidado del adolescente en referencia, pero dado que es solo una presunción y no se logró recopilar información al respecto, no se podría afirmar esto con absoluta certeza.

[Siguen firmas de los nueve (9) especialistas que suscriben el documento].

c. Informe de valoración y concepto profesional elaborado por la Pontificia Universidad Javeriana.

1. El Departamento de Psicología de la Universidad Javeriana, con el fin de responder a la solicitud de esta Corporación, relacionada con emitir un concepto profesional para determinar las posibilidades de la señora MARÍA para desempeñar su rol de madre, integró un equipo de seis (6) profesores calificados del área de psicología clínica y psicología jurídica, quienes aportaron un informe elaborado “a partir de una valoración efectuada con base en 1) Revisión de antecedentes (expediente), 2) Entrevista en visita domiciliaria y 3) Exploración clínica a través de la aplicación de pruebas psicodiagnósticas”. Indicaron como conclusión del concepto lo siguiente:

“De acuerdo con el resultado obtenido durante el proceso de valoración, la Sra. MARÍA no evidencia un comportamiento que pueda ser considerado de riesgo para el desempeño de su función materna. Por lo tanto, se considera que la Sra. MARÍA puede asumir y desempeñar su rol de madre y ofrecerle a PEDRO un ambiente familiar y una dedicación adecuada. Sin embargo, es indispensable que en caso de reintegrarse el hijo a la familia, la madre cuente con una orientación y un acompañamiento cercano por parte de una institución especializada en los problemas que presenta el niño (p.ej. Fundación Síndrome de Down), a fin de que adquiera habilidades de entendimiento y acción para el manejo de la enfermedad. La presencia de factores de riesgo históricos se atenúa con la presencia de los factores de protección actuales, los cuales indican un avance significativo en el comportamiento de la Sra. MARÍA frente a las obligaciones que como madre le corresponden” [subrayas del original].

d. Informe de valoración y concepto profesional elaborado por la Fundación Universitaria Konrad Lorenz.

1. La Fundación Universitaria Konrad Lorenz designó dos (2) profesionales calificadas del área de psicología (una psicóloga clínica y una psicóloga jurídica) para que rindieran un concepto profesional para determinar las posibilidades de la señora MARÍA para desempeñar su rol de madre, cuya conclusión es la siguiente:

“Como se evidencia en el informe MARÍA está motivada y tiene los recursos financieros y de tiempo para asumir el cuidado y la educación de su hijo, presenta en la actualidad un estado de salud física estable, pese a existir un antecedente de preinfarto, tiene un alto deseo de asumir la crianza y cuidado de su hijo. Estos aspectos podrían resultar positivos, contemplarse como factores protectores y deberán potenciarse en caso de existir un reintegro.

“Por otra parte, el evento relacionado con las supuestas conductas abusivas (conductas sexualizadas) que aparecen reportadas en el expediente no se consideran riesgosas, existieron dificultades por parte de la madre en el pasado para manejar este tipo de situaciones, muy comunes en niños con Síndrome de Down donde las respuestas de la madre están relacionadas con un manejo inexperto del desarrollo sexual del niño y no con las satisfacción de necesidades o impulsos sexuales de la madre, no se evidencian otras conductas o características que pudieran indicar la probabilidad de presentación de eventos similares.

“Vale la pena resaltar que la madre ha estado preparándose emocional, física, económica y socialmente para el regreso de su hijo, ha contado con una institución cercana especializada en el cuidado y educación de niños con Síndrome de Down, ha venido desarrollando un plan para organizar y coordinar sus actividades laborales y el cuidado de su hijo, colabora con la evaluación que se la ha realizado, asiste a las citas que se le ponen, entre otras.

“Sin embargo, existe evidencia de una deficiencia en las estrategias para afrontar y resolver problemas, y en este momento no tiene las competencias parentales que garanticen la seguridad y el bienestar del adolescente y que se requieren para ejercer la maternidad de un

hijo con las características de PEDRO.

“Entre la características de MARÍA que se configuran en situaciones de riesgo para el bienestar de PEDRO se presentan (...)

“1. Dificultades para la construcción de un vínculo seguro entre madre e hijo, determinado por la separación como resultado de la institucionalización y por las dificultades de la madre para establecer relaciones de confianza y para expresar el afecto de manera estable y continua.

“2. Limitado conocimiento y habilidades para establecer límites de conducta, identificar las necesidades de su hijo, y manejar las características propias del Síndrome de Down

“3. Déficit en las habilidades de solución de conflictos y de afrontamiento a situaciones difíciles que se evidencian en la historia de la madre y que han determinado las interacciones conflictivas con su familia

“4. Carencia de una red de apoyo que pueda hacerse cargo de PEDRO en caso de enfermedad o muerte de MARÍA y déficit en las habilidades que se requieren para construir una red de apoyo funcional

“1. Remitir a MARÍA a un proceso terapéutico dirigido a desarrollar las habilidades que se reportan deficitarias en los resultados de la evaluación, especialmente las habilidades para el cuidado y educación de su hijo y las requeridas para el manejo de la condición de PEDRO, incluyendo las necesarias para manejar la conducta sexual de un adolescente con Síndrome de Down.

“2. Promover la interacción entre la madre y el hijo con el fin de facilitar la formación del vínculo y desarrollar confianza.

“3. Trabajar con la madre en el establecimiento de redes sociales que le sirvan como apoyo a ella y a PEDRO.

“4. Realizar una supervisión del proceso de fortalecimiento de habilidades para el cuidado de PEDRO y un acompañamiento a la madre para facilitar su rol materno.”

e. Comunicación de la Defensora de Familia del Centro Zonal Revivir.

1. La nueva Defensora de Familia del Centro Zonal Revivir - Regional Bogotá, Gloria María Calderón Villalba, remitió a la Corte Constitucional un estudio de caso de la situación jurídica y psicosocial de PEDRO, firmado además por varios profesionales adscritos al Centro Zonal Revivir (dos trabajadoras sociales y una psicóloga). Manifiestan que luego de reunirse con el equipo interdisciplinario del Centro zonal Revivir para discutir el caso de PEDRO se encontraron situaciones que configuran violaciones al debido proceso protegido por el artículo 29 de la C.P y el artículo 26 de la Ley 1098 de 2006, dentro de las cuales, a juicio de la Defensora de Familia, se encuentran las siguientes:

1. “Antes proferir la Resolución de adaptabilidad no se vinculó a la familia extensa”, como, por ejemplo, los tíos o los hermanos del niño.

2. “Se observa un vacío en el expediente del año 2000 al año 2003”.

3. “No se observa valoración de psicología de la progenitora, no obstante aparecer en el expediente un informe de septiembre 12 de 2003, que dice ‘(...) Requiere atención y acompañamiento a la familia para facilitar el proceso de empoderamiento y garantizar el respeto de sus derechos (...)’”

4. “Falta valorar a los hijos mayores de MARÍA, señores AAA y BBB, quienes no se han vinculado en el proceso de Restablecimiento de Derechos. Es importante esta valoración para determinar el rol de madre de MARÍA.

5. Existe una discordancia entre la parte considerativa y la parte resolutive de la Resolución que confirma la declaratoria de situación de abandono de PEDRO, que fuera apelada por MARÍA. En la parte considerativa de esta resolución se indica: “Como es un niño de difícil adopción no sólo por su edad sino por su discapacidad, es importante que se le brinde total apoyo terapéutico a la madre, quien como lo dice está dispuesta a someterse al tratamiento que dispongan, ya sea de tipo psicológico, terapéutico siquiátrico o el conducente o necesario para desempeñar su rol de madre (...) por todo lo anterior, se hace necesario que el Defensor de Familia y el equipo interdisciplinario se figen (sic) metas claras de

compromisos, para lograr si ello es posible, que el menor pueda compartir algunos espacios con su progenitora y por qué no, con sus hermanos, en el caso de los discapacitados no hay que olvidar que unas sanas relaciones familiares lo ayudan a salir adelante”. Por otra parte, la parte resolutive confirma la resolución de abandono.

6. Indica la Defensora “Desde el punto de vista legal y cumpliendo con lo estipulado en los artículos mencionados, todas las actuaciones que hacen falta han debido de haberse ordenado y realizado antes de proferir la Resolución de abandono para cumplir con el Debido Proceso. La resolución de abandono (hoy adaptabilidad), es una decisión drástica, la cual solo se debe proferir una vez agotadas todas las diligencias necesarias y cumpliendo el “debido proceso”. Esta medida es la última que debe aplicar un Defensor de Familia. Se observa en el proceso a una madre que siempre ha reclamado a su hijo, que no se le dio la oportunidad de vincularse y menos de remitirse a un proceso de rehabilitación (...)”.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Competencia.

22. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

De los problemas jurídicos que propone el caso.

23. Dadas las particularidades de los hechos y situaciones de este asunto y de la revisión del material probatorio que, de manera previa, ha sido reseñado extensamente, esta Sala encuentra que la Corte Constitucional debe pronunciarse sobre diferentes problemas constitucionales de evidente complejidad, pues involucran aspectos médicos, psicosociales, jurídicos, e incluso morales. Por ello, para abordar la cuestión de manera integral, se han identificado tres interrogantes sobre los cuales esta Corporación debe pronunciarse:

En primer lugar, la Sala debe establecer si las decisiones administrativas en las que se declaró a PEDRO en situación de peligro, luego en situación de abandono y que actualmente lo mantienen en situación de adoptabilidad se produjeron de conformidad con los procedimientos previstos (respetando el debido proceso, Art. 29 C.P.) por nuestra legislación,

atendiendo el deber de promoción del interés superior y prevaleciente del niño involucrado y la preocupación por la materialización de sus derechos fundamentales.

En segundo lugar, resulta necesario esclarecer si, en el marco del proceso de protección socio familiar de PEDRO, y de conformidad con el deber de promoción del interés superior y prevaleciente del niño, las actuaciones del ICBF han sido respetuosas de su derecho y del derecho de MARÍA, a tener una familia y a no ser separado de ella.

Por último, y en tercer lugar, dependiendo de las respuestas a las que se llegue en relación con los dos anteriores interrogantes, la Corte debe evaluar si debe ordenarse el reintegro de PEDRO al núcleo familiar con su madre, y de ser así, establecer claramente la metodología para que ello suceda, con el menor número de traumatismos buscando la mayor satisfacción y respeto posible por los derechos fundamentales del niño.

Las preguntas planteadas definen el itinerario argumentativo a partir del cual se adoptarán las decisiones a que haya lugar en este caso. En ese sentido, para la resolución de los dos primeros problemas jurídicos la Corte revisará tres escenarios: En primer lugar, se reiterará el marco de protección que ha delimitado la jurisprudencia constitucional para definir el alcance y contenido de los principios de protección especial a la niñez y promoción del interés superior y prevaleciente del niño. En segundo lugar, se reconstruirán las reglas relacionadas con la aplicación material del mandato constitucional que dispone que los niños tienen derecho a una familia y a no ser separados de ella, y las condiciones en que se justifica la intervención del Estado para asegurar el cumplimiento de este mandato. En tercer lugar, se revisarán los trámites y requisitos que definen los procedimientos administrativos de protección que despliega el ICBF frente a niños, niñas o adolescentes en situaciones de riesgo. Para ello, se describirá el marco normativo del anterior Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) y se confrontará con la actual regulación que se desprende del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

A partir de lo anterior, la Sala realizará las consideraciones en relación con el caso concreto. Esta metodología de análisis permitirá a la Sala, al final de su examen, determinar con claridad si se han vulnerado derechos fundamentales de la accionante y/o de su hijo, y por tanto, si resulta procedente ordenar el regreso de PEDRO al lado de MARÍA, lo cual, de ocurrir, llevará a la Sala a indicar los requisitos y parámetros que, de acuerdo con las

valoraciones que obran en el proceso y las lecciones que ha dado la propia jurisprudencia, se deben satisfacer para que la reunificación familiar ocurra.

Estándares relacionados con el alcance y contenido de los principios de protección especial a la niñez y promoción del interés superior y prevaleciente del niño.

24. La jurisprudencia constitucional ha hecho esfuerzos significativos para sistematizar los estándares normativos, nacionales e internacionales frente a los cuales se ha comprometido el Estado colombiano, en relación con el alcance y contenido de los principios de protección especial a la niñez y promoción del interés superior y prevaleciente del niño<sup>2</sup>.

25. Así, de acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna.

26. Esta protección especial de la niñez y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral se encuentra consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia. Entre ellos, reitera la Corte, en primer lugar la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que “en 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”; y en el artículo 3-2, establece que “los Estados partes 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 y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que “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”; en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación; e igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

27. A nivel interno, con la Ley 1098 de 2006 se expidió el nuevo Código de la Infancia y Adolescencia<sup>3</sup>. Este estatuto normativo, además de recoger los parámetros axiológicos del derecho internacional de los derechos humanos contemplados en varios de los instrumentos referidos en el párrafo anterior, contempla varias disposiciones que recogen como criterio hermenéutico la interpretación prevaleciente de los derechos de los niños. Así, por ejemplo el artículo 1º dispone que este Código tiene como finalidad “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. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”. En la misma dirección, el artículo 2 establece como objeto de esta legislación “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado”.

Los artículos 5 y 6 definen la naturaleza de las normas contenidas en este código y las reglas

de interpretación y aplicación respectivamente:

“ARTÍCULO 5o. Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

ARTÍCULO 6o. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.”

Y específicamente, el artículo 9 de la Ley 1098 dispone:

“ARTÍCULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente

28. Por su parte, esta Corporación ha buscado caracterizar el concepto del interés superior del menor y su naturaleza prevaleciente. Por ejemplo, desde la sentencia T-514 de 1998 la Corte explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”. En esta sentencia, al igual que en la sentencia T-979 de 2001, la Corte

explicó que “(...) el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

29. En relación con la aplicación concreta del interés superior del niño y su carácter prevaleciente, la Corte indicó en la sentencia T-510 de 2003 que la determinación se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto: “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

30. En esta sentencia T-510 de 2003, la Corte planteó unos criterios generales iniciales para orientar a los operadores jurídicos en la determinación del interés superior en cada caso concreto. Dijo la Corte en esa ocasión: “para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas -las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados-, como (ii) jurídicas -los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-”. La determinación de estos criterios partió del reconocimiento de que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés. Al mismo tiempo, la definición de esos criterios, surgió ante la necesidad de recordar los deberes constitucionales y legales que tienen las autoridades en relación con la preservación del bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, que requieren de su protección, los cuales obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo

puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.

31. A partir de lo anterior, en la sentencia T-397 de 2004, esta Corporación concretó la regla jurisprudencial según la cual “las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un niño, niña o adolescente –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”

32. De conformidad con la regla precitada, en la misma sentencia, esta Corporación redefinió los criterios jurídicos generales a los que debe acudir, para adoptar cualquier decisión en casos como el presente: (1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado<sup>4</sup>. La aplicación de estos criterios, en el caso bajo examen, se realizará cuando se analice el caso concreto.

Sobre la protección constitucional del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

33. El artículo 42 Superior dispone que la familia se conforma “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. En la sentencia T-572 de 2009, esta Corporación indicó que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en

concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial.”

35. Ahora bien, el entendimiento que la jurisprudencia le ha dado a este mandato y su reconocimiento como un derecho fundamental<sup>6</sup> no tiene un carácter absoluto e irreductible. Por ejemplo, de un lado, la Corte ha indicado que “[e]l derecho constitucional preferente que le asiste a las niñas y niños, consistente en tener una familia y no ser separados de ella, no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”<sup>7</sup>. Pero en otros casos, la Corte también ha indicado que “no puede hacerse una valoración obstinada y radical, según la cual, para todo caso, la defensa del interés del menor conlleva necesariamente la reconstrucción de ciertos vínculos familiares, en especial, cuando es posible verificar circunstancias como la manifestación expresa y libre de los menores de no querer que dicho vínculo se restablezca”<sup>8</sup>

36. En la sentencia T-572 de 2009, la Corte al concluir sobre los contenidos iusfundamental y prestacional de la preservación de la unidad familiar, concluyó: “[e]n suma, la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva iusfundamental del derecho, demanda del Estado un deber general de abstención (prohibición de puesta en marcha de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños), en tanto que desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar medidas positivas (programas sociales), dirigidas a mantenerla y preservarla”.

De acuerdo con lo anterior, en clara concordancia con lo señalado en los párrafos del título precedente, la defensa de la integración y/o el restablecimiento familiar, necesariamente conlleva un ejercicio valorativo del juez constitucional, en cada caso, en función del interés superior del niño, niña o adolescente inmiscuido en la cuestión.

Procedimientos administrativos de protección y medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

37. En los últimos veinticinco años se han adoptado en Colombia dos estatutos encaminados

a regular y definir el conjunto de normas y procedimientos de protección a favor de los menores de dieciocho años. El primero de ellos, es el Decreto 2737 de 1989, más conocido como el Código del Menor. El segundo aparece con la Ley 1098 de 2006 o Ley de infancia y adolescencia<sup>10</sup>, ante la necesidad de reorientar los criterios y parámetros reguladores en el tema, con el fin de hacer compatible la normatividad interna con las necesidades contemporáneas y con las obligaciones internacionales en la materia. Esta nueva ley, revocatoria del anterior Código del Menor, ha implicado un cambio sustancial en varias percepciones, incluso semánticas, sobre las relaciones de la sociedad con los sujetos de especial protección, respecto de quienes van dirigidas sus disposiciones. Por citar un ejemplo, con la nueva legislación se reemplaza el uso de la expresión menor, arraigada en nuestra cultura jurídica, por las categorías niño, niña o adolescente, en razón a la connotación peyorativa que puede desprenderse de la primera al momento de referirse a aquellas personas con una edad inferior a los dieciocho años.

38. A continuación se expondrán los procedimientos previstos en cada una de estas dos legislaciones, el Código del Menor y la nueva Ley de infancia y adolescencia, encaminados a garantizar la protección de los niños, niñas o adolescentes que lo requieran, con el fin de precisar las diferentes etapas procesales para tratar las situaciones de riesgo e identificar las diferencias entre las dos regulaciones.

39. El artículo 36 del antiguo Código del Menor contemplaba la posibilidad de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio de un Defensor de Familia, declarara, dependiendo de la gravedad de las circunstancias, en situación de abandono o de peligro, a cualquier niño, niña o adolescente, con el fin de brindarle la protección debida. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 del mismo código, un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando:

“1. Fuere expósito.

2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la Ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.

3. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia

social o del hogar sustituto en que hubiere ingresado, por las personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación.

4. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando unos u otros lo toleren.

5. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la Ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia.

6. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social.

7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualesquiera otros motivos.”

Los artículos 37 y siguientes de este Código tenían definido un procedimiento para que los Defensores de Familia pudieran tomar la decisión de declarar en situación de peligro o abandono a un niño, niña o adolescente. En resumen, estos artículos definían en detalle los procedimientos para que se abriera la investigación, se practicaran pruebas, se adoptaran medidas de protección, las formas de impugnación (art. 51) y de control jurisdiccional (art. 56). El contenido de varias de estas disposiciones es relevante para el análisis posterior del caso concreto, en tanto, eran las normas vigentes durante los hechos que dieron origen al presente asunto.

40. Por su parte, la nueva Ley de infancia y adolescencia, que derogó el anterior código, habla de la búsqueda del restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuando se requiera “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados” (art. 50). La garantía de este restablecimiento de derechos, reclama del Estado una obligación general, a cargo de las autoridades públicas, de verificar el respeto de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, examen que comprenderá la realización de un estudio sobre los siguientes aspectos (art. 52):

- “1. El Estado de salud física y psicológica.
2. Estado de nutrición y vacunación.
3. La inscripción en el registro civil de nacimiento.
4. La ubicación de la familia de origen.
5. El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos.
6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social.
7. La vinculación al sistema educativo.”

Una vez adelantada la anterior verificación, la autoridad competente contará con los suficientes elementos de juicio para adoptar alguna de las siguientes medidas de restablecimiento de derechos, consignadas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006:

- “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.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”.

De manera complementaria, los artículos 54 y siguientes desarrollan in extenso el contenido y el alcance de cada una de estas medidas de restablecimiento de derechos. Para efectos de la resolución del caso concreto, interesa destacar las siguientes:

(...)

Artículo 56. Ubicación en familia de origen o familia extensa. Es la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos. Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos.

Artículo 57. Ubicación en hogar de paso. La ubicación en hogar de paso es la ubicación inmediata y provisional del niño, niña o adolescente con familias que forman parte de la red de hogares de paso. Procede la medida cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención. La ubicación en Hogar de Paso es una medida transitoria, y su duración no podrá exceder de ocho (8) días hábiles, término en el cual la autoridad competente debe decretar otra medida de protección.

(...)

Artículo 59. Ubicación en Hogar Sustituto. Es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen. Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar. En ningún caso podrá otorgarse a personas residentes en el exterior ni podrá salir del país el niño, niña o adolescente sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa de la autoridad competente.

En relación con el carácter transitorio de estas medidas dispone claramente el artículo 103 de la nueva ley de infancia y adolescencia:

“ARTÍCULO 103. Carácter Transitorio de las Medidas. La autoridad administrativa que haya adoptado las medidas de protección previstas en este Código podrá modificarlas o suspenderlas cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas. La resolución que así lo disponga se notificará en la forma prevista en el inciso 3o del artículo anterior y estará sometida a la impugnación y al control judicial establecidos para la que impone las medidas.

Este artículo no se aplicará cuando se haya homologado por el juez la declaratoria de adoptabilidad o decretado la adopción.

41. En la sentencia T-572 de 2009, esta Corporación precisó como regla que la adopción de medidas de restablecimiento de derechos (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), necesariamente, deben encontrarse precedidas y soportadas por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente. En esa dirección, el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se encuentra amparada 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 ponderación 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, también ha dicho esta Corte, puede acarrear un desconocimiento de aquéllos.

42. La descripción que acaba de hacerse sobre los procedimientos encaminados a garantizar la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescentes en situaciones que les representan amenazas, riesgos o vulneraciones, en el caso bajo examen, tiene una doble finalidad metodológica: de un lado, permitirá identificar si se presentó vulneración al debido proceso en perjuicio de MARÍA y/o de PEDRO, y de otro lado, establecer cuál es la situación legal de PEDRO con ocasión al cambio legislativo. Las dos situaciones serán abordadas en los apartados siguientes.

Análisis del caso concreto.

43. Descrito el contenido de las normas constitucionales, de los estándares internacionales y de las disposiciones legales relacionadas con los problemas jurídicos que plantea el caso, y teniendo presente sus complejas dimensiones, esta Sala adoptará la siguiente metodología de análisis: (i) revisará las circunstancias que llevaron a la imposición de la medida de protección inicial por el ICBF en relación con PEDRO; (ii) estudiará las actuaciones posteriores que ha adelantado el ICBF en el curso del proceso de protección socio familiar de PEDRO; (iii) hará referencia a las condiciones generales de vida de MARÍA; y (iv) determinará las posibilidades que, según las pruebas periciales decretadas y recaudadas por la Corte, asisten a la peticionaria para restaurar y desarrollar una relación materno-filial con su hijo que satisfaga su interés superior y prevaleciente. A partir de lo anterior (v) se darán las órdenes a que haya lugar.

(i) Reconstrucción de las circunstancias que llevaron a la imposición de la medida de protección inicial por el ICBF en relación con su hijo PEDRO hasta la instauración de la presente acción de tutela.

47. En el mes de agosto de dos mil tres (2003), el ICBF tuvo conocimiento, por parte de uno de los hermanos de PEDRO, de los hechos que dieron origen al proceso de protección desplegado en su favor. En resumen, lo que se informó al ICBF fue que PEDRO posiblemente había sido víctima de abuso sexual y había habido negligencia por parte de MARÍA en presentar la respectiva denuncia. Posteriormente, cuando el ICBF inició el proceso valorativo encontró que PEDRO se encontraba en un estado de desnutrición y descuido, y requería atención especializada dada su condición de niño con Síndrome de Down. Incluso, se inició un

proceso penal para determinar la responsabilidad de MARÍA en los presuntos abusos de los que quizá había sido víctima PEDRO; sin embargo, la Fiscalía resolvió abstenerse de iniciar la acción penal por cuanto nunca se estableció que se hubiera producido un abuso sexual en su contra<sup>11</sup>. No obstante, en el marco del proceso administrativo de protección se ordenó que el niño fuera institucionalizado en un hogar especializado.

Meses más tarde, mediante la Resolución N° 19 del veintiséis (26) de junio de 2004, el ICBF declaró en “situación de peligro” al niño PEDRO. Posteriormente, mediante la Resolución No 31 del dieciséis (16) de septiembre del mismo año, el niño fue declarado en “situación de abandono”. Frente a esta última resolución, la actora interpuso recurso de apelación, pero fue confirmada mediante Resolución No 2010 de 2004. Durante varios años la actora de manera irregular e inconstante, según el material probatorio que obra en el expediente, trató de mantener contacto con su hijo PEDRO. Algunas veces le fueron habilitadas, y otras suspendidas las visitas, por varios motivos.

48. Desde el año 2007 y durante el año 2008, por intermedio de apoderado, la actora presentó varias peticiones encaminadas a obtener la autorización para visitar de manera frecuente a su hijo y de esta manera empezar el restablecimiento del vínculo familiar con él, encontrando resistencia por parte del ICBF, en razón a los conceptos elaborados por la Asociación para el Niño Especial, donde se encuentra PEDRO.

Por ejemplo, en el concepto del 30 de mayo de 2007 elaborado por esta entidad se dice: “consideramos que no es viable comenzar un proceso con autorización de visitas, ya que en oportunidades anteriores se evidencio (sic) que dichas visitas influyen de manera negativa en PEDRO”. En otro concepto posterior elaborado por la trabajadora social de la Asociación para el Niño Especial, se sostuvo: “Teniendo en cuenta que el adolescente cuenta con resolución de abandono y las condiciones socioeconómicas, el contexto familiar y las características personales de la señora MARÍA, le imposibilitan evidentemente para asumir el cuidado de su hijo; no considero viable bajo ningún aspecto autorizar visitas o salidas a medio familiar por parte de su red de apoyo familiar en especial de su progenitora”. A partir de este tipo de conceptos, la Defensora de Familia de entonces, del Centro Zonal Revivir, negaba recurrentemente la autorización de las visitas. Como dato particular de análisis, es importante resaltar el hecho de que para la elaboración de estos conceptos no se realizaron valoraciones directas a MARÍA.

El apoderado de la actora reiteró en varias ocasiones la solicitud, tratando de evidenciar la transformación e incluso la inexistencia de las situaciones o condiciones personales de MARÍA, que pudieron dar origen años atrás a las medidas de protección en relación con PEDRO años atrás. En las nuevas solicitudes agregó documentos como el contrato de compraventa de bien inmueble, certificaciones de conducta de la parroquia y vecinos donde vive la peticionaria, para demostrar que habían desaparecido “las circunstancias que motivaron las situaciones irregulares para que se declarara los estados de abandono o de peligro” y el deseo fehaciente de MARÍA de volver a estar al lado de su hijo. Las respuestas siguieron siendo negativas por parte del ICBF.

49. Como producto de las constantes negativas, e invocando el carácter transitorio de las medidas de protección adoptadas en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de PEDRO, nuevamente la actora por intermedio de su apoderado, el veintinueve (29) de septiembre de 2009, solicitó a la Defensora de Familia encargada del caso de su hijo modificar las medidas decretadas. Frente a esta solicitud la funcionaria, el veintiuno (21) de octubre de 2009, respondió: “Si bien es cierto que las medidas de protección previstas en el artículo 53 de la ley 1098 de 2006 podrán ser modificadas o suspendidas cuando aparezca demostrado que las circunstancias que dieron lugar al ingreso inicial del NNA a protección han cambiado o mejorado conforme al concepto del equipo interdisciplinario del equipo psicosocial de la institución y de la Defensoría, también lo es que el artículo 103 de la ley 1098 de 2006 que es el mismo que usted menciona en su escrito, la medida de adoptabilidad no es una medida de carácter transitorio”. Agregó que “la medida de abandono decretada a favor del niño antes citado se encuentra en firme y no hay lugar a practicar nuevas pruebas (...)”.

50. Ante la negativa, la actora decidió acudir a la acción de tutela, que fue admitida por el juzgado dieciocho (18) de familia el veintitrés (23) de enero de dos mil nueve (2009).

(ii) De las actuaciones posteriores que ha adelantado el ICBF en el curso del proceso de protección socio familiar de PEDRO.

51. Como se indicó en los acápite anteriores de esta providencia, existen razones jurídicas de orden constitucional y legal que obligaban a la Defensoría de Familia, una vez adoptada la medida de protección consistente en separar a PEDRO de su madre biológica, a promover,

prioritariamente, la reunificación familiar, dada la naturaleza temporal de las medidas administrativas de esta especie. En consecuencia, la principal obligación de la Defensoría de Familia competente era la de promover, por los medios que estuvieran a su alcance, la superación –en lo posible– de las condiciones familiares que generaban una potencialidad de riesgo para PEDRO. A continuación se evaluará por parte de esta Corporación si se satisfizo este requerimiento por parte de los funcionarios del ICBF.

52. En primer lugar, de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, encuentra la Corte que luego de tener en conocimiento los hechos, y de realizar algunas valoraciones, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Revivir adoptó la Resolución N° 19 del veintiséis (26) de junio de 2004, declarando con ella en “situación de peligro” a PEDRO. Para adoptar esta decisión administrativa, la Defensoría tuvo en cuenta que el niño tenía familia extensa, la cual podría asumir la tenencia y el cuidado personal del niño para lo cual se ordena realizar las correspondientes investigaciones.

Sin embargo, a las pocas semanas, adoptó la Resolución N° 31 del dieciséis (16) de septiembre de 2004, por medio de la cual declaró, de acuerdo con su artículo primero, en “situación de abandono” al niño PEDRO. Según el contenido del acta, dentro de los fundamentos que llevaron a la toma de esta decisión se encuentran los siguientes apartados: “en acta de equipo técnico realizado en este despacho por el equipo interinstitucional en el concepto psicológico se dice que... ‘teniendo en cuenta las valoraciones psicológicas que se la ha (sic) realizado a la señora en mención (...) las pruebas arrojan rasgos de agresividad manifiesta, inestabilidad emocional, dependencia afectiva hacia las figuras masculinas, estado emocional cíclico, problemas de identidad sexual, introspección disminuida con poca capacidad para identificar sus errores (...) todo esto representa un riesgo para asumir su rol materno, (...)”. Y en la parte resolutive se toman además las siguientes decisiones:

“Artículo Segundo. Ubíquese al niño PEDRO en el hogar para el niño especial en la modalidad internado con cambio de modalidad.

“Artículo Tercero. Una vez en la institución se continuará brindando por parte del ICBF la protección a PEDRO buscando la formación integral y contribuir en su rehabilitación, prohíbese la visita de la progenitora a realizar trabajo terapéutico con la institución con el objeto de comprometerse a manejar mejor la conducta de su hijo.”

Contra esta decisión, la actora presentó recurso de reposición, que fue negado mediante la Resolución N° 34 del cuatro (4) de octubre de 2004, y de apelación el cual fue resuelto mediante la Resolución 2010 del cinco (5) de noviembre de 2004, confirmando la declaratoria de “situación de abandono” de PEDRO. En la parte motiva de esta última resolución se dice:

“(…) En el presente caso, como se trata de un menor de difícil adopción, no solo por su edad, sino por su discapacidad, es importante que se le brinde total apoyo terapéutico a la madre, quien como lo dice, está dispuesta a someterse al tratamiento que dispongan, ya sea de tipo terapéutico, psicológico, psiquiátrico o el conducente y necesario para lograr desempeñar su rol de madre. Concluidas las intervenciones, será el Defensor de Familia con los integrantes del equipo psicosocial quienes emitirán su concepto y analizarán y evaluarán los de los demás profesionales involucrados en el proceso, para determinar si MARÍA puede desempeñar su rol materno a cabalidad.

“Por el lado de PEDRO es importante establecer en el tiempo en que permanezca interno, si las conductas que presenta son “normales” o asociadas para los menores con Síndrome de Down o en este caso concreto son el resultado de un manejo externo (comportamiento de personas cercanas, entorno, ambiente)

“Por todo lo anterior, se hace necesario que el Defensor de Familia y el equipo interdisciplinario, se fijen metas claras de compromiso, para lograr si ello es posible que el menor pueda compartir algunos espacios con su progenitora y porque (sic) no, con sus hermanos. En el caso de los discapacitados, no hay que olvidar que unas sanas relaciones familiares lo ayudan a salir adelante.

“Por lo tanto, en el evento en que la respuesta de las valoraciones sea positiva, bien podría el Defensor de Familia, con el concepto del equipo psicosocial, hacer uso de lo normado en el artículo 59 del Código del Menor, que le da facultades, para modificar la medida decretada cuanto (sic) las circunstancias lo requieran en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte”.

53. Visto el contenido de los anteriores documentos, y luego de haber reconstruido las circunstancias que llevaron a la imposición de la medida de protección inicial por el ICBF en relación con su hijo PEDRO hasta la instauración de la presente acción de tutela, la Sala

encuentra que, en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, se presentan varias anomalías, que se traducen en el incumplimiento del deber primario de promover, prioritariamente, la reunificación familiar entre MARÍA y PEDRO. La sumatoria de irregularidades se pueden concentrar en la siguiente: no se ha intentado de manera seria, respetuosa y garante de los derechos constitucionales de PEDRO y MARÍA, restablecer su vínculo familiar de acuerdo con lo dispuesto en la propia Resolución 2010 de 2004. Varias situaciones demuestran este hecho:

En primer lugar, como fue ilustrado por la actual Defensora de Familia del centro zonal Revivir en su escrito de intervención ante esta Corporación, durante todo el proceso, incluso antes de las declaratorias de situación de riesgo y peligro a favor de PEDRO, no se hicieron esfuerzos razonables para vincular, durante los trámites, a la familia extensa de PEDRO y MARÍA, con el fin determinar la posibilidad de estructurar una red de apoyo en torno de la reconstrucción del vínculo materno-filial entre éstos.

En segundo lugar, analizado en su conjunto todo el procedimiento, se encuentra que nunca se diseñó un plan o un programa terapéutico de apoyo psicológico a MARÍA dirigido a reestructurar su vínculo materno filial con PEDRO y corregir las irregularidades, que pudieron dar origen a la adopción de las medidas de protección. Por el contrario, se encuentra que las decisiones de restringir las visitas y/o no aceptar las solicitudes de modificación de las medidas de protección sobre PEDRO y las decisiones sobre su situación jurídica, se determinaban a partir de los conceptos negativos emitidos por los profesionales del Hogar donde se encuentra PEDRO. El problema de estos conceptos, a juicio de la Sala, está en que no se advierte en ellos una valoración integral de MARÍA. Los profesionales en sus análisis partían de la conveniencia o no de que PEDRO volviera a estar con su madre, desde el punto de vista del Hogar donde éste se encuentra, pero sin tener en cuenta que nunca existió un proceso de restablecimiento del vínculo familiar que les permitiera determinar los avances y/o retrocesos de MARÍA en torno a la reunificación. Es decir, lo que no se tuvo en cuenta fue que, las respuestas negativas frente al desempeño de MARÍA como madre, se debieron también a un cierto grado de ineficiencia -incluso de indiferencia- de las autoridades en procurar, como primera medida, la re-integración en óptimas condiciones del núcleo familiar entre PEDRO y MARÍA.

En tercer lugar, y relacionado con el punto anterior, cuando en la Resolución 2010 de 2004,

se dispone que (i) dada la dificultad para la adopción de PEDRO, en razón a su edad y su discapacidad, es necesario brindar “apoyo ya sea de tipo terapéutico, psicológico, psiquiátrico o el conducente y necesario para lograr desempeñar su rol de madre” a MARÍA; además que (ii) tanto el diseño del apoyo terapéutico como la evaluación de sus resultados son responsabilidad del Defensor de Familia y el equipo interdisciplinario con el fin de que PEDRO, por su doble condición de niño en condición de discapacidad, pueda volver a tener unas sanas relaciones familiares [que] lo ayudan a salir adelante”; y que “en el evento en que la respuesta de las valoraciones sea positiva, bien podría el Defensor de Familia, con el concepto del equipo psicosocial, hacer uso de lo normado en el artículo 59 del Código del Menor, que le da facultades, para modificar la medida decretada cuanto (sic) las circunstancias lo requieran en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte”, la Sala encuentra que se le generó una expectativa clara y cierta a la actora de que se iban a disponer unos medios para que pudiera volver a estar con su hijo, expectativa frente a la cual el Estado, a la fecha, no ha sabido responder.

Así las cosas, de modo alguno se puede considerar válida la respuesta dada por la anterior Defensora de Familia a las petición de MARÍA, en la que le informa que las medidas que se desprenden de la Resolución 2010 de 2004, con la que se confirma que la declaratoria de PEDRO en situación de abandono es definitiva y no transitoria. Adicionalmente, porque de acuerdo con el artículo 103 de la nueva Ley de Infancia y Adolescencia, vigente y aplicable en este momento, la regla es el carácter transitorio de las medidas de protección, y para que la declaratoria de adoptabilidad (antes declaratoria de abandono) quede en firme y adquiera el carácter de irrevocable, debe ser homologada por un juez, situación que no se presenta en este caso.

54. Con base en lo anterior, la Corte concluye que las actuaciones desplegadas por las autoridades administrativas del ICBF, con posterioridad a las Resolución N° 2010 de 2004, no han sido respetuosas del debido proceso de MARÍA, ni garantes en su integridad del interés superior y prevalente de los derechos fundamentales de PEDRO, concretamente, porque no han satisfecho el deber primario de promover, prioritariamente, la reunificación familiar entre éstos. Así las cosas, la Corte deberá encontrar una fórmula que redefina la situación jurídica de PEDRO, para permitir que se estudie seriamente la posibilidad de garantizarle a él y a MARÍA como su madre, el acceso a una oportunidad real de establecer una relación materno-filial digna. Esta fórmula se determinará con base en los análisis que se exponen en los

apartados siguientes.

(iii) Las condiciones de vida actuales de la peticionaria.

55. De manera esquemática puede decirse que, de acuerdo con la información recaudada durante el trámite de la acción de tutela, se tiene que MARÍA ha atravesado por variados procesos de ruptura en sus vínculos familiares. Por ejemplo, no existe claridad sobre la red de apoyo en su familia extensa, quienes según la información que obra en el expediente, no se han caracterizado por prestar la atención debida o dar muestras de solidaridad en su caso.

56. También se tiene que MARÍA es madre de tres hijos, pero no vive con ninguno de ellos. Luego de la separación de su hijo menor PEDRO, con ocasión a las decisiones administrativa del ICBF, ha intentado restablecer el vínculo familiar de diversas aunque inconstantes formas. En algunas etapas ha intentado lograrlo siguiendo algunos de los lineamientos definidos por el ICBF, y cuando ello no funcionó, acudió a otros medios jurídicos, como la impugnación de las decisiones administrativas, la presentación de peticiones y luego a la presente acción de tutela.

57. De la documentación que obra en el expediente, se advierte que en la actualidad cuenta con una vivienda de su propiedad, se dedica a actividades de comercio que le proveen unos recursos adecuados y suficientes para su manutención, y que incluso le permitirían asumir las cargas económicas que le demandaría el cuidado de su hijo. Esta situación, en principio, garantizaría que, materialmente, MARÍA pudiera asumir la custodia de su hijo. No obstante, este no es el único parámetro que tendrá en cuenta esta Corte al momento de las órdenes respectivas en este caso, sino aquellos que siguen a continuación.

(iv) De las posibilidades que tiene la peticionaria para restaurar y desarrollar una relación materno-filial con su hijo que satisfaga su interés superior y prevaleciente. Factores favorables y desfavorables probados en el expediente.

58. De las entidades e instituciones a quienes esta Corporación solicitó emitir concepto técnico con el fin de obtener ilustración desde otro campo del conocimiento, sobre las problemáticas que rodean el caso sub examine, la Corte obtuvo sendos informes de la Asociación Hogar para el Niño Especial donde se encuentra PEDRO y de dos prestigiosas

universidades en el campo de la psicología: la Pontificia Universidad Javeriana y la Fundación Universitaria Konrad Lorenz. En los tres casos, los informes fueron elaborados por grupos conformados por profesionales cualificados<sup>12</sup>.

## 1. Informe de la Asociación para el Niño Especial

Factores favorables

Factores desfavorables

1. “Durante la entrevistas y la visita domiciliar se pudo constatar que la señora MARÍA cuenta con las condiciones económicas apropiadas para tener a su hijo en un medio familiar”.

“No es posible determinar si el reintegro a medio familiar es el más adecuado para el adolescente dado que la información recolectada no es lo sólida (sic) emitir una valoración a favor de este reintegro”

“Dado que la Sra. MARÍA se negó rotundamente a ser valorada con una prueba de personalidad [no se indica cuándo] como parte del proceso integral de evaluación desde psicología; este evento puede crear sospechas sobre rasgos de su personalidad contraproducentes en relación con el procesos (sic) de crianza y cuidado del adolescente en referencia pero dado que es solo una presunción y no se logró recopilar información al respecto no se podría afirmar esto con absoluta certeza. [Negrilla fuera de texto].

Recomendaciones

Del informe general se infiere la necesidad de realizar y consolidar un proceso de evaluación integral y más completo para emitir un concepto relacionado con la posibilidad de reintegrar a PEDRO a su medio familiar.

## 1. Informe de la Pontificia Universidad Javeriana

Factores favorables

Factores desfavorables

## “Factores de protección históricos

Toma de decisiones en situaciones críticas, tales como la terminación de las relaciones de pareja conflictivas, la búsqueda de alternativas de ingreso, y la búsqueda de apoyo profesional para dificultades emocionales y de consumo de alcohol.

Es crítica con su historia familiar y antecedentes personales. Reconoce sus límites y dificultades así como la necesidad de apoyo profesional.

Muestra fortaleza en el manejo de proceso jurídico. Es constante en la búsqueda de recursos para recuperar la custodia de su hijo.

Aunque algunas de sus elaboraciones son superficiales y poco reflexivas, es evidente un cambio de postura vital en el transcurso de estos seis años.

## Factores de protección actuales

Describe abundancia de recursos materiales.

Manifiesta motivación hacia la interacción cotidiana con su hijo.

Aspectos que pudieron constituir riesgo en algún momento han cambiado actualmente. Ya no describe una situación de escasos recursos económicos o materiales y reporta un estado emocional más estable y favorable.

No reporta consumo actual de alcohol u otras sustancias (SPA)

Tiene prevista una red de soporte basada en red de soporte basada en personas externas a la familia con el fin de cuidar a su hijo y pasar mayor tiempo con él.

Tiene un proyecto de vida a futuro viable y adaptado a sus circunstancias vitales actuales, en el cual su hijo ocupa un lugar preponderante.”

La existencia de factores históricos y actuales de riesgo descritos en detalle en el concepto:

“Factores de riesgo históricos:

Existe una historia de interacciones de violencia intrafamiliar en el grupo de origen (maltrato del padre hacia la madre) y de violencia conyugal con sus ex parejas.

Historia de vínculo conflictivo con hijos mayores.

Antecedentes de consumo de alcohol.

Carencia de una red de soporte instrumental y emocional a lo largo de su vida.

Episodio ambivalente de presunto abuso con su hijo que evidencia dificultades en la crianza.

“Factores de riesgo actuales

Sólo reconoce dificultades en el ejercicio del rol materno cuando se lo preguntan repetidamente. En la entrevista, describe el rol materno dando prelación a los aspectos recreativos de la relación con su hijo.

Manifiesta no poder diferenciar lo que está bien de lo que está mal en la crianza de su hijo; especialmente en cuanto al manejo de la sexualidad.

No cuenta con el apoyo de una red familiar y tiene deficiencias para contar con este recurso

No obstante, las conclusiones indican que: “La presencia de factores de riesgo históricos se atenúa con la presencia de los factores de protección actuales, los cuales indican un avance significativo en el comportamiento de la Sra. MARÍA frente a las obligaciones que como madre le corresponden”.

Recomendaciones

“De acuerdo con el resultado obtenido durante el proceso de valoración, la Sra. MARÍA no evidencia un comportamiento que pueda ser considerado de riesgo para el desempeño de su función materna. Por lo tanto, se considera que la Sra. MARÍA puede asumir y desempeñar su rol de madre y ofrecerle a PEDRO un ambiente familiar y una dedicación adecuada. Sin embargo, es indispensable que en caso de reintegrarse el hijo a la familia, la madre cuente con una orientación y un acompañamiento cercano por parte de una institución especializada

en los problemas que presenta el niño (p.ej. Fundación Síndrome de Down), a fin de que adquiera habilidades de entendimiento y acción para el manejo de la enfermedad”

## 1. Informe de la Fundación Universitaria Konrad Lorenz

Factores favorables

Factores desfavorables

“Como se evidencia en el informe MARÍA está motivada y tiene los recursos financieros y de tiempo para asumir el cuidado y la educación de su hijo, presenta en la actualidad un estado de salud física estable, pese a existir un antecedente de preinfarto, tiene un alto deseo de asumir la crianza y cuidado de su hijo. Estos aspectos podrían resultar positivos, contemplarse como factores protectores y deberán potenciarse en caso de existir un reintegro”.

“Por otra parte, el evento relacionado con las supuestas conductas abusivas (conductas sexualizadas) que aparecen reportadas en el expediente no se consideran riesgosas, existieron dificultades por parte de la madre en el pasado para manejar este tipo de situaciones, muy comunes en niños con Síndrome de Down donde las respuestas de la madre están relacionadas con un manejo inexperto del desarrollo sexual del niño y no con las satisfacción de necesidades o impulsos sexuales de la madre, no se evidencian otras conductas o características que pudieran indicar la probabilidad de presentación de eventos similares.”

“Vale la pena resaltar que la madre ha estado preparándose emocional, física, económica y socialmente para el regreso de su hijo, ha contado con una institución cercana especializada en el cuidado y educación de niños con Síndrome de Down, ha venido desarrollando un plan para organizar y coordinar sus actividades laborales y el cuidado de su hijo, colabora con la evaluación que se le ha realizado, asiste a las citas que se le ponen, entre otras.

“Sin embargo, existe evidencia de una deficiencia en las estrategias para afrontar y resolver problemas, y en este momento no tiene las competencias parentales que garanticen la seguridad y el bienestar del adolescente y que se requieren para ejercer la maternidad de un

hijo con las características de PEDRO.

“Entre la características de MARÍA que se configuran en situaciones de riesgo para el bienestar de PEDRO se presentan (...)

“1. Dificultades para la construcción de un vínculo seguro entre madre e hijo, determinado por la separación como resultado de la institucionalización y por las dificultades de la madre para establecer relaciones de confianza y para expresar el afecto de manera estable y continua.

“2. Limitado conocimiento y habilidades para establecer límites de conducta, identificar las necesidades de su hijo, y manejar las características propias del Síndrome de Down

“3. Déficit en las habilidades de solución de conflictos y de afrontamiento a situaciones difíciles que se evidencian en la historia de la madre y que han determinado las interacciones conflictivas con su familia

“4. Carencia de una red de apoyo que pueda hacerse cargo de PEDRO en caso de enfermedad o muerte de MARÍA y déficit en las habilidades que se requieren para construir una red de apoyo funcional

## RECOMENDACIONES

“Estas situaciones de riesgo, no son insuperables y pueden ser manejadas a partir de las siguientes recomendaciones:

“1. Remitir a MARÍA a un proceso terapéutico dirigido a desarrollar las habilidades que se reportan deficitarias en los resultados de la evaluación, especialmente las habilidades para el cuidado y educación de su hijo y las requeridas para el manejo de la condición de PEDRO, incluyendo las necesarias para manejar la conducta sexual de un adolescente con Síndrome de Down.

“2. Promover la interacción entre la madre y el hijo con el fin de facilitar la formación del vínculo y desarrollar confianza.

“3. Trabajar con la madre en el establecimiento de redes sociales que le sirvan como apoyo

a ella y a PEDRO.

“4. Realizar una supervisión del proceso de fortalecimiento de habilidades para el cuidado de PEDRO y un acompañamiento a la madre para facilitar su rol materno.”

61. Para la Corte es claro entonces que si se ordena diseñar un plan de restablecimiento de la relación materno-filial, se adoptaría una decisión que satisface en mayor medida el interés superior de PEDRO. De la aplicación de los criterios jurídicos relevantes que se reseñaron en la parte motiva de esta sentencia, una orden de esa dimensión: (a) es la que mejor garantiza el desarrollo integral de PEDRO, puesto que le brindaría la posibilidad real de desarrollar un vínculo materno-filial con su madre biológica, salvo que en la opinión informada de un equipo de profesionales capacitados, ello no satisfaga su interés prevaleciente; (b) es la que mejor preserva las condiciones requeridas para el ejercicio de sus derechos fundamentales, en particular su derecho a tener una familia y no ser separada de ella si no es en atención a su interés superior; por lo tanto, debe (c) propender por la protección de PEDRO frente a riesgos prohibidos, puesto que abre la posibilidad de que sea reintegrado al cuidado de MARIA únicamente si ésta se considera apta, luego de un completo proceso de acompañamiento terapéutico, para proporcionarle los cuidados que necesita; (d) establece un equilibrio entre los derechos fundamentales prevalecientes de PEDRO y los de su madre, que en caso de ser necesario, deberá romperse a favor de los derechos de PEDRO por decisión de un comité de profesionales; decisión que debe (e) respetar la necesidad de evitar cambios desfavorables en la situación actual de PEDRO, ya que mantiene su ubicación en el hogar en el que se encuentra, pero garantiza, por la intervención psicológica del comité interdisciplinario, que comience a establecer gradualmente -no de manera casi directa, como se disponía en el fallo del juez de primera instancia- un proceso de acercamiento con su madre.

En lo que sigue, se adoptarán en concreto las medidas correspondientes, buscando en todo caso, garantizar el respeto de estos criterios.

(v) De las medidas a adoptar.

62. De antemano, como en situaciones similares, la Corte desea precisar que por la complejidad del asunto, cualquier decisión que se adopte implicará una determinada carga para las partes involucradas. Particularmente, porque se trata de un caso, donde una madre ha estado separada, desde hace varios años, de su hijo que padece Síndrome de Down y éste

ha estado, durante varios años, bajo el cuidado del ICBF en un hogar especializado, teniendo contactos irregulares en intensidad y permanencia con su progenitora. A pesar de que la madre ha hecho diferentes intentos por restablecer sus vínculos familiares con su hijo, ello no ha sido plenamente posible, por razones de diverso orden. En casos así, donde es manifiesta la dificultad de satisfacer íntegramente todos los intereses en conflicto de manera armónica, la Corte está llamada a ponderar los diversos valores, principios y derechos constitucionales que están en juego, y adoptar la decisión que mejor preserve un equilibrio entre todos ellos, sacrificándolos al mínimo para lograr el máximo nivel de protección.

63. Como quedó demostrado, en el presente asunto no se han ofrecido a MARÍA todas las garantías que deberían haber enmarcado el debido proceso dentro de los trámites administrativos adelantados por el ICBF en el marco del proceso de protección a favor de PEDRO. También quedó claro que el ICBF no ha cumplido a cabalidad con su obligación de promover, en primer lugar, la reunificación familiar. Por último, en síntesis, las valoraciones hechas por los expertos de diferentes universidades del país, coincidieron en manifestar (i) que no existen razones de orden psico-social que impidan que MARÍA asuma el cuidado de su hijo PEDRO, pero también señalaron que (ii) el restablecimiento de este vínculo no puede darse de manera inmediata y radical, dado el tiempo de separación a que han sido expuestos madre e hijo, sino que la reunificación debe estar mediada por un proceso de acompañamiento para el restablecimiento de la relación materno-filial, en donde intervengan profesionales de diferentes áreas y que requiere de la participación activa y permanente de MARÍA. No obstante, es importante precisar que, como resultado del proceso de acompañamiento, también es posible que el interés superior de PEDRO aconseje que definitivamente no permanezca al lado de su progenitora ni se efectúe la reunificación, lo cual sólo podrá determinarse, al evaluarse los avances y/o retrocesos del proceso restablecimiento de la relación materno-filial.

64. En ese orden de ideas, la Corte tutelaré los derechos de PEDRO y de MARÍA a tener una familia y a no ser separados de ella. Sin embargo, para materializar este amparo es necesario adoptar una serie de medidas encaminadas a garantizar el interés superior de PEDRO y los derechos fundamentales de MARÍA. Para ello, se otorgará a PEDRO y a MARÍA una oportunidad real de establecer una relación materno-filial digna, por medio del desarrollo de un proceso de restablecimiento de la relación materno-filial que incluya la provisión de orientación psicológica para ella y PEDRO, a medida que vaya evolucionando la situación.

65. Para efectos de iniciar este proceso que tendrá como objetivo central garantizar la posibilidad de restablecer la relación entre PEDRO y MARÍA, se ordenará la integración, en los plazos que más adelante se señalan, de un Comité Profesional Interdisciplinario encargado de (a) supervisar el caso, (b) trazar los lineamientos del proceso de orientación familiar requeridos por la peticionaria y su hijo, (c) determinar las características y el ritmo del proceso de acercamiento entre PEDRO y MARÍA, y (d) dictaminar en forma definitiva, al cabo de un término prudencial de desarrollo del proceso, si MARÍA tiene posibilidades, y bajo qué condiciones, puede ejercer su rol de madre de PEDRO. Mientras el Comité Profesional Interdisciplinario adopta una decisión motivada sobre el caso, a menos que el Comité determine lo contrario, se ordenará que PEDRO permanezca en el hogar en el cual se encuentra actualmente.

66. Este Comité Profesional Interdisciplinario deberá estar integrado por tres (3) miembros: dos (2) psicólogo(a)s especializados designados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -distintos a los funcionarios que tuvieron incidencia sobre el proceso de protección sociofamiliar de PEDRO-, y por la Defensora de Familia Gloria María Calderón Villalba - en tanto en la actualidad es la Defensora encargada del caso, pero no incidió en las decisiones que fueron objeto de revisión en este asunto, relacionadas con el proceso de protección socio-familiar de PEDRO -, o en su defecto, por quien esté haciendo sus veces, quien deberá formar parte activa del Comité Profesional constituido para definir las decisiones arriba señaladas sobre el caso de MARÍA y PEDRO, y adoptar los actos administrativos a los que haya lugar, de conformidad con lo dictaminado por el Comité.

67. El Comité deberá reunirse, como mínimo, tres (3) veces: la primera, para determinar los componentes indispensables del proceso de restablecimiento de la relación materno-filial, así como la frecuencia y modo de supervisión de las visitas a PEDRO a las que haya lugar -supervisión para la cual el ICBF deberá prestar el apoyo logístico y de personal que se requiera-; esta reunión deberá tener lugar a más tardar antes de que transcurran ocho (8) días hábiles desde el momento en el que se designe al último miembro del comité y éste quede formalmente constituido; la segunda, una vez transcurrido un período de seis (6) semanas, pero antes de (8), desde la celebración de la primera reunión, durante las cuales el proceso de restablecimiento de la relación materno-filial ordenado debe haberse puesto en marcha, y en atención a los lineamientos proporcionados por el Comité en la primera reunión. Esta segunda reunión se deberá realizar con el fin de revisar los resultados

obtenidos hasta ese momento luego de analizar los informes sobre los contactos ocurridos en el proceso de acercamiento entre MARÍA y PEDRO; y la tercera, en la fecha que el mismo comité determine durante la segunda reunión, pero que debe llevarse a cabo dentro de un período de tiempo razonable predefinido por el propio Comité, luego de tres (3) meses, pero a más tardar antes de cinco (5), después de que el proceso de restablecimiento de la relación materno-filial haya sido puesto en marcha. En esta última reunión el Comité deberá elaborar un dictamen informado y motivado sobre las habilidades y capacidades reales que tiene MARÍA para desempeñar adecuadamente su rol de madre teniendo en cuenta sus avances y/o retrocesos, y el interés superior de PEDRO.

68. Para concretar esta medida es necesario ordenar a la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, designe a todos los miembros del Comité Interdisciplinario. Uno de los profesionales en Psicología especializados, a juicio de la Dirección del ICBF, será designado como coordinador del Comité, quien luego de revisar todo el expediente de tutela, deberá:

(a) Coordinar la conformación del Comité Profesional Interdisciplinario constituido para adoptar las decisiones arriba señaladas sobre el caso de MARÍA y PEDRO;

(b) Coordinar las reuniones de dicho Comité, que deberán celebrarse cuando menos en las tres (3) oportunidades señaladas en el párrafo precedente de esta sentencia, garantizando el cumplimiento de los objetivos allí precisados-, y

(c) Informar al Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá, como Juez de primera instancia sobre (i) el momento de constitución formal del Comité, (ii) las decisiones adoptadas en cada una de las reuniones que se celebren con su respectiva justificación, y (iii) cualquier otro asunto que el Comité considere pertinente, con el fin de que éste pueda verificar la ejecución y cumplimiento de este fallo.

69. En la misma línea, se ordenará a la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que, al momento de designar al profesional señalado en el párrafo anterior, le instruya en detalle sobre las funciones y compromisos del Comité Profesional Interdisciplinario, que son: (a) Luego de tres (3) meses después de que el proceso de restablecimiento de la relación materno-filial haya sido puesto en marcha, y dentro de un

período de tiempo razonable predefinido por el propio comité, pero a más tardar antes de cinco (5) meses, adoptar un dictamen informado y motivado sobre las habilidades y capacidades reales que tiene MARÍA para desempeñar adecuadamente su rol de madre teniendo en cuenta el interés superior de PEDRO; (b) Determinar el modo, la frecuencia, el momento, el lugar, la intensidad y el tipo de acompañamiento y supervisión de los contactos entre MARÍA y PEDRO, programando las visitas controladas, las aproximaciones y los contactos graduales a los que considere que haya lugar, una vez se dé inicio al proceso de acercamiento. La Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar también deberá informarle, que dentro sus obligaciones se encuentra la de (c) garantizar que estos objetivos sean cumplidos dentro de los plazos señalados, y (d) asegurando la participación activa de MARÍA durante el proceso de restablecimiento de la relación materno-filial, para expresar sus opiniones y argumentos sobre cualquier decisión importante que se vaya a adoptar.

70. También se ordenará a la Dirección del Instituto Nacional de Bienestar Familiar (ICBF) que garantice el apoyo de esta entidad a las decisiones adoptadas por el Comité Profesional Interdisciplinario en mención, y en particular que designe al personal psicológico que se requiera para controlar y supervisar los contactos entre PEDRO y MARÍA, según determine el Comité.

71. Por último, se comisionará al Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá, en tanto juez de primera instancia del proceso de tutela de la referencia, para que (i) notifique en detalle el contenido de esta decisión a MARÍA, (ii) se asegure de que MARÍA la ha comprendido completa y adecuadamente, y (iii) elabore un acta de compromiso a ser suscrita por MARÍA, en la cual ella exprese libremente su consentimiento para participar activamente en el proceso de acercamiento e integración que se le ofrecerá, y manifieste que comprende cuáles son las decisiones que eventualmente puede adoptar el Comité Profesional Interdisciplinario con base en su desempeño en tal proceso, así como su significado y sus implicaciones temporales y definitivas.

## DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el curso del presente proceso.

Segundo.- CONFIRMAR, pero por las razones y en los términos expuestos en esta sentencia, el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá, el seis (6) de febrero de dos mil nueve (2009), en el presente asunto. En consecuencia,

Tercero.- TUTELAR los derechos de PEDRO y de MARÍA a tener una familia y no ser separados de ella. Como consecuencia de este amparo constitucional, se adoptarán las siguientes MEDIDAS con el fin de garantizar la protección especial y la preservación del interés superior de PEDRO:

(1) Se otorgará a PEDRO y a MARÍA una oportunidad real de establecer una relación materno-filial digna, por medio del desarrollo de un proceso que incluya la provisión de orientación psicológica para ella y PEDRO, según evolucione la situación;

(2) Para efectos de iniciar el proceso que garantizará la posibilidad de restablecer la relación entre PEDRO y MARÍA, se ordenará que se integre, en los plazos que más adelante se señalan, un Comité Profesional Interdisciplinario encargado de supervisar el caso, trazar los lineamientos del proceso de orientación familiar requeridos por la peticionaria y su hijo, determinar las características y el ritmo del proceso de acercamiento entre PEDRO y MARÍA, y dictaminar en forma definitiva, al cabo de un término prudencial de desarrollo del proceso, si MARÍA tiene posibilidades, y bajo qué condiciones, puede ejercer su rol de madre de PEDRO. Todo lo anterior, de conformidad con las precisiones realizadas en la parte motiva de la presente providencia; y

(3) Se ordenará que mientras el Comité Profesional Interdisciplinario adopta una decisión motivada sobre el caso PEDRO permanezca en el hogar en el cual se encuentra actualmente, a menos que el Comité estime lo contrario.

Estas MEDIDAS se materializarán mediante las ÓRDENES y SOLICITUDES consignadas en los siguientes numerales:

Quinto.- Se ORDENA a la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que,

al momento de designar a los profesionales señalados en el numeral anterior de esta parte resolutive, instruya en detalle a quien hará las veces de Coordinador, que el Comité Profesional Interdisciplinario cuya constitución se ordena en la presente sentencia deberá reunirse por primera vez a más tardar dentro de ocho (8) días contados desde el nombramiento del último miembro. También deberá instruir a dicho profesional sobre las funciones y compromisos del Comité Profesional Interdisciplinario, que son: (a) Luego de tres (3) meses después de que el proceso de restablecimiento de la relación materno-filial haya sido puesto en marcha, y dentro de un período de tiempo razonable predefinido por el propio comité, pero a más tardar antes de cinco (5) meses, adoptar un dictamen informado y motivado sobre las habilidades y capacidades reales que tiene MARÍA para desempeñar adecuadamente su rol de madre teniendo en cuenta el interés superior de PEDRO; (b) Determinar el modo, la frecuencia, el momento, el lugar, la intensidad y el tipo de acompañamiento y supervisión de los contactos entre MARÍA y PEDRO, programando las visitas controladas, las aproximaciones y los contactos graduales a los que considere que haya lugar, una vez se dé inicio al proceso de acercamiento. La Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar también deberá informar al profesional que designe en virtud del párrafo anterior de esta parte resolutive, que entre las obligaciones de dicho profesional de coordinar las reuniones del Comité Profesional Interdisciplinario se encuentra la de (c) garantizar que estos objetivos sean cumplidos dentro de los plazos señalados, y (d) asegurando la participación activa de MARÍA durante el proceso de restablecimiento de la relación materno-filial, para expresar sus opiniones y argumentos sobre cualquier decisión importante que se vaya a adoptar.

SEXTO.- Se ORDENA a la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, designe a la Defensora de Familia Gloria María Calderón Villalba - en tanto en la actualidad es la Defensora encargada del caso, pero no incidió en las decisiones que fueron objeto de revisión en este asunto relacionadas con el proceso de protección socio-familiar de PEDRO -, o en su defecto a quien haga sus veces, para que forme parte activa del Comité Profesional Interdisciplinario constituido para definir las decisiones arriba señaladas sobre el caso de MARÍA y PEDRO, y adopte los actos administrativos a los que haya lugar, de conformidad con lo dictaminado por el Comité.

SÉPTIMO.- Se ORDENA a la Dirección del Instituto Nacional de Bienestar Familiar (ICBF) que

garantice el apoyo de esta entidad a las decisiones adoptadas por el Comité Profesional Interdisciplinario en mención, y en particular que designe al personal psicológico que se requiera para controlar y supervisar los contactos entre PEDRO y MARÍA, según determine el Comité.

OCTAVO.- Se COMISIONA al Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá, en tanto juez de primera instancia del proceso de tutela de la referencia, para que (i) notifique en detalle el contenido de esta decisión a MARÍA, (ii) se asegure de que MARÍA la ha comprendido completa y adecuadamente, y (iii) elabore un acta de compromiso a ser suscrita por MARÍA, en la cual ella exprese libremente su consentimiento para participar activamente en el proceso de acercamiento e integración que se le ofrecerá, y manifieste que comprende cuáles son las decisiones que eventualmente puede adoptar el Comité Profesional Interdisciplinario con base en su desempeño en tal proceso, así como su significado y sus implicaciones temporales y definitivas. Con base en las reglas procesales aplicables, el Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá deberá informar oportunamente a la Corte Constitucional, por intermedio del Despacho del Magistrado Ponente, sobre el resultado de esta gestión.

NOVENO.- Por intermedio de la Secretaría General, ENVIAR la página anexa al Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá, que será para su uso exclusivo y será retirada de toda publicación futura de esta sentencia. Así como (2) copias íntegras del proceso de tutela con el fin de que el Juzgado Dieciocho (18) de Familia de Bogotá al momento de notificar esta decisión, las allegue la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para los fines pertinentes.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Este tipo de decisiones han sido tomadas en varias ocasiones por esta Corporación en aquellos casos donde se advierte que un menor puede terminar afectado en alguno de sus derechos fundamentales por el hecho mismo de la publicación de la información que se ventila dentro del trámite de la acción de tutela, lo cual sugiere la necesidad de la reserva. Ver, entre otras, las sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996; SU-337 de 1999, T-941 de 1999, T-1390 de 2000, T-510 de 2003, T-639 de 2006, T-794 de 2007, T-900 de 2007, T-302 de 2008 y T-912 de 2008.

3 Ley 1098 de 2006. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

4 Para consultar en detalle el contenido y origen normativo de estos criterios, ver los párrafos 4.1.1 - 4.1.5 de la sentencia T-397 de 2004.

5 Ver T-447 de 2004. En el mismo sentido, la sentencia T-408 de 1995, en donde la Corte resolvió un asunto donde a una niña no se le permitía visitar a su madre, quien se encontraba privada de la libertad. Allí dijo la Corte “la Constitución consagra un derecho fundamental de los hijos y padres a mantener relaciones personales estrechas. (...)La Corte no vacila en calificar de fundamental este derecho, aplicando la expresa referencia del artículo 44 de la Carta Política”.

6 Ver, entre otras, las sentencias: T-274/94, T-278/94, T-378/95, C-562/95, T-587/98, T-049/99, T-510/03, T-087/04, T-165/04, T-599/06, T-900/06, T-566/07, T-515/08 y T-705/09.

7 Cfr. Sentencia C-997 de 2004.

8 Cfr. Sentencia T-302 de 2007.

9 Diario Oficial No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989

10 Ver Supra nota 3.

11 El examen sexológico practicado en el marco del proceso penal por un médico adscrito al Instituto Colombiano de Medicina Legal mostró que no había evidencia de abuso sexual alguno. Con base en este examen, el 26 de julio de 2004, la Fiscalía resolvió abstenerse de iniciar investigación penal.

12 El informe remitido por la Asociación para el Niño Especial fue suscrito por un equipo interdisciplinario compuesto por nueve profesionales, dentro de los que se encuentra la coordinadora del internado, un psicólogo, una fisioterapeuta, un médico, dos terapeutas ocupacionales, una nutricionista, una educadora especial y un odontólogo. El informe elaborado por la Pontificia Universidad Javeriana fue suscrito por seis profesores y profesoras asociados a la Facultad de Psicología. Todos acreditan estudios superiores de posgrado. El informe enviado por el Decano de la Facultad de Psicología de la Fundación Universitaria Konrad Lorenz fue resultado del estudio hecho por una psicóloga clínica y una psicóloga jurídica. Las dos adscritas a la Facultad y acreditan estudios superiores de posgrado.