

T-583-19

Sentencia T-583/19

COSA JUZGADA RESPECTO DE SOLICITUD PARA QUE MENOR DE EDAD SEA INCLUIDO EN EL PROGRAMA “HOGAR GESTOR”

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y TEMERIDAD-Diferencias

La cosa juzgada constitucional imposibilita reabrir un asunto concluido con precedencia, a través de un análisis jurídico agotado en sede judicial, para de esta forma permear de seguridad las relaciones jurídico procesales consolidadas en el marco de nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, la temeridad es un fenómeno jurídico que acaece cuando se promueve injustificada e irracionalmente la misma acción de tutela ante distintos operadores judiciales, ya sea de forma simultánea o sucesiva. De ahí que, desde sus inicios, esta Corporación haya advertido que dicho fenómeno, además de hacer alusión a la carencia de razones para promover un recurso de amparo que ya ha sido resuelto o se encuentra en trámite de resolución, comporta una vulneración de los “principios de buena fe, economía y eficacia procesales, porque desconoce los criterios de probidad que exige un debate honorable, dilata maliciosamente la actuación e impide alcanzar los resultados que el Estado busca con la actuación procesal”.

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Deber de autoridades judiciales de dar prelación al interés superior del niño

HOGAR GESTOR PARA POBLACION CON DISCAPACIDAD-Modalidad de apoyo y fortalecimiento a la familia con niños en situación de discapacidad

Referencia: Expediente T-7.337.501

Acción de tutela instaurada por Yuliet Falsuric Ríos Buritica en representación de su hijo Joseph David Ríos Buritica contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Valle del Cauca.

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre dos mil diecinueve (2019)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Constitucional,[1] que confirmó la decisión del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali,[2] que declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Yuliet Falsuric Ríos Buritica quien actúa en representación de su hijo menor de edad contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Valle del Cauca, ICBF.

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política[3], el Decreto 2591 de 1991[4] y el Acuerdo 02 de 2015[5], la Sala de Selección Número Cinco (5) de la Corte Constitucional[6] escogió, para efectos de su revisión[7], la acción de tutela de la referencia. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

I. ANTECEDENTES

El 14 de diciembre de 2018, la ciudadana Yuliet Falsuric Ríos Buritica en representación de su hijo de seis (6) años de edad, en condición de discapacidad, interpuso acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Valle del Cauca por considerar que dicha entidad ha vulnerado los derechos fundamentales de su hijo a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social al no otorgar su inclusión en el programa “Hogar Gestor”, el cual es ofrecido por el ICBF. La autoridad acusada advirtió la existencia de cosa juzgada constitucional toda vez que, en esta ocasión, la accionante presenta una nueva acción de tutela sobre los mismos hechos y

circunstancias. A continuación, se hace referencia a los hechos relevantes que dan lugar al proceso de la referencia.[8]

1. Hechos

1.1. La accionante de 32 años de edad, quien es madre del niño Joseph David Ríos Buritica nacido el 4 de enero de 2013[9] y diagnosticado con “parálisis cerebral espástica, convulsiones febriles, hidrocefalia severa con ausencia del cuerpo calloso, displasia septo óptica, problemas auditivos, estrabismo, problemas de visión, no camina y no habla”. [10] Manifiesta que es madre cabeza de hogar y que debido a la situación de salud de su hijo está dedicada a su cuidado permanente.

1.2. El 9 de noviembre de 2018 acudió a la acción de tutela,[11] solicitando al ICBF otorgar la inclusión del niño en el programa “Hogar Gestor”, [12] frente a lo cual la entidad respondió que la señora Ríos Buritica “no ha realizado solicitud en la entidad para el programa hogar gestor a favor de su hijo.” [13] El conocimiento correspondió al Juzgado Once Civil del Circuito que declaró “improcedente” la protección solicitada.[14] Posteriormente, la accionante presentó escrito de impugnación que fue rechazado “por extemporáneo”. [15]

1.3. El 14 de diciembre de 2018, la accionante presentó una nueva acción de tutela en contra del ICBF exponiendo los mismos hechos y pretensiones,[16] específicamente solicitando que su hijo sea incluido en el programa “Hogar Gestor”. Adicionalmente, precisó que de acuerdo a la sentencia T-1034 de 2005, existen supuestos que facultan a una persona para interponer una nueva acción de tutela sin que sea considerada temeraria.[17]

2. Respuesta de la entidad accionada

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Valle del Cauca, ICBF [18]

La Coordinadora del ICBF Regional Valle del Cauca, afirmó que la accionante interpuso otra acción de tutela sobre los mismos hechos,[19] en donde solicitó que su hijo fuera incluido en el programa Hogar Gestor.[20] Expuso que no existe constancia en el Sistema de Información Misional del ICBF (SIM) de que la accionante haya realizado solicitud a la

entidad para acceder a dicho programa. Adujo además, que el 3 de diciembre de 2018, dentro del trámite tutelar, el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali emitió sentencia de primera instancia[21]donde se decidió declarar “improcedente la tutela interpuesta”. [22]

3. Decisiones de instancia objeto de revisión

3.1. El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, en sentencia del 28 de diciembre de 2018 decidió declarar la improcedencia del amparo. En su concepto, la demanda es temeraria, siendo que ya antes se habían invocado los mismos hechos y perfilado las mismas pretensiones ante otra instancia judicial, es decir, ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, quien profirió fallo de tutela el 3 de diciembre de 2018 y resolvió: “NEGAR por improcedente la tutela interpuesta por la señora Yuliet Falsuric en representación del menor Joseph Ríos contra el ICBF...”. [23]

3.2. La decisión fue impugnada por la accionante.[24] En su criterio la nueva acción de tutela “no es temeraria”, ya que está reclamando los derechos de su hijo, los cuales se encuentran consagrados en la Constitución Política (art. 44), en razón a que es una “persona que no puede valerse por sus propios medios, pues se encuentra en total estado de indefensión”.

3.3. En segunda instancia, la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali mediante sentencia del 27 de febrero de 2019, confirmó el fallo de primera instancia. Al respecto anotó, que “si bien de la historia clínica aportada por la demandante, que data de los años 2013 y 2014, se desprende que su menor hijo para ese momento padecía de ‘hidrocefalia congénita, complicación mecánica de derivación (anastomica) (sic)ventricular intracraneal; convulsiones febriles, infección de vías urinarias, entre otros’, también lo es que, de una parte, no acreditó haber elevado petición formal, concreta y fundamentada ante el ICBF, en la que solicite ser beneficiaria de dicho programa y, de otra, por ende, es deber de la demandante acudir al ICBF a exponer de manera clara, completa y con los correspondientes soportes documentales –en un escrito similar al que ha presentado aquí como demanda de tutela- su situación a fin de que la entidad analice su caso particular y de ser procedente, la incluya en el programa de Hogar Gestor. Solo en la medida en que el ICBF tenga conocimiento y valore su situación podrá pronunciarse al respecto y, por ende, la aquí accionante estará legitimada para acudir ante el juez de tutela

si tal entidad le niega sin razón constitucionalmente atendible su inclusión en el mencionado programa”.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 86 y el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991[25].

2. Cuestión previa: como lo consideraron los jueces de tutela de primera y segunda instancia, en el caso concreto hay cosa juzgada constitucional

En estos términos, pasa esta Sala de Revisión a verificar si, respecto de la pretensión presentada se configuraron los fenómenos de cosa juzgada y, eventualmente, de la temeridad frente a la pretensión relativa a la solicitud de inclusión en el programa Hogar Gestor que ya había sido resuelta, de manera definitiva, en otro proceso de tutela.

2.1. Diferenciación entre la cosa juzgada constitucional y la temeridad

2.1.1. El Decreto 2591 de 1991 (art. 38)[26] dispone que la presentación de dos (2) o más acciones de amparo idénticas ante distintos jueces o tribunales, sin justificación alguna puede traer como consecuencia (i) la identificación de la cosa juzgada constitucional y/o (ii) la declaración de temeridad como fórmula que enjuicia y sanciona el ejercicio irracional de la tutela. Los ciudadanos tienen el deber de no abusar de los propios derechos y de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia” (art. 95 C.P.), por lo que deben evitar la presentación de tutelas sucesivas por los mismos hechos, las mismas partes y con idénticas pretensiones. Esa actuación congestiona injustificadamente los despachos judiciales e impide que la administración de justicia respete el derecho de los demás ciudadanos a que sus conflictos de intereses se resuelvan oportunamente (art. 228 C.P).

2.1.2. La cosa juzgada constitucional,[27] entonces, imposibilita reabrir un asunto concluido con precedencia, a través de un análisis jurídico agotado en sede judicial, para de esta

forma permear de seguridad las relaciones jurídico procesales consolidadas en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.[28] Así, la institución bajo alusión conlleva la consecuencia jurídica de declarar improcedentes las acciones de tutela que referidas a un mismo objeto, causa, pretensión y partes,[29] incorporan una controversia que ya ha sido objeto de resolución con anterioridad por parte de otra autoridad judicial y cuya decisión ha cobrado ejecutoria, ya sea porque, en control concreto de constitucionalidad, se ha emitido un fallo en sede de revisión o unificación por parte de la Corte Constitucional, o porque esta última, en ejercicio de su facultad discrecional, ha decidido no seleccionarla para emitir un pronunciamiento.[30]

2.1.3. Por otra parte, la temeridad es un fenómeno jurídico que acaece cuando se promueve injustificada e irracionalmente la misma acción de tutela ante distintos operadores judiciales, ya sea de forma simultánea o sucesiva. De ahí que, desde sus inicios, esta Corporación haya advertido que dicho fenómeno, además de hacer alusión a la carencia de razones para promover un recurso de amparo que ya ha sido resuelto o se encuentra en trámite de resolución, comporta una vulneración de los “principios de buena fe, economía y eficacia procesales, porque desconoce los criterios de probidad que exige un debate honorable, dilata maliciosamente la actuación e impide alcanzar los resultados que el Estado busca con la actuación procesal”.[31]

2.1.4. En estos términos, se ha interpretado que se configura temeridad respecto de un asunto puesto en conocimiento del juez de tutela, cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; (iv) ausencia de justificación razonable y objetiva frente al ejercicio de la nueva acción de amparo y (v) mala fe o dolo del accionante en la interposición de la nueva tutela.[32] En todo caso, si se llenan completamente los anteriores presupuestos, el juez constitucional se enfrenta a una actuación temeraria que lesiona los principios de moralización y lealtad procesal, por lo que no solo debe rechazar o decidir desfavorablemente las pretensiones, sino que además deberá promover las sanciones contenidas, por ejemplo, en el inciso tercero del artículo 25[33] e inciso segundo del artículo 38,[34] del Decreto 2591 de 1991, o en los artículos 80[35] y 81[36] de la Ley 1564 de 2012.[37]

2.1.5. Así, comoquiera que la temeridad es el resultado de un ejercicio abusivo del derecho, tendiente a satisfacer intereses individuales en desmedro de la lealtad procesal y de los

derechos de los demás ciudadanos, resulta lógico asumir que la misma se configure únicamente si la persona interesada ha obrado injustificadamente y de mala fe. Para ello, el juez constitucional deberá evaluar de manera cuidadosa en cada caso las motivaciones de la nueva tutela, teniendo siempre presente que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, que cualquier restricción en su ejercicio debe ser limitado, y que la buena fe se presume en todas las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas (art. 83 C.P.), por lo que resulta imperativo demostrar que se actuó real y efectivamente de forma contraria al ordenamiento jurídico.[38]

2.1.6. Esta Corporación ha considerado que algunas variaciones en las partes, los hechos o las pretensiones entre el proceso que hizo tránsito a cosa juzgada y la nueva demanda, no necesariamente conducen a concluir que no existe cosa juzgada, sino que se trata de un examen más profundo, que no se basta con la coincidencia formal sino con una verificación de la coincidencia material entre los dos procesos, a pesar de las pequeñas diferencias.[39] Por tanto, concluir que existe cosa juzgada, no necesariamente lleva a sostener que existe temeridad en la accionante, ya que el análisis de la cosa juzgada es un juicio objetivo, mientras que el análisis de la temeridad, como reproche, es subjetivo.

2.2. Se configura la cosa juzgada, pero hay inexistencia de temeridad en el caso concreto

2.2.1. En el presente caso, la Sala advierte que la señora Ríos Buritica interpuso la acción de tutela que, actualmente se encuentra bajo revisión de la Corporación, con la pretensión de que su hijo Joseph David Ríos Buritica sea incluido en el programa “Hogar Gestor”, que otorga el ICBF a personas en condiciones especiales como las que presenta el niño. En la contestación de la tutela, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Valle del Cauca puso en conocimiento del fallador de primera instancia que la accionante ya había interpuesto un amparo por los mismos hechos y con las mismas pretensiones ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, autoridad judicial que decidió declarar “improcedente” la protección de los derechos fundamentales invocados. Así, la entidad accionada insistió en que se configuraban cosa juzgada y temeridad. Respecto a ello, se pronunciaron las dos instancias en sede de tutela mediante sentencias del 28 de diciembre de 2018 y 27 de febrero de 2019 respectivamente, a través de las cuales arribaron a la conclusión de que se presentaba cosa juzgada respecto de la solicitud presentada, como

quiera que existía identidad de causa, objeto y partes.

2.2.2. Para la Sala, se configuró el fenómeno de cosa juzgada respecto de la pretensión de que el niño sea incluido en el programa “Hogar Gestor”. Con base en las siguientes razones: (i) Identidad de partes. De la copia de la sentencia proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali se advierte que ese proceso de tutela fue iniciado por Yuliet Falsuric Ríos Buritica actuando en representación de su hijo menor de edad contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Valle del Cauca, ICBF,[40] partes procesales que coinciden con la acción de tutela que se encuentra bajo revisión. (ii) Identidad de causa. Al respecto, esta Sala evidencia que los hechos que fundamentaron la pretensión de la acción de tutela tramitada ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, hacen referencia a que el ICBF no ha otorgado cupo en el programa “Hogar Gestor” al niño. Fundamento fáctico que coincide con el presentado en la acción de tutela bajo revisión. (iii) Identidad de objeto. En lo que tiene que ver con las pretensiones, en la acción de tutela conocida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, la accionante solicitó específicamente que su hijo sea incluido en el programa “Hogar Gestor”. Petición que, coincide plenamente, con la presentada en la actual acción de tutela.[41]

2.2.3. Es decir, respecto de la pretensión planteada (i) ya se había presentado una acción de tutela previa, en la que el juez constitucional decidió declarar “improcedente” el amparo, como se reseñó anteriormente y, (ii) se presenta la triple identidad (de partes, de objeto y de causa). En esos términos, la Sala concuerda con la posición esgrimida por los jueces de instancia de que existe cosa juzgada constitucional, como quiera que, además, el primer proceso de tutela surtió el proceso de selección ante esta Corte y no resultó escogido para revisión.[42]

2.2.4. Paralelo a lo anterior, se advierte, que en modo alguno es irrazonable o arbitrario el que se concluyera por parte de los jueces de instancia que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF no transgredió las obligaciones frente a Joseph David, al no haber tramitado las medidas de restablecimiento de derechos sin previa solicitud formal por parte de la madre. Pues si bien, una medida de restablecimiento de derechos llevada a cabo por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debe darse de acuerdo con el procedimiento establecido para tal efecto.[43] Vistos los hechos del caso y lo narrado en los antecedentes, no puede olvidarse que el juez constitucional debe ser sensible frente a las condiciones

especiales de vulnerabilidad de un niño en situación de discapacidad. La certeza de que el niño requiere protección y la falta de conocimiento de la ruta a seguir, han llevado a la accionante, en su condición de madre de buena fe, a seguir intentando la protección de su menor hijo por vía de tutela, suponiendo erradamente que la tutela es el camino a seguir para lograr ese fin. Circunstancia que permite a la Sala de Revisión llegar a dos conclusiones: primera, que en el presente asunto existe cosa juzgada pero no temeridad por parte de la accionante; y segunda, que la desprotección de los derechos fundamentales del niño, en especial su derecho a un desarrollo armónico e integral, puede continuar.

2.2.5. En consecuencia, teniendo en cuenta que la tutela es una acción diseñada para proteger los derechos fundamentales de las personas ante violaciones, y también frente a amenazas. Esta Sala analizará la situación del niño Joseph David y de los derechos presuntamente vulnerados.

3. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la plena protección de sus derechos fundamentales, en especial a que se le garantice su derecho a un desarrollo armónico e integral

En este apartado la Sala estudiará, en primer lugar, los deberes primordiales que tienen las entidades estatales y la responsabilidad de aminorar las condiciones de vulnerabilidad a la que se ven enfrentados los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Luego analizará, la manera como la jurisprudencia constitucional ha sido enfática respecto a la prevalencia de sus derechos en nuestro ordenamiento jurídico y en las medidas de protección que han de aplicarse a cada caso concreto. Finalmente, se pronunciará sobre la cuestión.

3.1. Toda decisión judicial debe dar prelación al interés superior de los niños, niñas y adolescentes

3.1.1. De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3°), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado.[44] Sin asistencia las personas menores de edad no podrían alcanzar el pleno y

armonioso desarrollo de su personalidad. En ese orden, el principio del interés superior del niño, es un criterio “orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia”, [45] además de ser un desarrollo de los presupuestos del Estado Social de Derecho y del principio de solidaridad. [46] Por remisión expresa del artículo 44 constitucional, el Ordenamiento Superior colombiano incorpora los derechos de los niños reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. [47] En igual sentido, el artículo 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integrante de dicho Código y orientarán, además, su interpretación y aplicación, debiendo aplicarse siempre la norma más favorable al interés superior de los niños, niñas y adolescentes. [48]

En conclusión, los niños, niñas y adolescentes no sólo son sujetos de derechos, sino que sus intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico. Así, siempre que se protejan las prerrogativas a su favor, tanto las disposiciones nacionales como las internacionales, deben ser tenidas en cuenta en su integridad, eludiendo la hermenéutica descontextualizada de las normas aisladamente consideradas. Lo que significa que tan solo “cuando las decisiones del estado están siendo acompañadas de principios” es cuando, “el derecho está justificado y se estaría actuando con integridad”. [49]

3.2. Toda persona en situación de discapacidad merece una especial protección constitucional y que se adopten medidas especiales [50]

“... la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe” [53]; también ha afirmado que “compete al Estado adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social... de tal suerte que se deben ejecutar medidas concretas, capaces de garantizar su acceso, en condiciones acordes con su situación”; [54] y ha precisado que “las personas discapacitadas tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad. La omisión de este deber, por parte del Estado, puede convertirse en una lesión de los derechos fundamentales de los sujetos

concernidos y, en consecuencia sería inconstitucional”.[55]

Estos parámetros citados guardan coherencia con mandatos constitucionales (Arts. 1, 13, 47 y 54 C.P.) y con varias disposiciones internacionales sobre la materia,[56] vinculantes para Colombia.[57] En este contexto, se advierte que las personas en situación de discapacidad tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad, pues la omisión de este deber, por parte del Estado, se convierte en una contundente lesión de sus derechos fundamentales.

3.3. El programa Hogar Gestor para la población con discapacidad como una política Estatal para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

El Programa Hogar Gestor ofrecido por el ICBF, es un mecanismo diseñado para adoptar medidas de restablecimiento de derechos para niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad.[58] A su vez, el ICBF, como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, ha determinado los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.[59]

Concretamente, en relación al Programa Hogar Gestor en las modalidades de “apoyo y fortalecimiento a la familia” y “para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados”, se aprobó la Resolución No. 6024 de 2010, mediante la cual se establecieron los lineamientos técnicos para su adopción, seguimiento, modificación y terminación.[60] El objetivo principal de este Programa es el de “fortalecer en las familias de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad o enfermedad de cuidado especial, factores de generatividad, que se fortalezcan y empoderen a nivel individual, familiar y social para asumir su corresponsabilidad en la atención de las necesidades de sus hijos”.[61] Los beneficiarios de esta modalidad de atención son los niños, niñas y adolescentes con discapacidad o con enfermedad de cuidado especial, incluyéndose las personas que cumplan 18 años y tienen una condición de discapacidad absoluta. El Programa cuenta con dos líneas de acción: (i) el acompañamiento, a través de encuentros familiares y charlas de reflexión de fortalecimiento, entre otros, y (ii) el aporte económico, el cual debe cubrir gastos básicos de salud, educación, alimentación, recreación, vestuario, elementos básicos y dotaciones para mejorar condiciones habitacionales de los niños, niñas

y adolescentes del grupo familiar.[62] Por su parte, la Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre la implementación y terminación del programa Hogar Gestor del ICBF en asuntos donde los menores de edad son personas en condiciones de discapacidad.[63] Estableciendo, entre otras, que como una medida de protección y de restablecimiento de derechos, el programa Hogar Gestor no se reduce a la entrega de un subsidio económico, “sino que debe dirigirse al apoyo a la familia para que se encuentre en condiciones de enfrentar de mejor manera la situación de discapacidad del menor”.[64]

En consecuencia, frente a cualquier circunstancia, en principio, el Estado debe enfocarse en la protección del niño. Así, cuando ha ocurrido una vulneración a sus derechos, su obligación, conforme con el principio de prevalencia del interés superior del menor, es procurar su restablecimiento, para lo cual el Estado debe actuar en conjunto a través de las instituciones públicas creadas para ese efecto, en este caso, el ICBF.

3.4. A Joseph David se le deben ofrecer todos los medios posibles que permitan enfrentar de mejor manera su situación de discapacidad

3.4.1. Como se dijo, en el presente caso existe cosa juzgada constitucional[65] respecto a declarar “improcedente” la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante. No obstante, es claro que en todo caso que involucre a una persona menor de edad, debe primar su interés superior y más si hablamos de un niño en condición de discapacidad que requiere especiales cuidados y tratamientos. Circunstancias suficientes que obligan al juez constitucional, a tomar las medidas adecuadas y necesarias para evitar una eventual amenaza a sus derechos fundamentales.

3.4.2. Advierte esta Sala que el análisis no puede circunscribirse exclusivamente a la resolución del problema principal planteado, es decir, la tensión entre el proceso que hizo tránsito a cosa juzgada y la nueva demanda presentada. Si bien, ese debería ser el eje central, en el presente asunto prima el interés superior y los derechos fundamentales de un niño de 6 años de edad, que padece “parálisis cerebral espástica, convulsiones febriles, hidrocefalia severa con ausencia del cuerpo calloso, displacia septo óptica, problemas auditivos, estrabismo, problemas de visión, no camina y no habla”, y requiere especiales cuidados y tratamientos.

3.4.3. Es claro que la actuación adelantada por el ICBF se ajustó a los parámetros

establecidos, comoquiera que, al no haberse realizado solicitud ante la entidad para acceder al programa “Hogar Gestor”, no ha sido posible iniciar “el proceso de solicitud de restablecimiento de derechos por parte del Defensor de Familia y el equipo social en el que se pueda conocer la situación actual del niño y verificar la viabilidad del proceso”. Razon por la cual, se observa que no es atribuible a la autoridad administrativa accionada conducta alguna que resulte violatoria de los derechos fundamentales del niño Joseph David, sobre el cual, cabe mencionar, es sujeto de protección constitucional.

3.4.4. No obstante, en atención a las condiciones de vulnerabilidad del niño, esta Sala Revisión estima que esta tutela debe ser considerada como una solicitud formal para dar inicio a la actuación administrativa que corresponda y para que se adopten las medidas de restablecimiento de derechos provisionales de urgencia que se requieran para la atención integral del niño. Previo el lleno de requisitos, como, por ejemplo, la práctica de las pruebas que el ICBF estime necesarias para lograr garantizar los derechos del niño.

3.5. Conclusión

Visto lo anterior, la Sala estima que frente a las medidas concernientes a los niños es preciso ponderar las características particulares de la situación en la que se hallan. Así, en todo caso que involucre a una persona menor de edad en especial si se trata de un niño en condición de discapacidad, debe primar el deber de protección de su interés superior y su derecho a un desarrollo armónico e integral.

4. Medida de protección

En atención a las condiciones de vulnerabilidad del niño y al deber de protección de su interés superior y su derecho a un desarrollo armónico e integral, esta Sala Revisión estima que la presente acción de tutela debe ser considerada y tratada como una solicitud formal para dar inicio a la actuación administrativa que corresponda y para que se adopten las medidas de restablecimiento de derechos provisionales de urgencia que se requieran para la atención integral del niño. Por supuesto, se deberán adelantar los trámites y requisitos que correspondan, sin que, bajo ninguna circunstancia, tales trámites puedan llegar a convertirse en obstáculos para acceder a los servicios que se requieran. Así, por ejemplo, en la práctica de las pruebas que el ICBF estime necesarias para lograr garantizar los derechos del niño, deberá efectuarlas teniendo en cuentas sus particulares

circunstancias.

4.1. Con base en las consideraciones precedentes, esta Sala de Revisión le solicitará al ICBF que, como una medida de protección, una vez le sea notificada la presente decisión, de manera oportuna y dentro de la correspondiente ruta de atención, proceda a iniciar los trámites tendientes a resolver de fondo la solicitud de inclusión del menor de edad en el programa “Hogar Gestor”, trámite que, en todo caso, no podrá superar los 30 días hábiles.

4.2. También como medida de protección se ordenará al ICBF que informe ampliamente a la accionante cómo adelantar los trámites de protección de los derechos de su hijo, en especial para asegurarle un desarrollo armónico e integral. A la vez el ICBF deberá guiar a la accionante, indicándole cómo usar y poner en práctica esta información brindada y deberá acompañarla en tal proceso, para que cualquier información o guía que ella requiera para proteger a su hijo, también le sea dada.

4.3. Por tanto, la Sala Segunda de Revisión confirmará las decisiones proferidas en primera y segunda instancia por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por considerar que existe cosa juzgada constitucional frente a las pretensiones presentadas, pues ya fueron resueltas previamente por otra instancia judicial. Y, como medida de protección, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Valle que, una vez sea notificado de la presente decisión, proceda a iniciar los trámites tendientes a resolver de fondo la solicitud relacionada con la inclusión de su hijo Joseph David Ríos Buritica en el programa “Hogar Gestor”, trámite que, en todo caso, no podrá superar los 30 días hábiles. El ICBF deberá informar, guiar y acompañar durante todo el trámite a la accionante, como forma de protección de los derechos de su menor hijo.

5. Síntesis de la decisión

5.1. La ciudadana Yuliet Falsuric Ríos Buritica en representación de su hijo de seis (6) años de edad, en condición de discapacidad, interpuso acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Valle del Cauca por considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales de su hijo a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social al no otorgar su inclusión en el

programa “Hogar Gestor”, el cual es ofrecido por el ICBF. La autoridad acusada advirtió la existencia de cosa juzgada constitucional toda vez que, en esta ocasión, la accionante presenta una nueva acción de tutela sobre los mismos hechos y circunstancias.

5.2. En atención a que, respecto de la pretensión planteada (i) ya se había presentado una acción de tutela previa, en la que el juez constitucional decidió denegar “por improcedente” el amparo, como se reseñó anteriormente y, (ii) se presenta la triple identidad (de partes, de objeto y de causa), la Sala estuvo de acuerdo con la posición esgrimida por los jueces de instancia, en el sentido de que, existe cosa juzgada constitucional, como quiera que el primer proceso de tutela surtió el proceso de selección ante esta Corte y no resultó escogido para revisión.

5.3. No obstante, en atención a las condiciones de vulnerabilidad del niño y al deber de protección de su interés superior y su derecho a un desarrollo armónico e integral, estimó que la presente acción de tutela debe ser considerada y tratada como una solicitud formal para dar inicio a la actuación administrativa que corresponda y para que se adopten las medidas de restablecimiento de derechos provisionales de urgencia que se requieran para la atención integral del niño. Asimismo, dispuso que el ICBF deberá guiar a la accionante, indicándole cómo usar y poner en práctica la información brindada y deberá acompañarla en tal proceso, para que cualquier información o guía que ella requiera para proteger a su hijo, también le sea dada.

IV. DECISIÓN

Un Juez de tutela no puede conocer de fondo un caso sobre el que haya cosa juzgada, esto es, identidad de partes, hechos y pretensiones. No obstante, cuando en un asunto se encuentran involucrados niños, niñas o adolescentes, las decisiones judiciales deben estar orientadas a garantizar el interés superior del niño, adoptando las medidas de restablecimiento de derechos provisionales de urgencia que se requieran para lograr su atención integral.

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR las sentencias de primera y de segunda instancia proferidas por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Constitucional, de fechas 28 de diciembre de 2018 y 27 de febrero de 2019, respectivamente por considerar que existe cosa juzgada constitucional frente a las pretensiones presentadas, pues ya fueron resueltas previamente por otra instancia judicial.

Segundo.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Valle que, como medida de protección, una vez sea notificado de la presente decisión, de manera oportuna y dentro de la correspondiente ruta de atención, proceda a iniciar los trámites tendientes a resolver de fondo la solicitud relacionada con la inclusión de su hijo Joseph David Ríos Buritica en el programa “Hogar Gestor”, trámite que, en todo caso, no podrá superar los 30 días hábiles. El ICBF deberá informar, guiar y acompañar durante todo el trámite a la accionante, como forma de protección de los derechos de su menor hijo.

Tercero.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Valle, que como medida de protección, informe ampliamente a la accionante cómo adelantar los trámites de protección de los derechos de su hijo, en especial para asegurarle un desarrollo armónico e integral. A la vez el ICBF deberá guiar a la accionante, indicándole cómo usar y poner en práctica la información brindada y deberá acompañarla en tal proceso, para que cualquier información o guía que ella requiera para proteger a su hijo, también le sea dada.

Cuarto.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia proferida el veintisiete (27) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

[2] Sentencia proferida el veintiocho (28) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

[3] Artículos 86 y 241-9.

[4] Artículo 33.

[5] Artículo 55.

[6] Conformada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Gloria Stella Ortiz Delgado.

[7] Mediante Auto proferido el veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019), notificado el cinco (5) de junio de dos mil diecinueve (2019).

[8] Las pruebas que obran en el expediente, serán incluidas expresamente en cada uno de los hechos relevantes a que se hará alusión, así, siempre que se haga mención a un folio del expediente se entenderá que hace parte del cuaderno principal.

[9] Registro civil de nacimiento 4 de enero de 2019. (Folio 9).

[10] Historia clínica emitida por el Hospital Universitario del Valle el 27 de noviembre de 2013. (Folios 11 a 23). Hallazgo ecográfico del 5 de noviembre de 2012. (Folio 22).

[11] Acción de tutela presentada por la accionante el 9 de noviembre de 2018. (Folios 33 a 36).

[12]“El programa Hogar Gestor que ofrece el ICBF se trata de una modalidad en la que se desarrolla un proceso de apoyo y fortalecimiento a la familia, a través de sesiones de atención psicosocial con el niño, niña o adolescente cuyos derechos han sido vulnerados y su familia. De considerarse necesario a partir de la valoración del caso que realice la Autoridad Administrativa Competente y su equipo interdisciplinario, se hace entrega de apoyo económico mensual.” Tomado de <https://www.icbf.gov.co/portafolio-de-servicios-icbf/hogar-gestor>

[13] El ICBF dando respuesta a la acción de tutela, afirmó que la señora Ríos Buritica “no ha realizado solicitud en la entidad para el programa hogar gestor a favor de su hijo..., debido a lo anterior no se ha realizado proceso de solicitud de restablecimiento de derechos por parte del defensor de familia y equipo psicosocial en el que se pueda conocer la situación actual del niño y verificar la viabilidad del proceso.” (Folio 37).

[14] Decisión adoptada el 3 de diciembre de 2018. (Folio 39).

[15] El 12 de diciembre de 2018, el Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali emitió oficio disponiendo rechazar la impugnación formulada con la accionante radicada el 11 de diciembre de 2018 por extemporánea. (Folio 40).

[16] La accionante solicita textualmente que “el ICBF tenga de precedente que mi niño Joseph David Ríos Buritica es una persona a la cual el ICBF debe protegerle todos sus derechos... yo en este momento no tengo la forma de trabajar...” (Folio 6).

[17] Escrito de tutela del 14 de diciembre de 2019. (Folio 3).

[18] Respuesta emitida por el ICBF el 24 de diciembre de 2018. (Folio 30).

[19] Auto a través de la cual el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali avocó conocimiento de la acción de tutela anterior (20 de noviembre de 2018. Folio 32).

[20] Respuesta acción de tutela por parte del ICBF (22 de noviembre de 2018, folio 37)

[21] Oficio de notificación de la sentencia de tutela emitida por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali dirigido al ICBF (3 de diciembre de 2018, folio 39).

[22] Señaló que la accionante el 11 de diciembre de 2018 presentó escrito de impugnación. Escrito que fue rechazado por extemporáneo el 12 de diciembre de 2018, por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali. (Folio 30).

[24] Escrito de impugnación presentado por la accionante en contra del fallo de primera instancia (9 de enero de 2019. Folios 48 a 51).

[25] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[26] Artículo 38 del Decreto 2591 de 1991. “Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes. El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar”. Esta norma fue declarada exequible mediante la sentencia C-054 de 1993 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[27] La Constitución Política de 1991 establece que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. Artículo 243 C.P.

[28] Ver Sentencia T-661 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiterada en las sentencias T-001 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-427 de 2017 y T-219 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[29] Sentencias T-019 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-427 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. En la Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil, esta Corte se refirió respecto de cada uno de la siguiente manera: (i) La identidad de objeto implica que ambas demandas deben versar sobre las mismas pretensiones, en otras palabras “cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”. (ii) La identidad de causa implica que, tanto el proceso que ya hizo tránsito

a cosa juzgada, como la nueva demanda, deben contener los mismos fundamentos fácticos sustentando la pretensión. Lo anterior implica que cuando el segundo proceso tiene nuevos hechos o elementos, el juez puede pronunciarse únicamente respecto de estos últimos. (iii) La identidad de partes, hace referencia a que “al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada”.

[30] Sobre la ejecutoria de las sentencias proferidas en conocimiento de acciones de tutela, ver la SU-1219 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; S.V. Clara Inés Vargas Hernández, en la que se señaló, al referirse al “valor de la revisión de los fallos de tutela por la Corte Constitucional”, que: “La decisión de la Corte Constitucional consistente en no seleccionar para revisión una sentencia de tutela tiene como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Salvo la eventualidad de la anulación de dicha sentencia por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley, la decisión de excluir la sentencia de tutela de la revisión se traduce en el establecimiento de una cosa juzgada inmutable y definitiva. De esta forma se resguarda el principio de la seguridad jurídica y se manifiesta el carácter de la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema jurídico”. Además, no puede perderse de vista la tesis desarrollada por este Tribunal, a partir de la sentencia SU-627 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo; A.V. María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; S.V. Alberto Rojas Ríos, en relación con la naturaleza no absoluta de la cosa juzgada constitucional en materia de tutela, cuando se advierten situaciones fraudulentas.

[31] Sobre el particular, puede consultarse la sentencia T-327 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell en la que se examinó la temeridad en la acción de tutela a propósito de haberse incoado por la accionante dos (2) recursos de amparo cuyas pretensiones, hechos, fundamentos jurídicos y pruebas aportadas eran exactamente iguales.

[32] Sentencia T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Con ocasión de una acción de tutela interpuesta varias veces con la misma pretensión, la respectiva Sala de Revisión sistematizó los presupuestos de la temeridad. Igualmente puede observarse las Sentencias T-679 de 2009 y T-185 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

[33] Inciso tercero del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. “Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”.

[34] Inciso segundo del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991. “El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar”.

[35] Ley 1564 de 2012, artículo 80. “Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente. || A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente. || Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente”.

[36] Ley 1564 de 2012, artículo 81. “Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior, la de pagar las costas del proceso, incidente o recurso y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe. || Copia de lo pertinente se remitirá a la autoridad que corresponda con el fin de que adelante la investigación disciplinaria al abogado por faltas a la ética profesional”.

[37] “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

[38] En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que en los casos en que se formule más de una acción de tutela entre las mismas partes, por los mismos hechos y con idénticas pretensiones, el juez puede tenerla por temeraria siempre que considere que dicha actuación (i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal

de “obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable”; (iii) deje al descubierto el “abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción”; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la “buena fe de los administradores de justicia”. Ver, entre otras, las Sentencias T-1103 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil; SU-713 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil; S.V. Jaime Araujo Rentería; T-678 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-695 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-878 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-089 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-516 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; A.V. Manuel José Cepeda Espinosa; T-679 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; T-389 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-621 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-266 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-660 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-497 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; SVP Luis Ernesto Vargas Silva; T-327 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-237 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; SU-377 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; SVP Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-206 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; SU-055 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; T-454 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán, SV Alberto Rojas Ríos; T-596 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-001 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Luis Ernesto Vargas Silva; T-147 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, A.V. Jorge Iván Palacio Palacio; T-229 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, SVP Alberto Rojas Ríos y T-185 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

[39]En este sentido, en la Sentencia T-427 de 2017. M.P. Alejandro Linares cantillo, la Sala Tercera de Revisión concluyó que “algunas alteraciones parciales a la identidad no necesariamente excluyen la cosa juzgada, ya que, de lo contrario, accionar a una persona más o una menos puede significar, en todo caso, una identidad de sujetos. De igual modo, una variación de los hechos o un nuevo elemento que no tiene incidencia en las pretensiones ni en la decisión, tampoco puede ser razón per se para afirmar que no hay identidad de pretensiones, pues, agregar un hecho nuevo que no tenga incidencia en la decisión no puede justificar reabrir una controversia que ha cumplido el correspondiente trámite. Finalmente tener un mismo objetivo y pretensión no significa que deba existir una redacción idéntica de las pretensiones de las dos acciones, sino, en cambio, que el juez pueda verificar que materialmente existe una pretensión equivalente”.

[40] Acción de tutela presentada por la accionante el 9 de noviembre de 2018. (Folios 33 a 36).

[41] Folios 33 a 36.

[42] El primer proceso de tutela surtió el proceso de selección ante esta Corte y no resultó escogido para revisión. Fue radicado el 18 de marzo de 2019 bajo el número T-7.280.212 y fue devuelto a su juzgado de origen el 25 de junio de 2019.

[43] “El parágrafo del artículo 11 del Código de la Infancia y la Adolescencia, faculta al ICBF para definir los lineamientos técnicos que se deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y para asegurar su restablecimiento.” Resolución 1520 de 2016 “Por la cual se aprueba el Lineamiento Técnico de Modalidades para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, con Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados.”.

[44] Ley 1098 de 2006. Artículo 2 “Objeto. El presente código tiene por objeto 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”.

[45] Sentencia T-557 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa. En esta oportunidad se estudió una acción de tutela interpuesta por el padre de dos menores de edad, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la unidad familiar, así como el derecho de sus hijos a una protección especial, los cuales consideró vulnerados por el ICBF, al haber otorgado la custodia provisional de sus hijos a la abuela materna de los niños, cuya titularidad radicaba en él, por orden judicial y sin haberle notificado del inicio del procedimiento administrativo, ni de la decisión en él adoptada.

[46] Sentencia T-514 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández. En esta decisión, la Corte protegió los derechos de los niños, a quienes considera, que, a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Afirmando que una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la

convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo (Preámbulo y artículo 2 C.P.) El Estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños”.

[47] La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Reconocida, de igual manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

[48] La jurisprudencia de esta Corte, al interpretar tales mandatos, ha reconocido que los niños tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les concierna. En este sentido, se han establecido unos criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior de los niños, en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas. Reglas que fueron sintetizadas por la Sentencia T-044 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, donde se sintetizan las reglas fijadas en la Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa así: “(i) Deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña; (ii) deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña; (iii) deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos; (iv) deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares,[48] teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños; (v) deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña; y (vi) deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales. (vii) Deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados.” Estas reglas han sido reiteradas, entre muchas otras, en las Sentencias T-292 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda; T-497 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-466 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda; T-968 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; T-580A de 2011. M. P.

Mauricio González Cuervo y C-900 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto.

[49]Dworkin, R. Colección Filosofía y Teoría del Derecho. ARA Editores E.I.R.L. Año 2010.

[50]El Estado Social de Derecho, cimentado en la búsqueda de la igualdad real y efectiva entre las personas y grupos que conforman la sociedad, impone a las autoridades, en su calidad de fórmula política del Estado colombiano (Art. 1, C.P.), el deber primordial de promover -por los medios que estén a su alcance- “la corrección de las desigualdades socioeconómicas, la inclusión de los débiles y marginados, y el mejoramiento progresivo de las condiciones de vida de los sectores más desfavorecidos”. Una de las principales manifestaciones de esta forma de organización estatal es el artículo 13 Superior, que estructuró una concepción encaminada a permitir la protección y el amparo reforzado de las personas en situación de discapacidad a fin de garantizar el goce pleno de sus derechos fundamentales. Para un resumen de los orígenes y el alcance del Estado Social de Derecho, se puede consultar la Sentencia T-772 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[51] En diversas oportunidades, esta Corporación ha recurrido a normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Resolución de la ONU de 20 de diciembre de 1993 que, a pesar de no tener carácter vinculante ha sido considerada un documento útil para la interpretación de las normas sobre discapacidad, tanto por parte de esta Corporación como por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General Número 5.); a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Aprobada por ley 762 de 2002 (Cfr. Sentencia C-401 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis); la Observación General Nº 5 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en las que se interpretan las obligaciones frente a la población con discapacidad derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y al Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales (adoptado en San Salvador, fecha: 11/17/88).

[52] En la Sentencia T-288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se analizó una acción de tutela, donde los peticionarios, personas con limitaciones físicas, aficionadas al fútbol, se les negó la posibilidad de asistir al Estadio Pascual Guerrero a presenciar los partidos de

fútbol. En la providencia se concluye que diversas situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de los discapacitados. Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable y por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad.

[53] Sentencia T-378 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[54] Sentencia C-410 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[55] Sentencia T-823 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[57] Por su parte, la aprobación, en marzo de 2006, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad declarada exequible en Sentencia C-293 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla y ratificada el 10 de mayo de 2011, marcó un hito en la protección de los derechos humanos de personas que, según el Primer Informe Mundial sobre la Discapacidad, viven con algún tipo de discapacidad. La Convención inauguró un nuevo marco de protección que, ante todo, se propuso superar la idea de la discapacidad como una condición médica asociada a condiciones físicas, fisiológicas o psicológicas que requieren tratamiento.

[58] Entre los programas creados por el ICBF está el de Hogar Gestor para personas en condiciones de discapacidad, el cual se sustenta, entre otros, en los artículos 15, 17, 22 y 36 de la Ley 1098 de 2006, que establecen el principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado para el cuidado de los niños, el derecho a la buena calidad de vida de los menores, el derecho a tener una familia y los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

[59] En cumplimiento de lo ordenado por el parágrafo del artículo 11 del Código de Infancia y Adolescencia

[60] Esta Resolución fue derogada por la Resolución 1520 de 2016, la cual actualizó los lineamientos técnicos dispuestos en la anterior Resolución. Su última modificación se realizó

mediante Resolución 7399 de 24 de agosto de 2017.

[61] Resolución No. 1520 de 2016. Por la cual se aprueba el Lineamiento Técnico de Modalidades para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, con Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados. Resolución No. 6024 de 2010. Lineamiento técnico para la modalidad Hogar Gestor para la población con discapacidad. Proceso de gestión y restablecimiento de derechos, ICBF.

[62] Resolución No. 1520 de 2016. Por la cual se aprueba el Lineamiento Técnico de Modalidades para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, con Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados. Resolución No. 6024 de 2010. Lineamiento técnico para la modalidad Hogar Gestor para la población con discapacidad. Proceso de gestión y restablecimiento de derechos, ICBF.

[63] Sentencias T-244 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-608 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-816 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-075 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; A.V. Alexei Julio Estrada; T-301 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-215 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-479 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; S.V. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[64] Sentencia T-608 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[65] La accionante interpuso la acción de tutela que, actualmente se encuentra bajo revisión, con una pretensión y es, que su hijo Joseph David Ríos Buritica sea incluido en el programa “Hogar Gestor”, que otorga el ICBF a personas en condiciones especiales como las que presenta el niño. La accionante ya había interpuesto un amparo por los mismos hechos y con las mismas pretensiones ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, autoridad judicial que, decidió declarar “improcedente” la protección de los derechos fundamentales invocados. Respecto a ello, se pronunciaron las dos instancias en sede de tutela concluyendo que se presentaba cosa juzgada respecto de la solicitud presentada, como quiera que existía identidad de causa, objeto y partes.