

T-638-14

Sentencia T-638/14

(Bogotá D.C., septiembre 4)

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Padre en representación de hijo menor

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad pública

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Fundamental

La jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo, esto por cuanto la intervención estatal se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección.

PRESUNCION A FAVOR DE LA FAMILIA BIOLOGICA-Condicion para desvirtuarse

Aquellas medidas encaminadas a separar a un niño o a una niña de su familia biológica sólo son admisibles en el evento en que las circunstancias que rodean al caso señalen con claridad que la familia no cumple con las exigencias básicas para asegurar el interés superior de la niñez

NIÑO COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION-Carácter superior y prevalente de sus derechos e intereses

El concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de 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.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

Para determinar el interés superior del menor en cada caso, el juez constitucional deberá observar: (i) las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad; y (ii) las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado los criterios jurídicos generales a los que debe acudirse para determinar el interés superior del menor y para materializar el carácter prevalente de sus derechos fundamentales, con miras a tomar la decisión que corresponda en cada caso: (i) garantía del desarrollo integral del menor; (ii) garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos o de hecho, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor; y (v) necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado.

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-Objetivo

El proceso de Restablecimiento de Derechos de los menores se encuentra concebido con el objetivo de adelantar todas aquellas actuaciones que sean necesarias para restaurar en los niños, niñas y adolescentes su dignidad e integridad como sujetos y la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.

HOGAR AMIGO Y HOGAR SUSTITUTO NORMAL-Diferencias

El hogar sustituto es una medida de protección provisional que consiste en la ubicación del menor en una familia que se compromete a brindar el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen, proporcionándoles protección integral en condiciones favorables, mediante un ambiente que facilite su desarrollo personal, familiar y social que permita superar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra. La constitución en hogar amigo consiste en que una familia se compromete a brindarle a un menor el cuidado y atención necesarios para el desarrollo integral, en sustitución de la familia de origen,

asumiendo con recursos propios la totalidad de los gastos para su cuidado y atención, así como la garantía de sus derechos.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Excepción

No se vulneran el derecho a tener una familia y no ser separado de ella de un menor de edad ni de sus padres, cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adopta como medida preventiva para la protección del menor la ubicación del niño en un hogar sustituto, cuando dicha medida se soporta en informes motivados del equipo interdisciplinario del Instituto, donde se concluya la pertinencia de alejar al menor de su núcleo familiar, todo dando cumplimiento al procedimiento establecido por la Ley.

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-Se llevó acorde con la normatividad vigente, respetando el debido proceso de los padres y derechos del menor

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-No se vulneran el derecho a tener una familia y no ser separado de ella del menor de edad ni de sus padres al ubicar al menor en un hogar sustituto

Referencia: expediente T-4.340.159

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior Judicial de Bogotá, el 20 de marzo de 2014, que revocó la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 2014.

Accionante: José Israel Carrón Martínez en representación de su hijo menor Samuel David Carrón Ducuara.

Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF - y el Centro de Atención Médica UPA Carbonell.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda de tutela.

1.1. Elementos de la demanda.

1.1.1. Derecho fundamental invocado. A tener una familia y no ser separado de ella.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. Decisión del ICBF, dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos adelantado a favor del hijo del accionante, por medio de la cual se adoptó una medida de protección para el menor ubicándolo en un hogar sustituto.

1.1.3. Pretensión. Ordenar el reintegro del menor al lugar de habitación del accionante, para ello, considera el accionante que se debe ordenar a la UPA Carbonell prestar el tratamiento psicológico que requiere su esposa en un lugar diferente al hogar de residencia de su hijo menor.

1.2.1. El 29 de octubre de 2013, el menor de 3 meses de edad Samuel David, hijo de José Israel Carrón y Aleida Ducuara[1], ingresó al hospital de Kennedy por problemas respiratorios.

1.2.2. El 6 de noviembre de 2013, el Hospital de Kennedy informó al ICBF sobre una agresión recibida por el menor de parte de su madre, la señora Aleida Ducuara.

1.2.3. El ICBF ordenó ubicar el niño Samuel en un hogar sustituto, y remitir a la señora Aleida a tratamiento médico psicológico por presentar un presunto trastorno afectivo o mental, prohibiéndole visitas al menor.

1.2.4. A pesar que el ICBF le ha permitido al accionante visitar a su hijo, y estar atento al progreso de salud del menor, él solicitó al ICBF le devolvieran a su hijo, petición que fue negada porque el accionante vive en el mismo lugar de la madre agresora, lo que expondría al menor a una posible nueva agresión.

2. Respuesta de las accionadas.

2.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: presentó al juez de tutela un informe de los hechos que llevaron a adoptar la decisión de ubicar al menor en un hogar sustituto.

2.1.1. El 10 de diciembre de 2013, el ICBF inició un proceso administrativo de restablecimiento de derechos del menor Samuel David Carrón Ducuara, esto como consecuencia de una comunicación recibida del Hospital de Kennedy donde reportaron maltrato de la progenitora hacia el menor. La denuncia se expuso en los siguientes términos[2]:

Cordial saludo, me permito reportar con carácter urgente menor de 3 meses identificado con registro civil No. 1028894279 con diagnóstico de tipo respiratorio residente en Bosa Alamenda Parque Cra 78 K No. 73 b - 78 sur casa 46 naranja, progenitor sin reconocimiento legal José Israel Carrón, celular de contacto 3124269531, madre Aleida Ducuara Yara quien el pasado domingo en horas de la noche dentro de esta institución hospitalaria intento atentar contra su menor hijo, siendo llamada la policía nacional por el servicio médico, por lo cual ante la grave situación se reporta por diagnóstico de maltrato infantil, se solicita envío de madre sustituta con carácter urgente para acompañamiento del menor debido a que se encuentra con oxígeno permanente.

Se solicita medida de protección y se informa que como medida preventiva del menor se restringe la visita de la madre solo con acompañamiento paterno.

2.1.2. La situación del maltrato fue informada por las madres de otros niños que se encontraban en la misma habitación de Samuel David, así:

Las mamás de los niños 317 - 2 y 317 - 3 compañera de habitación observan y se dan cuenta que la mamá del paciente golpea y ultraja al niño al mismo tiempo lo insulta al dirigirse al hijo. Las mamás de los otros niños se alteraron ante esta situación y dieron aviso al personal de enfermería al mismo tiempo se avisa al pediatra, la mamá del niño no permite que se le realice terapia respiratoria. En vista de la situación y del riesgo para el niño se llama con autorización del médico y la jefe a la policía de infancia y adolescencia quienes vienen y (palabra que no se entiende) a la mamá del paciente a la casa en compañía de su esposo.

2.1.3. Adicional a lo anterior, se reportó al niño en riesgo nutricional[3].

2.1.4. El 12 de noviembre de 2013, el señor José Israel Carrón entregó al ICBF registro civil de nacimiento del niño, en el que lo reconoce como su hijo.

2.1.5. El 19 de noviembre de 2013, se realizó un informe inicial de trabajo social, en la entrevista y valoración se identificaron factores de riesgo para el niño dentro de la dinámica familiar por lo que se sugirió valoración psicológica para los padres y vinculación a PARD (Proceso de restablecimiento de derechos).

2.1.5.1. El niño convive en la misma casa de habitación con su padre - pintor y obrero construcción -, su madre - ama de casa - y su hermano de 14 años.

2.1.5.2. Los padres de Samuel conviven hace 17 años, manifiestan episodios de violencia intrafamiliar por lo que tiene un proceso en la Comisaría de Familia donde les ofrecieron un taller de orientación pero la señora Aleida no asistió. El señor Carrón mencionó descuido en la alimentación de su hijo mayor, mal manejo de las finanzas, un episodio pasado de consumo de alcohol del padre - ya superado con apoyo espiritual -, conductas extrañas de la señora Aleida, tales como reírse sola sin motivo aparente, mostrarse insegura en la calle y en la casa.

2.1.5.3. Están vinculados al Fondo Financiero Distrital de Salud.

2.1.5.4. En la entrevista a la señora Aleida, se percibió falta de atención, incompreensión de indicaciones sencillas y abandonó la oficina sin concluir la intervención y sin manifestar motivos.

2.1.6. El 12 de noviembre de 2013, el ICBF realizó valoración inicial de psicología a la señora Aleida Ducuara Yara, como datos relevantes dijo:

2.1.6.1. Que lleva 17 años viviendo con el señor José Carrón, con el que tiene una buena comunicación, sin embargo el señor solo se encarga de la parte económica del hogar, pues no es cercano a los hijos, “el no hace lo que como padre debe hacer”, se irrita por todo, no tiene control, grita por todo, y hace un tiempo les pegaba.

2.1.6.2. La señora negó maltrato hacia su pequeño hijo.

2.1.6.3. Concepto:

Durante la valoración se idéntico (sic) en la señora dificultades para realizar reportes de su historia de vida de forma organizada y coherente, confunde eventos y sucesos, presenta dificultades para establecer contacto visual, se observó a la progenitora del niño con tristeza en su semblante, al punto de llanto sin razón aparente, con actitudes de desgano, pensamiento lento y monocorde, refiere que puede estallar en ataques de llanto en determinados momentos, cansancio injustificado.

Sumado a lo anterior expone la progenitora del niño episodios depresivos de dos tías maternas quienes han estado en tratamiento.

Teniendo en cuenta lo evaluado en la intervención, se considera importante la remisión de la señora a proceso de atención con el área de psicología y psiquiatría, con el fin de confirmar o descartar episodios depresivos.

Siendo así no es viable que la progenitora del niño esté al cuidado del mismo, se recomienda dar inicio a valoración con familiar extensa por línea paterna con el fin de sensibilizarse hacia el brindar protección al bebe.

2.1.7. El 18 de noviembre de 2013, el Hospital de Kennedy la informó al ICBF que el menor continuaba hospitalizado con oxígeno permanente, y solicitaron definir qué conducta debería asumir el centro médico respecto de las visitas de los padres al menor, puesto que el padre y la madre lo han visitado.

2.1.8. El 22 de noviembre de 2013, la Clínica Buen Trato de Colsubsidio, informó al ICBF que el menor Samuel fue trasladado a dicho centro, y que en lo que “llevan en esa clínica se evidencian problemas en la relación y comunicación de los padres, ya que el padre no quiere que el niño se quede bajo el cuidado solo de la madre y pide colaboración de su hermana, a lo que la madre se rehúsa. Se notifica el caso a su centro para solicitar apoyo y seguimiento con el fin de minimizar los probables riesgos para el niño. De su definición depende el egreso o no del paciente.”

2.1.9. La comunicación anterior fue resuelta el 25 de noviembre de 2013, el ICBF informó a la Clínica que la Defensoría de Familia Regional Bogotá no autoriza que el niño esté al cuidado de la progenitora y que debe estar bajo la responsabilidad del progenitor.

2.1.10. El 26 de noviembre de 2013, el ICBF solicitó a Famisanar la asignación de citas en psicología y psiquiatría para la señora Aleida.

2.1.11. La señora Beatriz Amparo Díaz Mosquera, tía política de Samuel, solicitó la custodia del menor, por lo que el ICBF hizo la evaluación correspondiente el 10 de diciembre de 2013, allí concluyó que: “Beatriz es una persona que se muestra muy segura al responder las preguntas que se le realizan, mira fijamente a los ojos; omite información y acomoda otra. Al preguntarle la razón por la cual hace omisiones, responde fríamente y no admite, diciendo que no es importante. En la entrevista se encuentra que la relación de Beatriz y Ovidio [hermano del accionante] con Aleida es conflictiva y distante. Ante la poca confiabilidad que genera la entrevista realizada a Beatriz, y por la delicada situación médica de Samuel David, se sugiere que se realice restablecimiento de derechos del menor en hogar sustituto, mientras se realiza investigación de familia extensa que pueda garantizar el cuidado que Samuel requiere.”

2.1.12. Ese mismo día, 10 de diciembre de 2013, el ICBF realizó una visita domiciliaria donde familiares del menor Samuel - familia extensa -, concluyendo “densidad habitacional lo que configura hacinamiento por cuanto en el momento no cuentan con espacio disponible para el niño tal vez cuando terminen las adecuaciones habitacionales. Por lo anterior se sugiere ubicación temporal en hogar sustituto.”

2.1.13. El 10 de diciembre de 2013, la Defensoría de Familia Centro Zonal de Bosa, inició proceso administrativo de restablecimiento de derechos, en el auto de apertura de investigación entre otras cosas citó a los padres del menor Samuel David Carrón Ducuara, y como medida provisional ordenó ubicación en hogar sustituto.

2.1.14. Inmediatamente se le informó a Colsubsidio de la ubicación del niño en hogar sustituto, quedando al cuidado de la señora Gloria Umbacia, ordenando el envío del oxígeno del menor a la casa de la madre sustituta.

2.1.15. El 13 de diciembre de 2013, el señor José Israel Carrón solicitó al ICBF vinculación en el proceso de restablecimiento de derechos de su hijo. Además informó que en el hogar de su hermano y de la señora Beatriz, ya se habían realizado algunas adecuaciones para recibirlo a él y a Samuel.

2.1.16. El 16 de diciembre de 2013, le fue notificada de manera personal al señor José Carrón la providencia de apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos de su hijo Samuel[4].

2.1.17. El 17 de diciembre de 2013, el padre del menor interpuso recurso de reposición contra la providencia de apertura del proceso, manifestó que el ICBF no tuvo en cuenta su lugar de residencia para vivir con el bebe y que tampoco realizó una visita domiciliaria al hogar de su hermano. Solicitó le fuera entregado su hijo para vivir en su lugar de residencia o, subsidiariamente, en la casa de su hermano.

2.1.18. El 26 de diciembre de 2013, el padre visitó a su hijo en el hogar sustituto, en términos de respeto y adecuada interacción.

2.1.19. El 26 de diciembre de 2013, le fue notificada de manera personal a la señora Aleida Ducuara, la providencia de apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos de su hijo Samuel[5].

2.1.20. El 26 de diciembre de 2013, el ICBF le respondió al señor José que ya estaba vinculado al proceso y que la visita domiciliaria se realizaría por una trabajadora social de acuerdo a una programación.

2.1.21. El mismo día se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el señor José, el ICBF resolvió negar la solicitud teniendo en cuenta que por el momento no era conveniente para el menor estar cerca de la progenitora, y en cuanto a la ubicación del menor en la casa de su hermano, la petición fue negada porque una vez realizadas las valoraciones por parte de la profesional en trabajo social y psicología, no se obtuvo concepto favorable para la ubicación del niño en ese contexto familiar, motivo por el cual fue necesario ubicarlo en hogar sustituto. Dijo no ser cierto que el señor José no haya recibido información sobre el procedimiento adelantado, por cuanto la Defensoría ha explicado al recurrente el motivo por el cual se toma la medida de protección y el trámite a adelantar. Por último, confirmó la medida preventiva, hasta tanto se lograra establecer la idoneidad de la progenitora para estar cerca a su hijo y/o se lograra ubicar al menor en una red de familia extensa[6].

2.1.22. El 30 de diciembre de 2013, la Defensoría solicitó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, una valoración psiquiátrica a los padres del menor Samuel, “a fin de

identificar si reúnen condiciones para asumir la custodia y cuidado personal del niño.”

2.1.23. El 14 de enero de 2014, la trabajadora social de la Defensoría realizó una visita domiciliaria a los padres del menor, pero no fue posible que la atendieran, el padre estaba trabajando y la madre no estaba en la casa.

2.1.24. El 20 de enero de 2014, el señor Carrón informó al ICBF que ya había contratado a una señora quien se encargaría de cuidar al menor de lunes a viernes de 1:00 pm a 5:00 pm. Adicionalmente dice que quiere velar y compartir nuevamente con su hijo y poder brindarle su amor, afecto, compañía y un hogar estable.

2.1.25. En el mes de enero el ICBF le realizó una entrevista a la familia Carrón Ducuara, los hechos relevantes se exponen a continuación:

2.1.25.1. La señora Aleida insiste en que no maltrató al menor, que el ICBF se lo quitó porque cuando lo llevó a la clínica, el menor no estaba reconocido por el padre. Se presenta intranquila, interrumpe constantemente a su hijo mayor y a su esposo, no establece contacto visual, no es coherente en su discurso, las manos le sudan y la expresión afectiva es plana.

2.1.25.2. El señor José se presentó tranquilo, con su gestualidad demostró inconformismo y molestia ante las expresiones verbales de su esposa, en dos ocasiones pidió que lo dejara hablar, evita cualquier tipo de contacto con la madre de los menores.

2.1.25.3. El hijo de 14 años es tranquilo, no le incomoda que su progenitora presente verborrea.

2.1.25.4. El señor expuso que su esposa “es de un temperamento muy terrible, la gente no se la aguanta por mucho tiempo, ella de un momento a otro sin razón cuando alguien ha ido a ayudarle en la casa los saca corriendo, los hecha y hasta los insulta, es bien difícil con ella, con decirle doctora que ella en ocasiones deja una olla con agua hirviendo en la estufa, yo le pregunto para que la tiene y ella me dice yo sabré para que, entonces para evitar problemas solo le bajo al fuego y ya, ella no se acuerda de muchas cosas imagínese que en ocasiones me llama al trabajo y me dice que si me demoro y yo le digo que un poco, empieza a pelar y a decirme que porque, que me gusta hacer lo que a los demás les toca, y

cuando llego a casa es el problema, nunca está contenta aunque uno haga las cosas como ella dice, en las noches yo en ocasiones me doy cuenta cuando ella se levanta y me esculca y el niño grande me ha dicho que a veces se despierta y ella lo está mirando, en verdad que Aleida es muy rara yo le he visto esos cambios desde que nació Samuel.”

2.1.25.5. También aseguró que “mis suegros pueden hacerse cargo de Aleida yo los llamo y les digo que no me entregan al niño porque ella aún vive con nosotros y seguro me apoyan para que se vaya con ellos para el pueblo.”

2.1.25.6. Cuando la señora Aleida se refiere a Samuel se percibe emotividad fingida, sin embargo, al expresarse de su hijo mayor la señora es natural y amorosa, refiriéndose a él con manifestaciones verbales que aluden la personalidad de su hijo. El padre dice sentirse muy orgulloso de su hijo mayor, de Samuel dice estar muy preocupado y triste, reconoce que su esposa no lo puede cuidar sola, pero que con ayuda de alguien sí lo lograría.

2.1.25.7. El menor, de 14 años, dice amar a sus padres, pero refiere preocupación por la mamá, pues dice que de un momento a otro dice groserías y trata mal a los que están a su lado.

2.1.25.8. En conclusión: (i) dado que la progenitora del niño convive con su esposo y el hermano de Samuel, se considera que en el momento este sistema familiar no es apto para el reintegro del niño; (ii) la familia extensa no se acercó al centro zonal para una nueva valoración con psicología; y (iii) el padre del niño no ha asimilado el riesgo que corre su hijo Samuel si llegara a ser cuidado por su esposa quien requiere atención por psiquiatría. Por lo anterior, se recomienda dar continuidad a la medida tomada a favor del niño ya que no existen en el momento mecanismos que permitan identificar que no se vulneraran derechos de Samuel en su medio familiar.

2.1.26. El 31 de enero de 2014, en visita a la madre sustituta del menor, se informó que el menor tiene problemas respiratorios, que ha asistido al médico y le han ordenado oxígeno.

2.1.27. El 4 de febrero de 2014, le negaron al padre del menor una visita domiciliaria con la madre sustituta, esto por cuando el médico tratante del niño recomendó no sacar al niño de la casa, con el fin de evitar complicación a nivel de salud.

2.1.28. El 5 de febrero de 2014, el psicólogo le diagnosticó a la señora Aleida:

Causa externa: Sospecha de maltrato emocional.

Dx. Principal: síndrome de maltrato no especificado.

Dx. Relacionado 1: Problemas relacionados con otros hechos estresantes que afectan a la familia y al hogar.

Dx. Relacionado 2: Problemas relacionados con la ruptura familiar por separación o divorcio.

Dx. Relacionado 3: Problema no especificado relacionado con el grupo primario de apoyo.

Tratamiento: Asignación de citas por psicología paquete de atención en salud mental.

2.2. Centro de Atención Médica UPA Carbonell – Hospital Pablo VI Bosa – ESE: solicitó desvincular a la entidad por no vulnerar derecho fundamental alguno.

Mencionó que actualmente la señora está afiliada a la EPS-S Caprecom, no obstante lo anterior, el Hospital atiende a la señora Aleida por haber estado afiliada en el Fondo Financiero Distrital, prestándole la continuidad del servicio bajo el paquete de atención a víctimas de violencia intrafamiliar, mujer maltratada, menor maltratado y delitos sexuales, paquete ofertado a usuarios de régimen vinculado.

El paquete incluye 13 sesiones, revisado el sistema se encontró que la señora Aleida tuvo las siguientes atenciones: (i) 14 de enero de 2014 consulta inicial por psicología; (ii) 21 de enero de 2014 consulta de seguimiento por trabajo social; (iii) 21 de enero de 2014 consulta de seguimiento por psicología; y (iv) 22 de enero de 2014 consulta de seguimiento por psicología.

Indica la ESE que, una vez terminadas las intervenciones con psicología, la usuaria deberá solicitarle a su nueva EPS citas con psiquiatría.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión.

3.1. Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 2014[7].

Negó la protección de los derechos invocados como vulnerados. Consideró que el ICBF estaba ejerciendo las laborales que le corresponden de protección para el menor, y al verificar que no podía estar al lado de su progenitora por cuando esta lo podría agredir, le asignó una madre sustituta, tal como lo ordena la Ley 1098 de 2006. Adicionalmente, porque el accionante debe esperar las resultados del proceso de restablecimiento de derechos de su hijo, pues al estar vigente el trámite, la acción de tutela no es procedente. Por último determinó que a quien corresponde definir si el menor vuelve o no al hogar, es al ICBF, por ser el ente encargado de la investigación.

El señor José Israel Carrón Martínez solicitó revocar el fallo y ordenar la prestación del servicio de psicología a su esposa en un lugar diferente a su lugar de residencia.

3.3. Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil -, del 20 de marzo de 2014[9].

Revocó el fallo de primera instancia y ordenó al ICBF adoptar las medidas necesarias para garantizar el desarrollo de los derechos del menor, sin que ello implique la separación de su padre y hermano quienes conforman su familia. Consideró que la medida de hogar sustituto no se ajusta a los propósitos del Estado para garantizar los derechos de los menores, así como tampoco la misión de la entidad accionada la cual, además de velar por la protección de los derechos de los niños, tiene también la obligación de garantizar el desarrollo integral de la familia.

Adicionalmente llamó la atención del ICBF por no haber tomado medidas de protecciones respecto del menor de 14 años, quien también convive con la señora Aleida.

4. Actuaciones en sede de revisión.

4.1. Mediante auto del 8 de agosto de 2014, el magistrado ponente solicitó las siguientes pruebas:

Primero: por Secretaría General de esta Corporación, vinculase a la EPS Caprecom para que se pronuncie sobre los hechos planteados en la demanda, y de un informe detallado de la

atención que le han prestado al menor Samuel David Carrón Ducuara y a la señora Aleida Ducuara.

Segundo: por Secretaría General de esta Corporación, solicitar al ICBF informe sobre las actuaciones que el Instituto ha adelantado desde el momento en que dio cumplimiento al fallo de tutela proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil, y el estado en el que se encuentra el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del menor.

Tercero: por Secretaría General de esta Corporación, solicitar al señor José Israel Carrón Martínez, que informe sobre las condiciones actuales de convivencia con sus hijos y su esposa.

4.2. El 21 de agosto de 2014, CAPRECOM informó que:

4.2.1. La afiliación de Samuel David Carrón se encuentra activa en la base de datos de la Regional Bogotá Cundinamarca, en el régimen subsidiado.

4.2.2. Que ha expedido las respectivas autorizaciones en el Hospital el Tunal ESE, Hospital la Victoria, Hospital Tunjuelito, Hospital Simón Bolívar ESE y la IPS las Américas SAS para garantizar las patologías de base por los servicios de pediatría, neuropediatría, otorrinolaringología, oftalmología, hospitalización y oxígeno domiciliario. Adjuntó cuadro de servicios autorizados:

Descripción

Especialidad

Fecha solicitud

Fecha de autorización

Alquiler cilindro de oxigeno portátil mes

Pediatría

11/08/14

11/08/14

Paquete integral de suministro mensual de oxígeno medicinal con cilindro

Pediatría

11/08/14

Consulta de primera vez por medicina especializada

Neuropediatría

08/07/14

08/07/14

Consulta de primera vez por medicina especializada

Oftalmología

08/07/14

08/07/14

Potenciales evocados visuales (uni o bilaterales)

Pediatría

24/06/14

24/06/14

Consulta de primera vez por optometría

Pediatría

24/06/14

26/06/14

Consulta de primera vez por medicina especializada

Otorrinolaringólogo

24/06/14

24/06/14

Consulta de primera vez por medicina especializada

Pediatría

24/06/14

24/06/14

Terapia física integral

Pediatría

24/06/14

24/06/14

Terapia ocupacional integral

Pediatría

24/06/14

24/06/14

Terapia fonoaudiología integral

Pediatría

24/06/14

24/06/14

Registro de oximetría cutánea

Pediatría

24/06/14

24/06/14

Internación en servicio de complejidad alta; habitación de cuatro camas. Del 18 al 20 de junio de 2014.

No aplica

20/06/14

24/06/14

Alquiler cilindro oxigeno portátil mes

Pediatría

18/06/14

18/06/14

Paquete integral de suministro mensual de oxigeno medicinal en cilindro

Pediatría

18/06/14

18/06/14

No aplica

17/06/14

20/06/14

Internación en servicio de complejidad alta;
de junio de 2014.

habitación de cuatro camas. Del 12 al 14

No aplica

14/06/14

18/06/14

Internación en servicio de complejidad alta;
junio de 2014.

habitación de cuatro camas. Del 9 al 11 de

No aplica

11/06/14

14/06/14

Internación en servicio de complejidad alta;
junio de 2014.

habitación de cuatro camas. Del 6 al 8 de

No aplica

09/06/14

11/06/14

Internación en servicio de complejidad alta;
junio de 2014.

habitación de cuatro camas. Del 3 al 5 de

No aplica

06/06/14

10/06/14

Internación en servicio de complejidad alta; mayo al 2 de junio de 2014.

habitación de cuatro camas. Del 31 de

No aplica

04/06/14

06/06/14

Internación en servicio de complejidad alta; de mayo de 2014.

habitación de cuatro camas. Del 25 al 30

No aplica

29/05/14

29/05/14

Internación en servicio de complejidad alta; de mayo de 2014.

habitación de cuatro camas. Del 19 al 21

No aplica

26/05/14

27/05/14

Internación en servicio de complejidad alta; de mayo de 2014.

habitación de cuatro camas. Del 16 al 18

No aplica

24/05/14

24/05/14

Internación en servicio de complejidad alta; de mayo de 2014.

habitación de cuatro camas. Del 13 al 15

No aplica

18/05/14

19/05/14

Mucopolisacaridos

Pediatría

15/05/14

15/05/14

Consulta de urgencias; por medicina general

No aplica

13/05/14

13/05/14

Alquiler cilindro oxigeno portátil mes

Pediatría

08/05/14

Paquete integral de suministro mensual de oxigeno medicinal en cilindro

Pediatría

08/05/14

08/05/14

Internación en servicio de complejidad alta; habitación de cuatro camas. Del 4 al 6 de mayo de 2014.

No aplica

07/05/14

08/05/14

Terapia física integral

Pediatría

07/05/14

07/05/14

Consulta especializada pediatría

Pediatría

07/05/14

07/05/14

Terapia Fonoaudiología integral

Pediatría

07/05/14

07/05/14

Terapia ocupacional integral

Pediatría

07/05/14

07/05/14

Internación en servicio de complejidad alta;

habitación de cuatro camas. Del 1 al 3 de

mayo de 2014.

No aplica

04/05/14

4.2.3. Respecto de la señora Aleida Ducuara dijo haber expedido autorizaciones para ginecología, ortopedia, laboratorios clínicos y hospitalización. Adjuntó cuadro de servicios autorizados, a continuación se relacionan los prestados en el año 2014:

Descripción

Fecha solicitud

Fecha de autorización

Internación en servicio de complejidad alta; por hijo hospitalizado.

30/04/14

30/04/14

Internación en unidad de cuidados intermedios pediátrica; por hijo hospitalizado.

28/04/14

29/04/14

Consulta de primera vez por psicología

21/04/14

21/04/14

Internación en servicio de complejidad alta; por hijo hospitalizado.

20/04/14

21/04/14

Internación en servicio de complejidad alta; por hijo hospitalizado.

02/04/14

02/04/14

4.3. La Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, informó lo siguiente:

4.3.1. De conformidad con lo ordenado por el Tribunal Superior de Bogotá, la Defensoría de Familia adscrita al Centro Zonal Bosa, mediante Resolución No. 185 del 29 de marzo de 2014 resolvió: (i) terminar la medida de ubicación de hogar sustituto del niño Samuel David Carrón, de 8 meses de edad; (ii) ordenar el reintegro del menor a su progenitor José Israel Carrón; (iii) amonestar al señor José Israel Carrón, para que por ningún motivo delegue el cuidado del niño en la progenitora o en persona que no tenga la capacidad de atenderlo de forma adecuada; (iv) ordenar la constitución de un hogar gestor a favor del menor Samuel; (v) ofició a la Comisaria de Familia de la localidad, con el fin de solicitar medida de protección; y (vi) ordenar al equipo psicosocial de la Defensoría de Familia, realizar seguimiento al reintegro familiar por un término de 6 meses y rendir los respectivos informes.

4.3.2. El 29 de abril de 2014, se realizó valoración psicológica de seguimiento al menor Samuel David.

4.3.3. El 29 de mayo de 2014, se realizó estudio sociofamiliar por la trabajadora social del Centro Zonal Boza.

4.3.4. El 19 de agosto de 2014, se establece comunicación con el señor José Israel quien informó que reside con su hijo en casa de su hermano y cuenta con el apoyo de su familia extensa para su cuidado, refiere que se encuentra estable pero aun con oxígeno permanente, recibió el último apoyo de COL el 31 de julio de 2014, en cuanto a la señora Aleida refiere que no ha vuelto a gestionar su atención por psicología o psiquiatría y vive

sola en su casa.

4.3.5. Se solicitó al progenitor aportar certificado de cuenta bancaria a su nombre con el fin de solicitar a la Regional Bogotá la asignación del aporte económico correspondiente al hogar gestor.

4.3.6. En un informe de la trabajadora social se indica que “Teniendo en cuenta la indagación, descripción y análisis de la información en relación con las condiciones vigentes del progenitor de Samuel David Carrón Ducura se evidencia condiciones habitacionales, sociales y familiares mínimas para asumir el cuidado personal y protección de su hijo por lo cual se considera pertinente evaluar la posibilidad de ser considerado este medio familiar como hogar gestor, sin embargo, es de tener en cuenta que el estado delicado de salud del niño requiere de atención constante y cuidados especiales, por lo cual, se puede evaluar la posibilidad de ordenar el reintegro al medio familiar debido a la orden realizada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de tutela.”

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-[10].

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de un derecho fundamental. El accionante solicita la protección del derecho fundamental de su hijo y de él a tener una familia y no ser separado de ella.

2.2. Legitimación por activa. El señor José Israel Carrón Martínez actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor Samuel David Carrón Ducuara.

2.3. Legitimación por pasiva. (i) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es una entidad de carácter pública del orden nacional[11], y a quien se señala como presunta vulneradora de los derechos del menor.

(ii) El Hospital Pablo VI Bosa, es una entidad pública descentralizada del orden distrital, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud, con autonomía administrativa, personería jurídica y presupuesto propio, conformado por UBA Los Naranjos, UBA La Azucena, UPA Olarte, UPA La Cabaña, UPA La Palestina, UPA José María Carbonell, CAMI Pablo VI Bosa, UPA Laureles, UBA San Bernardino, y UBA Bosanova. En este centro médico recibió atención la señora Aleida, como tal, es demandable en proceso de tutela (C.P., art. 86; D. 2591/91, art. 42).

(iii) CAPRECOM EPS-S, vinculada en sede de revisión, es una entidad prestadora del servicio público de salud a la que actualmente está afiliada la señora Aleida, como tal, es demandable en proceso de tutela (C.P., art. 86; D. 2591/91, art. 42).

2.4. Subsidiariedad. En primera instancia el juez de tutela negó el amparo, entre otras razones, porque el accionante debía esperar la culminación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de su menor hijo, sin embargo, la Corte ha aceptado la procedencia de acciones de tutela, cuando la presunta vulneración recae sobre un menor de edad, por ser el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de la población considerada como sujetos de especial protección constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la “procedibilidad de la acción de tutela se torna más flexible cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como los niños”[12]. Respecto de los trámites administrativos adelantados por el ICBF ha dicho la jurisprudencia que “si bien se desarrollan por medio de la intervención de órganos legalmente señalados, deben ajustarse a la Constitución; por tanto, si en cumplimiento de sus funciones se viola la Constitución o la ley, o se vulnera un derecho fundamental, esta actuación es susceptible de ser controvertida judicialmente. En principio, ante la justicia administrativa o de familia; pero también ante la jurisdicción constitucional cuando se ha violado o se encuentra amenazado un derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial, o de existir su utilización puede permitir que se ocasione un perjuicio de carácter irremediable”[13](negrilla fuera de texto).

En el caso particular, se busca la protección de los derechos de un menor de edad, quien se ubica en circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión. Teniendo en cuenta que lo que la conducta que presuntamente causa la vulneración, recae sobre un menor de edad,

la Sala considera que exigir que el accionante espere las resultados del proceso administrativo, resulta ser una carga desproporcionada que no deben soportar y que puede poner en peligro sus derechos fundamentales.

2.5. Inmediatez. La decisión de ubicar al menor en un hogar sustituto, fue adoptada el 10 de diciembre de 2013 y la última solicitud del padre para obtener el reintegro de su hijo fue del 20 de enero de 2014, la acción de tutela fue presentada el 29 de enero de 2014, lapso que encuentra la Sala razonable.

3. Problema jurídico.

4. Sentido y alcance del derecho de los niños y de las niñas a tener una familia y no ser separados de ella.

La jurisprudencia constitucional ha insistido de modo constante en la importancia de la familia para el desarrollo integral de la infancia. Los lazos familiares contribuyen, en principio, a crear un ambiente de amor y de cuidado imprescindible para tal desarrollo. La previsión contenida en el artículo 44 respecto de la necesidad de proteger el derecho de la niñez a tener una familia y no ser separada de la misma, se ve así complementada y reforzada por las normas establecidas en la Declaración Internacional sobre los Derechos del Niño[14]. Por su parte, la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez[15].

La jurisprudencia constitucional ha enfatizado en que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar -abuelos, parientes, padres de crianza- son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige. Desde esta perspectiva, la intervención estatal en el núcleo familiar solo puede presentarse de manera marginal y subsidiaria y únicamente si existen razones de peso que así lo ameriten[16].

En conclusión, en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la

debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo, esto por cuanto la intervención estatal se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección[17].

La Corte ha sido muy cuidadosa en subrayar que para identificar el nivel de amparo y cuidado que el Estado debe proporcionar, así como la forma en que éste ha de tener lugar, debe mirarse cada caso específico y han de tenerse en cuenta las peculiaridades y singularidades de cada asunto en particular.

Así entendido, el debate se debe centrar en la verificación de algunos aspectos del caso, para tomar la decisión de ubicar al niño en determinada familia. La jurisprudencia constitucional ha mencionado, entre otros, los siguientes: (a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños o de las niñas; (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a la niñez: “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”[18].

Ahora bien, tal como quedó dicho, aquellas medidas encaminadas a separar a un niño o a una niña de su familia biológica sólo son admisibles en el evento en que las circunstancias que rodean al caso señalen con claridad que la familia no cumple con las exigencias básicas para asegurar el interés superior de la niñez[19].

5. Carácter superior y prevalente de sus derechos e intereses de los niños. Criterios para su determinación. Reiteración de Jurisprudencia.

Para la Corte Constitucional, el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de la naturaleza prevalecte 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”[20].

Respecto de la aplicación concreta del interés superior del niño y su carácter prevalecte, 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”[21].

Esta Corporación ha señalado que para determinar el interés superior del menor en cada caso, el juez constitucional deberá observar: (i) las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad; y (ii) las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil.

Así las cosas, es importante tener presente que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior 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.

6. Procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos.

El proceso de Restablecimiento de Derechos de los menores se encuentra concebido con el objetivo de adelantar todas aquellas actuaciones que sean necesarias para “restaurar en los niños, niñas y adolescentes su dignidad e integridad como sujetos y la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”[27].

A continuación la Sala precisará la forma como ha previsto el Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, el proceso administrativo para el restablecimiento de derechos de los menores.

En primer lugar, señala el estatuto en el artículo 50, que cuando a un niño se le estén vulnerando sus derechos fundamentales, procede la iniciación de un proceso de restablecimiento de derechos, entendido como el conjunto de actuaciones administrativas que la autoridad competente debe desarrollar para la restauración de su dignidad e integridad como sujetos de derechos y de su capacidad para disfrutar efectivamente de los

derechos que le han sido vulnerados, todo dentro del contexto de la protección integral y los principios de prevalencia del interés superior del menor[28]. Por su parte, el artículo 51 del citado Código dispone que es responsabilidad del Estado restablecer los derechos vulnerados, por intermedio de las defensorías de familia, las cuales asumen la obligación legal de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes[29].

De conformidad con lo previsto en el artículo 99, cuando el defensor de familia tenga conocimiento sobre la presunta inobservancia, vulneración o amenaza[30] de los derechos fundamentales de los niños, debe iniciar la respectiva actuación administrativa, para esclarecer las circunstancias de la irregularidad y tomar las medidas necesarias.

Una vez conocidos los hechos, la autoridad competente y su equipo técnico interdisciplinario[31] cuyos conceptos tienen el carácter de dictamen judicial, deben verificar la garantía de los derechos fundamentales del menor, con el objeto de establecer fehacientemente la existencia de alguna vulneración. En ese contexto, de conformidad con el artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia se deben examinar:

- “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.”

En caso de advertir la ocurrencia de un delito, la autoridad competente deberá denunciarlo ante la autoridad penal. De toda la actuación se debe dejar constancia expresa, puesto que las mismas serán el sustento de la definición de las medidas de restablecimiento de

derechos que se vayan a adoptar.

Efectuada la verificación y emitido el concepto de la autoridad competente y el equipo técnico sobre el estado de cumplimiento de derechos, de comprobarse que existió inobservancia, amenaza o vulneración de los mismos, el defensor de familia, comisario de familia o inspector de policía, de manera inmediata dará apertura del Proceso Administrativo de Restablecimiento de derechos.

En el auto de apertura de investigación, que deberá notificarse personalmente, la autoridad competente ordenará:

1. La citación e identificación de los representantes legales del menor, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos para notificarle la apertura de la investigación (art.99-1).

La citación se realizará mediante notificación personal (art.102) cuando se conoce su paradero, en la forma prevista en el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, remitiendo al día siguiente del auto de apertura de investigación y en un plazo no mayor a 5 días, una comunicación a quien deba ser notificado en la que se le advertirá sobre la importancia de comparecer para la notificación en un plazo de 5 días siguientes, de lo cual se dejará copia sellada por la empresa de servicio postal en el expediente. Si la persona comparece, se le notificará el contenido del auto de apertura de investigación, dejando constancia mediante un acta que deberán suscribir la autoridad y el notificado, en la que deberá expresar: (i) la fecha en que se practique, (ii) el nombre del notificado, (iii) la providencia que se notifica, (iv) los recursos que proceden. Si la persona no comparece dentro del término previsto, la autoridad procederá a notificar a la persona mediante aviso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 320 del C.P.C., el cual será enviado a la misma dirección con copia del auto de apertura y la notificación se entenderá surtida al día siguiente del envío del aviso, de lo cual se dejará constancia en el expediente. Se realizará notificación mediante publicación en una página de Internet del ICBF, cuando la citación sea devuelta por el servicio postal con la anotación de que la persona no reside, no trabaja en el lugar o la dirección no existe.

Las providencias que se dicten en el curso de las audiencias y diligencias se consideran

notificadas en estrados inmediatamente después de proferidas, aun cuando las partes no hayan concurrido

2. Decretará mediante resolución las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del menor, previstas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006:

- (i) Amonestación a los padres con asistencia a curso pedagógico,
- (ii) Retiro inmediato del menor de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada,
- (iii) Ubicación inmediata en medio familiar, bien en familia de origen, extensa o en hogar sustituto o en hogar amigo.
- (iv) Ubicación en centro de emergencia, para cuando no procede la ubicación en los hogares de paso,
- (v) la adopción,
- (vi) cualquier otra que garantice la protección integral del menor.

De conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006, el hogar sustituto es una medida de protección provisional que consiste en la ubicación del menor en una familia que se compromete a brindar el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen, proporcionándoles protección integral en condiciones favorables, mediante un ambiente que facilite su desarrollo personal, familiar y social que permita superar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra[32].

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.

Otra de las modalidades de la medida de ubicación en medio familiar, es la constitución en hogar amigo que consiste en que una familia se compromete a brindarle a un menor el

cuidado y atención necesarios para el desarrollo integral, en sustitución de la familia de origen, asumiendo con recursos propios la totalidad de los gastos para su cuidado y atención, así como la garantía de sus derechos[33].

La ley también reconoce algunas situaciones especiales en las cuales puede llegar a presentarse intempestivamente un peligro inminente a la integridad de un menor de edad, motivo por el cual se le concede al defensor o al comisario de familia, la facultad de ordenar, de manera preventiva, una medida cautelar de restablecimiento de derechos, para allanar y rescatar al menor, por encontrar indicios concretos y objetivos respecto a estar el niño, la niña o el adolescente en una circunstancia de peligro, que atente contra su bienestar y sus derechos fundamentales (art.106 Ley 1098/06).

De conformidad con lo previsto en el artículo 103 del Código de la Infancia, las medidas que hayan sido adoptadas dentro de la actuación administrativa tienen carácter transitorio y podrán ser modificadas o suspendidas cuando se alteren las circunstancias que dieron lugar a ellas. La Resolución que así lo disponga se notificará mediante aviso que se remitirá por medio del servicio postal, acompañado de una copia de la providencia correspondiente (art.102 inciso 3°). La medida estará sometida a la impugnación y al control judicial establecido para la autoridad que impone la medida.

3. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del menor.

4. Correr traslado de la solicitud entregando copia de la misma, por 5 días posteriores a la notificación del auto de apertura, a las demás personas interesadas o implicadas, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer.

Vencido el traslado, se decretarán las pruebas que se consideren necesarias, fijará audiencia para practicarlas y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición, que deberá interponerse en la audiencia en caso haber asistido o una vez se notifique por estado. En todo caso la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud, el cual se podrá ampliar, por una sola vez, hasta por dos meses más.

Resuelto el recurso de reposición contra la resolución de adoptabilidad o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo en caso de que alguna de las partes o el Ministerio Público manifieste su inconformidad.

En el ejercicio del restablecimiento de los derechos del menor, las autoridades públicas deben sujetarse en sus decisiones a los procedimientos establecidos en la constitución y en la ley y a las formas propias que en ellas se señalen, como garantía del debido proceso y los derechos de defensa y de contradicción.

7. Caso concreto.

7.1. El 10 de diciembre de 2013, en el auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos del menor, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ordenó, como medida preventiva urgente, la ubicación en un hogar sustituto al menor Samuel David Carrón, de 3 meses de edad. El proceso se inició como consecuencia del reporte que se hizo de maltrato de la madre al menor.

El señor José Israel Carrón Martínez, padre del menor, interpuso acción de tutela contra la medida provisional adoptada por el ICBF, argumentando que él se podía hacer cargo de su hijo, y que con la medida se vulneraban sus derechos y los de su hijo a tener una familia y no ser separados de ella.

El juez de primera instancia negó el amparo considerando que la actuación del ICBF estaba acorde con las medidas que la Ley 1098 de 2006 ordena en caso de agresión a menores, determinando que a quien corresponde definir si el menor vuelve o no al hogar es al ICBF, por ser el ente encargado de la investigación.

El juez de segunda instancia revocó el fallo de primera instancia y ordenó al ICBF adoptar las medidas necesarias para garantizar el desarrollo de los derechos del menor, sin que ello implicara la separación de su padre y hermano quienes conforman su familia. Consideró que la medida de hogar sustituto no se ajusta a los propósitos del Estado para garantizar los derechos de los menores. Adicionalmente llamó la atención del ICBF por no haber tomado medidas de protecciones respecto del menor de 14 años, quien también convive con la señora Aleida.

A continuación la Sala Segunda de Revisión hará una verificación del cumplimiento de la normatividad que regula el proceso de restablecimiento de derechos de menores de edad, luego evaluará si la medida preventiva adoptada por el ICBF se ajusta al interés superior del menor, finalmente analizará la situación actual del accionante y sus hijos como consecuencia del cumplimiento del fallo de segunda instancia que ordenó el reintegro del bebe a su hogar.

7.2. Del proceso de restablecimiento de derechos del menor, aplicación del proceso al caso concreto.

7.2.1. Acorde con el artículo 99, cuando el defensor de familia tenga conocimiento de la presunta inobservancia, vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los niños, deberá iniciar la respectiva actuación administrativa, para esclarecer las circunstancias de la irregularidad y tomar las medidas necesarias.

La situación del maltrato fue reportada por las madres de otros niños que se encontraban en la misma habitación de Samuel David, de esta situación se dejó la siguiente constancia: "Las mamás de los niños 317 - 2 y 317 - 3 compañera de habitación observan y se dan cuenta que la mamá del paciente golpea y ultraja al niño al mismo tiempo lo insulta al dirigirse al hijo. Las mamás de los otros niños se alteraron ante esta situación y dieron aviso al personal de enfermería al mismo tiempo se avisa al pediatra, la mamá del niño no permite que se le realice terapia respiratoria. En vista de la situación y del riesgo para el niño se llama con autorización del médico y la jefe a la policía de infancia y adolescencia quienes vienen y (palabra que no se entiende) a la mamá del paciente a la casa en compañía de su esposo."

La denuncia se presentó por la trabajadora social del Hospital de Kennedy ante el ICBF en los siguientes términos[34]:

Cordial saludo, me permito reportar con carácter urgente menor de 3 meses identificado con registro civil No. 1028894279 con diagnóstico de tipo respiratorio residente en Bosa Alamenda Parque Cra 78 K No. 73 b - 78 sur casa 46 naranja, progenitor sin reconocimiento legal José Israel Carrón, celular de contacto 3124269531, madre Aleida Ducuara Yara quien el pasado domingo en horas de la noche dentro de esta institución hospitalaria intento atentar contra su menor hijo, siendo llamada la policía nacional por el servicio médico, por

lo cual ante la grave situación se reporta por diagnóstico de maltrato infantil, se solicita envío de madre sustituta con carácter urgente para acompañamiento del menor debido a que se encuentra con oxígeno permanente.

Se solicita medida de protección y se informa que como medida preventiva del menor se restringe la visita de la madre solo con acompañamiento paterno.

7.2.2. Una vez conocidos los hechos, la autoridad competente y su equipo técnico interdisciplinario cuyos conceptos tienen el carácter de dictamen judicial, deben verificar la garantía de los derechos fundamentales del menor, con el objeto de establecer fehacientemente la existencia de alguna vulneración. En ese contexto, de conformidad con el artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia se deben examinar:

“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.”

Al respecto, el ICBF constató que:

5. El niño fue reportado en riesgo nutricional[35].

6. Para el momento del presunto maltrato, el padre del menor no lo había registrado como su hijo, sin embargo, el 12 de noviembre de 2013, el señor José Israel Carrón entregó al ICBF registro civil de nacimiento del niño, en el que lo reconoce como su hijo.

7. El 19 de noviembre de 2013, se realizó un informe inicial de trabajo social, en la entrevista y valoración se identificaron factores de riesgo para el niño dentro de la dinámica familiar por lo que se sugirió valoración psicológica para los padres y vinculación a PARD (Proceso de restablecimiento de derechos). En dicho informe se encontraron situaciones como: (i) que el niño convive en la misma casa de habitación con su madre y su hermano de 14 años; (ii) los padres del menor conviven hace 17 años, manifiestan episodios de violencia intrafamiliar, descuido en la alimentación de su hijo mayor, mal manejo de las finanzas, un episodio pasado de consumo de alcohol del padre – ya superado con apoyo espiritual –, conductas extrañas de la señora Aleida, tales como reírse sola sin motivo aparente, mostrarse insegura en la calle y en la casa.

8. Estaban vinculados al Fondo Financiero Distrital de Salud.

9. El 12 de noviembre de 2013, el ICBF realizó valoración inicial de psicología a la señora Aleida Ducuara Yara, como datos relevantes dijo que lleva 17 años viviendo con el señor José Carrón, con el que tiene una buena comunicación, sin embargo el señor solo se encarga de la parte económica del hogar, pues no es cercano a los hijos, “el no hace lo que como padre debe hacer”, se irrita por todo, no tiene control, grita por todo, y hace un tiempo les pegaba. El concepto de la psicóloga fue que no era viable “que la progenitora del niño este al cuidado del mismo, se recomienda dar inicio a valoración con familiar extensa por línea paterna con el fin de sensibilizarse hacia brindar protección al bebe.”

10. El 26 de noviembre de 2013, el ICBF solicitó a Famisanar la asignación de citas en psicología y psiquiatría para la señora Aleida.

11. La señora Beatriz Amparo Díaz Mosquera, tía política de Samuel, solicitó la custodia del menor, por lo que el ICBF hizo la evaluación correspondiente el 10 de diciembre de 2013, allí concluyó que: “Beatriz es una persona que se muestra muy segura al responder las preguntas que se le realizan, mira fijamente a los ojos; omite información y acomoda otra. Al preguntarle la razón por la cual hace omisiones, responde fríamente y no admite, diciendo que no es importante. En la entrevista se encuentra que la relación de Beatriz y Ovidio [hermano del accionante] con Aleida es conflictiva y distante. Ante la poca confiabilidad que genera la entrevista realizada a Beatriz, y por la delicada situación médica de Samuel David, se sugiere que se realice restablecimiento de derechos del menor en

hogar sustituto, mientras se realiza investigación de familia extensa que pueda garantizar el cuidado que Samuel requiere.”

12. Ese mismo día, 10 de diciembre de 2013, el ICBF realizó una visita domiciliaria donde familiares del menor Samuel, concluyendo “densidad habitacional lo que configura hacinamiento por cuanto en el momento no cuentan con espacio disponible para el niño tal vez cuando terminen las adecuaciones habitacionales. Por lo anterior se sugiere ubicación temporal en hogar sustituto.”

De todo lo anterior, se concluye que el ICBF realizó el estudio correspondiente de la situación en la que se encontraba el menor, haciendo uso de su equipo técnico interdisciplinario, y requiriendo de ellos los conceptos de cada disciplina, obteniendo los resultados necesarios para cumplir con el objetivo de corroborar la existencia o no de una vulneración en los derechos del menor.

7.2.3. Efectuada la verificación y emitido el concepto de la autoridad competente y el equipo técnico sobre el estado de cumplimiento de derechos, de comprobarse que existió inobservancia, amenaza o vulneración de los mismos, el defensor de familia, comisario de familia o inspector de policía, de manera inmediata dará apertura del Proceso Administrativo de Restablecimiento de derechos.

14. El 16 de diciembre de 2013, le fue notificada de manera personal al señor José Carrón la providencia de apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derecho de su hijo Samuel[36].

15. El 17 de diciembre de 2013, el padre del menor interpuso recurso de reposición contra la providencia de apertura del proceso, manifestó que el ICBF no tuvo en cuenta su lugar de residencia para vivir con el bebe y que tampoco realizó una visita domiciliaria al hogar de su hermano. Solicitó le fuera entregado su hijo para vivir en su lugar de residencia o, subsidiariamente, en la casa de su hermano.

16. El 26 de diciembre de 2013, el padre visitó a su hijo en el hogar sustituto, en términos de respeto y adecuada interacción.

17. El 26 de diciembre de 2013, le fue notificada de manera personal a la señora

Aleida Ducuara, la providencia de apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos de su hijo Samuel[37].

18. El mismo día se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el señor José, el ICBF resolvió negar la solicitud teniendo en cuenta que por el momento no era conveniente para el menor estar cerca de la progenitora, y en cuanto a la ubicación del menor en la casa de su hermano, la petición fue negada porque una vez realizadas las valoraciones por parte de la profesional en trabajo social y psicología, no se obtuvo concepto favorable para la ubicación del niño en ese contexto familiar, motivo por el cual fue necesario ubicarlo en hogar sustituto. Dijo no ser cierto que el señor José no haya recibido información sobre el procedimiento adelantado, por cuanto la Defensoría ha explicado al recurrente el motivo por el cual se toma la medida de protección y el trámite a adelantar. Por último, confirmó la medida preventiva, hasta tanto se lograra establecer la idoneidad de la progenitora para estar cerca a su hijo y/o se lograra ubicar al menor en una red de familia extensa[38].

De lo visto, es evidente que el ICBF actuó conforme al procedimiento establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, abriendo el proceso de restablecimiento de derechos luego de verificar la posible vulneración de derechos del menor, notificando a los padres del menor de las decisiones adoptadas, resolviendo los recursos interpuestos contra la resolución y adoptando las medidas preventivas urgentes que consideró adecuadas.

7.2.4. De conformidad con lo previsto en el artículo 103 del Código de la Infancia, las medidas que hayan sido adoptadas dentro de la actuación administrativa tienen carácter transitorio y podrán ser modificadas o suspendidas cuando se alteren las circunstancias que dieron lugar a ellas. Para ello la autoridad podrá practicar las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del menor.

19. En el mes de enero el ICBF le realizó una entrevista a la familia Carrón Ducuara, recomendando dar continuidad a la medida tomada a favor del niño ya que no existe en el momento mecanismos que permitan identificar que no se vulneraran derechos de Samuel en su medio familiar. Lo anterior por cuanto (i) la progenitora del niño convive con su esposo y el hermano de Samuel, se considera que en el momento este sistema familiar no

es apto para el reintegro del niño; (ii) la familia extensa no se acercó al centro zonal para una nueva valoración con psicología; y (iii) el padre del niño no ha asimilado el riesgo que corre su hijo Samuel si llegara a ser cuidado por su esposa quien requiere atención por psiquiatría.

20. Mediante auto del 19 de marzo de 2014, el ICBF fijó el 3 de abril de 2014 como fecha para llevar a cabo audiencia de práctica de pruebas. Sin embargo dicha audiencia no se llevó a cabo como consecuencia del fallo de segunda instancia, que ordenó revocar la medida preventiva adoptada a favor del menor, esto es, su ubicación en hogar sustituto.

7.2.5. Conclusión: la Sala encuentra que el proceso de restablecimiento de derechos del menor, iniciado por el ICBF, se desarrolló con normalidad hasta la etapa de pruebas, esto por cuanto antes de cumplirse dicha etapa el juez de segunda instancia, el 20 de marzo de 2014, dio la orden de revocar la medida del hogar sustituto impuesta el 10 de diciembre de 2013.

En dicho proceso se protegió el derecho al debido proceso de los padres, quienes fueron notificados de las actuaciones, se les permitió interponer recursos, fueron partícipes directos de las evaluaciones realizadas por los trabajadores del ICBF, obteniendo decisiones sustentadas en dichos informes, lejos de arbitrariedad alguna, inclusive en lo que tiene que ver con la medida preventiva de hogar sustituto, como se verá a continuación.

7.3. La medida preventiva de hogar sustituto frente al interés superior del menor.

De los hechos expuestos, la Sala comparte la posición del ICBF sobre la evidente vulneración de los derechos del menor y por ende la necesidad de imponer una medida de restablecimiento de sus derechos. Respecto de la medida provisional que se adoptó, considera que la entidad accionada recogió los criterios de interpretación trazados por la jurisprudencia constitucional para determinar el interés superior y prevaleciente de los niños, como garantía de la satisfacción integral de sus derechos fundamentales. Lo anterior teniendo en cuenta que esta Entidad goza de un amplio margen de discrecionalidad para la adopción de la medida, por contar con el equipo interdisciplinario necesario, y el proceso administrativo regulado, para determinar las especiales circunstancias fácticas que rodeaban al menor de edad, respetando el procedimiento que resultaba obligatorio como garantía del debido proceso y derecho de defensa de los accionantes.

Encuentra la Corte que la medida provisional de colocación familiar en hogar sustituto, fue informada y motivada, teniendo en cuenta que estuvo antecedida y soportada por las labores de verificación encaminadas a determinar la existencia de una real situación de amenaza, lo cual otorgó al funcionario responsable de declarar la medida, los elementos de juicio necesarios para determinar con certeza que el retiro del medio familiar en que se encontraba, constituía la mejor opción para garantizar la defensa de sus derechos.

Lo anterior se sustenta, como ya se ha mencionado, en los diferentes conceptos de psicólogos y de trabajadores sociales quienes siempre calificaron el riesgo que el menor corría de vivir en el mismo lugar de habitación con su progenitora. Circunstancias probadas como:

21. El maltrato de la madre hacia el menor, en plena hospitalización del niño en el Hospital de Kennedy[39].
22. El riesgo nutricional del menor[40].
23. Un informe inicial de trabajo social, en el que se identificaron factores de riesgo para el niño dentro de la dinámica familiar por lo que se sugirió valoración psicológica para los padres y vinculación a PARD (Proceso de restablecimiento de derechos).
24. Un concepto que termina que “no es viable que la progenitora del niño esté al cuidado del mismo, se recomienda dar inicio a valoración con familiar extensa por línea paterna con el fin de sensibilizarse hacia el brindar protección al bebe.”
25. Un informe de la Clínica Buen Trato de Colsubsidio, en el que se manifiesta que “se evidencian problemas en la relación y comunicación de los padres, ya que el padre no quiere que el niño se quede bajo el cuidado solo de la madre y pide colaboración de su hermana, a lo que la madre se rehúsa. Se notifica el caso a su centro para solicitar apoyo y seguimiento con el fin de minimizar los probables riesgos para el niño. De su definición depende el egreso o no del paciente.”
26. Otro informe señala que la señora Aleida, cuando se refiere a Samuel, se percibe con emotividad fingida.

Respecto de la convivencia con el padre, el ICBF consideró no viable la solicitud teniendo en

cuenta que el señor José Carrón habitaba en el mismo lugar de residencia de la madre del menor, lo cual hacía evidente el riesgo. Por otra parte, luego de hacer un informe de la familia extensa, se conceptuó que no era viable la ubicación del menor allí, esto por cuanto existía: “densidad habitacional lo que configura hacinamiento por cuanto en el momento no cuentan con espacio disponible para el niño tal vez cuando terminen las adecuaciones habitacionales. Por lo anterior se sugiere ubicación temporal en hogar sustituto.”

Sin desconocer la importancia de la convivencia con el grupo familiar biológico, que como en reiterada jurisprudencia se ha reconocido, constituye una base fundamental para obtener el desarrollo integral de la infancia, esto por cuanto los lazos familiares contribuyen, en principio, a crear un ambiente de amor y de cuidado imprescindible para tal desarrollo, en el presente caso, la intervención del Estado era necesaria.

En conclusión, la defensora de familia con el apoyo del equipo interdisciplinario, conformado por psicólogos, nutricionista y trabajadores sociales, luego de verificar el estado de salud física y psicológica del menor, de nutrición y de vacunación, la ubicación de la familia de origen, el estudio del entorno familiar – familia extensa – y la vinculación al sistema de salud, concluyó que la medida necesaria para privilegiar el interés superior del bebe sería separarlo de su familia, hasta tanto se verificara un cambio en las circunstancias de salud mental de la progenitora; o un cambio de residencia del progenitor – diferente al lugar de residencia de la esposa –, con condiciones mínimas habitacionales.

Esto último es importante, ya que la ubicación en hogar sustituto se adoptó como medida preventiva atendiendo a la urgencia de proteger al menor de la actuación agresiva de su madre, y dado que la convivencia con el padre no garantizaba al ICBF que se cumpliera el objetivo de mantenerlo distanciado de la progenitora, por cuanto viven en el mismo hogar; circunstancias que, al modificarse, podrían llevar al ICBF a terminar con dicha medida preventiva[41].

7.4. Situación actual del menor, en cumplimiento del fallo de segunda instancia.

7.4.1. Mediante sentencia del 20 de marzo de 2014, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil –, ordenó al ICBF adoptar las medidas necesarias para garantizar el desarrollo de los derechos del menor, sin que ello implique la separación de su padre y hermano quienes conforman su familia. Adicionalmente llamó la atención del ICBF por no

haber tomado medidas de protecciones respecto del menor de 14 años, quien también convive con la señora Aleida.

7.4.2. En Sede de Revisión el magistrado ponente solicitó al ICBF información del estado actual del proceso de restablecimiento de derechos del menor Samuel Carrón, con el fin de evaluar las medidas a adoptar para garantizar la protección de los derechos fundamentales del menor.

7.4.3. La Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, informó lo siguiente:

7.4.3.1. De conformidad con lo ordenado por el Tribunal Superior de Bogotá, la Defensoría de Familia adscrita al Centro Zonal Bosa, mediante Resolución No. 185 del 29 de marzo de 2014 resolvió:

27. Terminar la medida de ubicación de hogar sustituto del niño Samuel David Carrón, de 8 meses de edad.

28. Ordenar el reintegro del menor a su progenitor José Israel Carrón.

29. Amonestar al señor José Israel Carrón, para que por ningún motivo delegue el cuidado del niño en la progenitora o en persona que no tenga la capacidad de atenderlo de forma adecuada.

30. Ordenar la constitución de un hogar gestor a favor del menor Samuel.

31. Ofició a la Comisaria de Familia de la localidad, con el fin de solicitar medida de protección.

32. Ordenar al equipo psicosocial de la Defensoría de Familia, realizar seguimiento al reintegro familiar por un término de 6 meses y rendir los respectivos informes.

7.4.3.2. Dado que para la fecha el menor estaba hospitalizado, ofició al Hospital el Tunal para informarle que el progenitor asumió la responsabilidad de cuidarlo.

7.4.3.3. El 29 de abril de 2014, se realizó valoración psicológica de seguimiento al menor Samuel David, dejando como concepto:

El progenitor refiere que debido a su falta de empleo solicitó apoyo ante el COL - Centro Cooperativo Local de la Secretaría de Integración - y cuenta en la actualidad con un bono para mercar de tres meses.

Una vez adelantada la valoración se identificó un retraso en el desarrollo de Samuel David, refiere además su progenitor encontrarse el niño aun hospitalizado en sala de cuidado incentivos en la actualidad, sumado a lo anterior solicitó expedición de nueva carta de salud que le asegure la atención médica a su hijo, toda vez que se ha quedado sin trabajo actualmente, razón por la cual se explica la imposibilidad de emitir otro documento con tales fines.

7.4.3.4. El 29 de mayo de 2014, se realizó estudio sociofamiliar por la trabajadora social del Centro Zonal Boza, realizando la siguiente anotación:

Teniendo en cuenta que el progenitor es diligente para manejar asuntos y dificultades que se presentan con relación al bienestar de sus hijos y dentro de sus capacidades es garante de derechos, se considera pertinente confirmar la medida en medio familiar a favor de Samuel David en cabeza de su progenitor.

7.4.3.5. El 19 de agosto de 2014, se establece comunicación con el señor José Israel quien informó que reside con su hijo en casa de su hermano y cuenta con el apoyo de su familia extensa para su cuidado, refiere que se encuentra estable pero aun con oxígeno permanente, recibió el último apoyo de COL el 31 de julio de 2014, en cuanto a la señora Aleida refiere que no ha vuelto a gestionar su atención por psicología o psiquiatría y vive sola en su casa.

7.4.3.6. Se solicitó al progenitor aportar certificado de cuenta bancaria a su nombre con el fin de solicitar a la Regional Bogotá la asignación del aporte económico correspondiente al hogar gestor.

7.4.3.7. En un informe de la trabajadora social se indica que "Teniendo en cuenta la indagación, descripción y análisis de la información en relación con las condiciones vigentes del progenitor de Samuel David Carrón Ducura se evidencia condiciones habitacionales, sociales y familiares mínimas para asumir el cuidado personal y protección de su hijo por lo cual se considera pertinente evaluar la posibilidad de ser considerado este medio familiar

como hogar gestor, sin embargo, es de tener en cuenta que el estado delicado de salud del niño requiere de atención constante y cuidados especiales, por lo cual, se puede evaluar la posibilidad de ordenar el reintegro al medio familiar debido a la orden realizada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de tutela.”

7.5. Acorde con lo expresado en el punto 7.3. del caso concreto, la Sala Segunda de Revisión considera que la medida provisional adoptada en la resolución del 10 de diciembre de 2013, se fundamentó en una debida valoración de las circunstancias que rodeaban el caso del menor, exponiendo una motivación razonable que conllevó a la ubicación del menor en hogar sustituto y garantizando con ello la protección efectiva del menor frente a riesgos prohibidos, resguardándolo de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegiéndolo frente a condiciones extremas que amenazaban su desarrollo armónico, como es el caso de la violencia física que su progenitora.

Sin embargo, no se puede desconocer que en la actualidad, el mismo ICBF reconoce la diligencia y preocupación del padre del menor para darle los cuidados que requiere, y la no convivencia con la madre del niño - que en todo momento fue la preocupación principal de la autoridad accionada -. Adicionalmente, la demandada dio aprobación a las condiciones mínimas de habitabilidad de la residencia donde actualmente vive el señor José Israel y sus dos menores hijos.

7.6. Sumado a lo anterior, la Sala aplaude la medida del hogar gestor[42] adoptada por el ICBF, la cual ayudará en gran medida al padre para suplir las necesidades básicas de su hijo de 8 meses de edad, quien debe recibir cuidado permanente de él. Por esto se ordenará hacer efectiva esta ayuda inmediatamente notificada esta providencia.

7.7. Por lo anterior, la Corte confirmará la medida de ubicación en medio familiar y todas las medidas adicionales constituidas por la defensora mediante resolución del 28 de marzo de 2014 a favor del menor, en acatamiento de lo ordenado mediante la sentencia proferida el 20 de marzo de 2014 por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la presente acción de tutela.

Con todo la Sala advierte que la medida podrá ser modificada en cualquier momento en tanto se alteren las condiciones que dieron lugar a su imposición, atendiendo el carácter transitorio de las medidas de protección a que se refiere el artículo 103 del Código de la

Infancia y la Adolescencia y en todo caso al concepto integral que en tal sentido profiera el equipo interdisciplinario del Centro Zonal del ICBF, para lo cual la defensora de familia deberá observar las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corporación en relación con la prevalencia del interés superior de los menores y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, expuestas en las consideraciones de la presente providencia.

III. CONCLUSIÓN.

1. Síntesis del caso.

El 10 de diciembre de 2013, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ordenó, como medida preventiva, la ubicación en un hogar sustituto al menor Samuel David Carrón Ducuara, de 3 meses de edad. El proceso se inició como consecuencia del reporte que se hizo de maltrato de la madre al menor.

El señor José Israel Carrón Martínez, padre del menor, interpuso acción de tutela contra la medida provisional adoptada por el ICBF, argumentando que él se podía hacer cargo de su hijo, y que con la medida se vulneraban sus derechos y los de su hijo a tener una familia y no ser separados de ella.

El juez de primera instancia negó el amparo considerando que la actuación del ICBF estaba acorde con las medidas que la Ley 1098 de 2006 ordena en caso de agresión a menores, determinando que a quien corresponde definir si el menor vuelve o no al hogar es al ICBF, por ser el ente encargado de la investigación.

El juez de segunda instancia revocó el fallo de primera instancia y ordenó al ICBF adoptar las medidas necesarias para garantizar el desarrollo de los derechos del menor, sin que ello implicara la separación de su padre y hermano quienes conforman su familia. Consideró que la medida de hogar sustituto no se ajusta a los propósitos del Estado para garantizar los derechos de los menores. Adicionalmente llamó la atención del ICBF por no haber tomado medidas de protecciones respecto del menor de 14 años, quien también convive con la señora Aleida.

La Sala Segunda de Revisión verificó que el proceso de restablecimiento de derechos del menor se llevó acorde con la normatividad vigente, respetando el debido proceso de los

padres; consideró que el ICBF adoptó la medida preventiva que en ese momento más se ajustaba al caso, esto es, la ubicación del niño en un hogar sustituto, esto por cuanto los padres del menor residían en la misma casa y dado que la ubicación con familia extensa no había sido recomendada por la trabajadora social de la entidad. Sin embargo, teniendo en cuenta que, en cumplimiento del fallo de segunda instancia, actualmente el progenitor convive con sus hijos y sin su esposa, en un lugar con condiciones mínimas de habitabilidad, y que existe un concepto del mismo ICBF recomendando la continuidad de la medida de ubicación en medio familiar, la Sala Segunda de Revisión confirmará las medidas adoptadas por el ICBF mediante resolución del 28 de marzo de 2014, advirtiendo que la medida podrá ser modificada en cualquier momento en tanto se alteren las condiciones que dieron lugar a su imposición.

2. Razón de la decisión.

No se vulneran el derecho a tener una familia y no ser separado de ella de un menor de edad ni de sus padres, cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adopta como medida preventiva para la protección del menor la ubicación del niño en un hogar sustituto, cuando dicha medida se soporta en informes motivados del equipo interdisciplinario del Instituto, donde se concluya la pertinencia de alejar al menor de su núcleo familiar, todo dando cumplimiento al procedimiento establecido por la Ley.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR por las razones expuestas, el fallo proferido el 20 de marzo de 2014 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil -, dejando en firme la medida de ubicación en medio familiar y las medidas adicionales constituidas por la defensora de familia, mediante Resolución No. 185 del 29 de marzo de 2014, en acatamiento de lo ordenado en la sentencia del Tribunal Superior, dentro de la presente acción de tutela, advirtiendo que la medida podrá ser modificada en cualquier momento en tanto se alteren las condiciones que dieron lugar a su imposición, atendiendo el carácter

transitorio de las medidas de protección a que se refiere el artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia y en todo caso al concepto integral que en tal sentido profiera el equipo interdisciplinario del Centro Zonal del ICBF, para lo cual la defensora de familia deberá observar las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corporación en relación con la prevalencia del interés superior de los menores y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, expuestas en las consideraciones de la presente providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente providencia, adelante todas las medidas y actuaciones necesarias para hacer efectiva la medida de Hogar Gestor a favor del señor José Israel Carrón Martínez, padre del menor Samuel David Carrón Ducuara.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] En el folio 2 se encuentra el registro civil de nacimiento del menor.

[2] Ver folios 31 del cuaderno 1.

[3] Ver folio 45 del cuaderno 1.

[4] Ver folio 94 del cuaderno 1.

[5] Ver folio 94 del cuaderno 1.

[6] Ver folios 102 y 103 del cuaderno 1.

[7] Ver folios 162 al 168 del cuaderno 1.

[8] Ver folios 171 al 174 del cuaderno 1.

[9] Ver folios 11 al 19 del cuaderno 2.

[10] En Auto del 15 de mayo de 2014 de la Sala de Selección de tutela No 5 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y su reparto.

[11] De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley”.

[12] Sentencia T-580 A de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[13] Sentencia T-497 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[14] Por ejemplo, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral; según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento. A su vez, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 41/85

del 3 de diciembre de 1986, establece que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil (art. 1), y que el bienestar de los niños depende del bienestar de su familia (art. 2). En el mismo sentido, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”.

[15] Corte Constitucional Sentencia T-587 de 1998. Esta providencia le correspondió a la Corte Constitucional establecer si el ICBF había desconocido los derechos fundamentales de una niña a tener una familia, al negarle a una pareja de padres extranjeros la posibilidad de adoptarla, en razón a que la hija biológica que ellos tenía una edad menor y ello podría generar traumatismos.

[16] Corte Constitucional Sentencia T-752 de 1998.

[17] Corte Constitucional Sentencia SU-225 de 1998.

[18] *Ibíd.*

[19] Corte Constitucional Sentencia T-510 de 2003.

[20] Ver sentencia T-514 de 1998.

[21] Sentencia T-510 de 2003.

[22] Ver entre otras las sentencias T-292 de 2004, T-510 de 2003, T-497 de 2005, T-466 de 2006, T-887 de 2009, T-968 de 2009, T-572 de 2010, T- 1042 de 2010 y T-068 de 2011.

[23] Ver sentencia T-580^a de 2011.

[24] El artículo 7° del Código de la Infancia y la Adolescencia entiende por protección integral: “el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.”

[25] El artículo 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que: “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados y 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.”

[26] El artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.” Por su parte, el artículo 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia, dispone que el menor será protegido contra: “1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen responsabilidad de su cuidado y atención. // 2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes viven con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad. // 3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización. // 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad. // 5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre. // 6. Las guerras y los conflictos armados internos. // 7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley. // 8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria. // 9. La situación de vida en la calle de los niños y las niñas. // 10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin. // 11. El desplazamiento forzado. // 12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación. // 13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT. // 14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida. // 15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia. // 16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. // 17. Las minas antipersonales. // 18. La transmisión del VIH-SIDA y

las infecciones de transmisión sexual. // 19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.”

[28] Ver Lineamientos Técnico Administrativos de Ruta de Actuaciones y Modelo de Atención Para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y Mayores de 18 años con Discapacidad, con Sus Derechos Amenazados, Inobservados o Vulnerados.”, aprobados mediante Resolución No.5929 del 27 de diciembre de 2010, proferida por la Dirección General del ICBF.

[29] Código de la Infancia y Adolescencia en el artículo 79 señala: “Las Defensorías de Familia son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. // Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista. // Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial.”

[30]En los Lineamientos Técnico Administrativos el ICBF define las situaciones de inobservancia, amenaza o vulneración para el ingreso al Proceso de Restablecimiento de Derechos, así: “a) Inobservancia: Consiste en el incumplimiento, omisión o negación de acceso a un servicio, o de los deberes y responsabilidades ineludibles que tienen las autoridades administrativas, judiciales, tradicionales nacionales o extranjeras, actores del Sistema nacional de Bienestar Familiar, sociedad civil y personas naturales, de garantizar, permitir o procurar el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas o adolescentes nacionales y extranjeros que se encuentren en el territorio colombiano o fuera de él. //b) amenaza: Consiste en toda situación de inminente peligro o de riesgo para el ejercicio de los derechos de todos los niños, las niñas o los adolescentes.// c) Vulneración: Es toda situación de daño, lesión o perjuicio que impide el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

[31] De conformidad con los Lineamientos Técnicos Administrativos trazados por el ICBF, cuenta con un equipo Técnico Interdisciplinario integrado por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.

[32] Ver Lineamiento Técnico para hogares sustitutos, aprobado por Resolución No.5930 de

diciembre 27 de 2010, proferida por la Dirección General del ICBF.

[33] Ver Lineamientos Técnicos para hogares amigos, aprobado por Resolución No.3621 de diciembre 14 de 2007, proferida por la Dirección General del ICBF.

[34] Ver folios 31 del cuaderno 1.

[35] Ver folio 45 del cuaderno 1.

[36] Ver folio 94 del cuaderno 1.

[37] Ver folio 94 del cuaderno 1.

[38] Ver folios 102 y 103 del cuaderno 1.

[39] Ver folios 31 del cuaderno 1.

[40] Ver folio 45 del cuaderno 1.

[41] Acorde con el artículo 103 del Código de la Infancia, las medidas que hayan sido adoptadas dentro de la actuación administrativa tienen carácter transitorio y podrán ser modificadas o suspendidas cuando se alteren las circunstancias que dieron lugar a ellas.

[42] El Hogar Gestor es una modalidad de restablecimiento de derechos dirigida por el ICBF, y que consiste en el acompañamiento, la asesoría y el apoyo económico a las familias con el fin de brindar herramientas para el mejoramiento de la atención y la calidad de vida de los niños, niñas, adolescentes y mayores de edad con discapacidad.