

Sentencia T-679/12

DEFENSOR DE FAMILIA-Procedencia excepcional de tutela contra las actuaciones administrativas adelantadas por funcionarios del ICBF

Tratándose de la amenaza o vulneración de derechos fundamentales por las actuaciones administrativas adelantadas por los funcionarios del ICBF, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que si a través de sus acciones u omisiones que en todo caso deben ajustarse a la Constitución y a la ley, se transgrede las normas o se amenazan o vulneran derechos fundamentales, procederá la tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio iusfundamental de carácter irremediable, “sin que ello signifique que el juez constitucional haya suplantado a la Autoridad administrativa”, no obstante que tales actuaciones sean susceptibles de ser controvertidas judicialmente ante los jueces contencioso administrativos o ante los jueces de familia.

DERECHOS DE PROTECCION ESPECIAL DEL MENOR DE EDAD-Alcance específico

La jurisprudencia constitucional ha considerado que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación, por lo que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores, toda vez que, por mandato de la Carta, el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

La Corte ha fijado reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares.

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Fundamental y prevalente

La Corte Constitucional, ha trazado una sólida línea jurisprudencial, según la cual, las medidas que tengan como resultado separar a un menor de su familia son procedentes sólo

cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor y que la aptitud de un determinado grupo familiar se determina atendiendo cuidadosamente a las circunstancias particulares de cada caso.

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

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Caso en que las autoridades administrativas obraron de manera apresurada al evaluar la idoneidad de los abuelos paternos

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Orden a defensora de familia efectúe estudios y evaluaciones a los abuelos paternos de la menor para establecer idoneidad para asumir custodia

Referencia: expediente T-3419262

Acción de tutela instaurada por Andrea y la menor Sonia contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Adriana Guillén Arango (e), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia del 3 de enero de 2012, proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, que declaró improcedente la solicitud de amparo instaurada mediante apoderado por Andrea a nombre propio y en representación de su hija menor de edad Sonia contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

I. ANTECEDENTES

Advertencia preliminar

En reconocimiento del derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales de la niña y las familias involucradas en el presente proceso, la Sala Primera de Revisión, decidió cambiar en esta providencia los nombres reales de la niña y sus familiares más cercanos, por nombres ficticios, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. Cuando se trate de un nombre ficticio, éste se escribirá en cursiva y no se usarán apellidos.

1. La acción de tutela

Mediante apoderado judicial la señora Andrea a nombre propio y en representación de su hija menor de edad Sonia interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio en contra de la decisión del 7 de septiembre de 2011 proferida por la Defensora de Familia adscrita al Centro de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual -CAIVAS- del Centro Zonal Pereira, Risaralda, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante Defensora de Familia Caivas, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a tener una familia y no ser separada de ella, al debido proceso, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad. La solicitud se fundamentada en los siguientes.

1. Hechos

1.1. El 29 de abril de 2011 la señora Andrea puso en conocimiento de la Policía de Infancia y Adolescencia, la presunta comisión del delito de abuso sexual por parte de su compañero sentimental, Alberto, sobre su hija menor de seis años de edad. Según la demandante, tuvo conocimiento de dicha circunstancia cuando al preguntarle a la niña la razón por la cual estaba caminando extraño, ésta le indico que sentía un fuerte dolor en sus genitales debido a que su padrastro la tocaba cuando la madre no se encontraba en la vivienda o a altas horas de la noche cuando ésta se encontraba dormida. En su declaración de la madre de la menor dijo que:

“un día observó a su hija caminando muy extraño, que ella le pregunt[ó] que le pasaba pero que la niña no le dijo nada, luego más tarde la niña se le arrim[ó] y ella la notó rara le volvió a preguntar que le sucedía y le respondió que le dolía para hacer chichi, que al requerirle que

le había pasado la mir[ó] con miedo le insistió que le dijera la verdad y ella le dijo que el papá le tocaba la vagina, además le contó que el papá le pegaba cuando ella se iba a trabajar.”¹

Precisa que apenas tuvo conocimiento del abuso sexual y el maltrato infantil de que era víctima su hija, procedió a denunciar la situación ante las autoridades.

1.3. La Policía de Infancia y Adolescencia informó del caso al ICBF, seccional Risaralda,² entidad que inició el proceso de restablecimiento de derechos de la menor Sonia³ y la ubicó en un hogar sustituto bajo medida de colocación familiar provisional.⁴

1.4. Días después, una funcionaria del ICBF le informó telefónicamente a la madre de la menor que la niña había sido vinculada al programa de restablecimiento de derechos de la entidad y que entendía que había quedado notificada de la decisión en debida forma.

1.5. El ICBF realizó una valoración psicológica de la menor y en el informe respectivo dejó constancia de la forma en que la trata el compañero sentimental de la madre, en los siguientes términos:

“Con relación al padrastro lo identifica como el papá y al preguntarle por su padre biológico o familia de este (abuela, tías o tíos etc.) (sic) menciona que no los conoce y que su papá es Alberto, de este [ú]ltimo menciona experiencias como que este la metía al tanque lleno de agua con los pies hacía arriba y le decía que si le contaba a la mamá la mataba[.] También refiere que el citado señor en una oportunidad le estaba pegando y la tir[ó] muy duro contra la pared, agrega que ella vomitaba de forma frecuente porque no le gustaba mucho comer y el padrastro la obligaba a comerse el vómito y en general refiere ser víctima de maltrato físico.”⁵

1.6. Durante el tiempo que se adelantó el proceso de restablecimiento de derechos de la menor, la señora Andrea asistió a todas y cada una de las citas que le programó el ICBF, y visitó a su hija cuando se lo permitieron, con la intención y la esperanza que ello contribuyera al regreso de la niña a su hogar.

1.7. Cumplidas todas las etapas del proceso de restablecimiento de derechos, el ICBF mediante la Defensora de Familia Caivas, declaró, el 7 de septiembre de 2011, la condición de adoptabilidad de la niña Sonia y la consecuente pérdida de la patria potestad por parte de

sus padres.⁶ Esta decisión se fundamentó en el informe de valoración psicológica realizado a la menor que concluyó la imposibilidad de reintegrarla al grupo familiar, por dos razones; (i) alto grado de vulnerabilidad producto de las prácticas de violencia y maltrato rutinarias entre los miembros del hogar,⁷ y (ii) la declaración de la madre en la que reconoció ser consumidora habitual de estupefacientes, versión corroborada por la abuela materna,⁸ y los testimonios de los vecinos que dan cuenta de la adicción a las drogas de la madre y de su carácter conflictivo.

1.8. La madre de la niña interpuso recurso de reposición contra la decisión,⁹ el cual fue resuelto por el ICBF mediante Resolución N° 094 del 13 de septiembre de 2001 en la que se determinó no reponer lo decidido,¹⁰ en los siguientes términos:

“La defensoría de familia CAIVAS tuvo conocimiento de la situación de (sic) presenta vulneración de derechos de la niña SONIA por informe de la policía de infancia y adolescencia quienes debieron adelantar el procedimiento cuando la progenitora de esta llam[ó] aduciendo que su hija le acaba de contar que su compañero sentimental la sometía a violencia sexual.

(...)

La señora Andrea trabajaba los fines de semana y dejaba a su hija al cuidado de su compañero afectivo a sabiendas de que este maltrataba a su hija y que era consumidor de estupefacientes, hecho que aprovech[ó] para someterla a violencia sexual y fue solo en este momento cuando decide acudir a la policía, su hija “caminaba raro” no se atrevió a contarle a su mamá lo que le estaba pasando pues temía a su reacción o la sometía a maltrato o se desataba nuevamente la situación de violencia con su padrastro ...”

(...)

Para el caso que nos ocupa los progenitores de han incumplido constitucional (sic) que les impone la obligación de garantizarle sus derechos. El padre la abandonó, cuando se le indagó a la progenitora por este manifestó: “Se llama Julio. No se donde vive, no se nada de [é]l, no le ayuda a la niña ni nada” y la señora Andrea le vulner[ó] conscientemente sus derechos fundamentales ...”.

(...)

La profesional también registra como Andrea ha sido una madre negligente por cuanto se le ha solicitado con más de un mes de anterioridad que realice el retiro de la niña de la base del Fosyga, lo cual es necesario para que se le asigne su carnet de salud, desde la defensoría se le entregó el documento y las indicaciones para llevar a cabo tal diligencia sin que haya logrado eco en la progenitora, al solicitarle de nuevo tal gestión refiere que perdió el documento y su cédula recientemente, que no tiene forma de hacerlo porque económicamente le es imposible, denotando así su desinterés, su falta de movilización para asegurar el acceso de su hija a la salud y la minimización de las indicaciones que se le dan en la defensoría ...”

(...)

Desde que se inici[ó] el tr[á]mite administrativo en declaración se les interrog[ó] a la progenitora y abuela de la niña sobre qu[é] persona o personas podía asumir el cuidado de SONIA y estas no aportaron información distinta a que ellas mismas, con pobre nivel de autocrítica y sin dar a conocer alternativas reales.”¹¹

1.9. Las diligencias administrativas adelantadas por la Defensora de Familia Caivas, que culminaron con la declaración de situación de adoptabilidad de la niña Sonia el 7 de septiembre de 2011, fueron remitidas para su homologación, el 21 de octubre de 2011, al Juzgado Cuarto de Familia de Pereira. Este Juzgado mediante providencia del 23 de noviembre de 2011 homologó la decisión adoptada por la Defensora de Familia Caivas, por medio de la cual se declaró en situación de adoptabilidad a la menor y fue vinculada al programa de adopciones.

1.10. Finalmente, el apoderado judicial sostiene que a su representada no se le permitió controvertir las pruebas testimoniales que la describían como una persona agresiva, conflictiva e intolerante que sometía a su hija a maltrato físico, verbal y psicológico; que las mismas fueron tomadas sin su presencia; que la Defensora de Familia Caivas no tuvo en cuenta la solicitud de los abuelos paternos de la niña que daba cuenta de su intención y capacidad para recibir su custodia;¹² que la madre de la menor siempre brindó a la niña un ambiente sano para su crecimiento, procurando su acceso a la educación, a la salud y a la recreación; que siempre fue una niña deseada desde la concepción; y que además fue

culpada injustamente del abuso sexual de que fue objeto la niña, sin tener en cuenta que fue ella quien denunció la conducta apenas tuvo conocimiento de la misma. Insiste en que Andrea brindaba a su hija todas las condiciones para asegurarle un crecimiento integral y que la separación forzosa y la posterior declaratoria de adoptabilidad de la menor han generado en la madre graves episodios depresivos a consecuencia de la separación.

1.2. Solicitud de tutela

El apoderado judicial sostiene que la decisión del ICBF, Seccional Risaralda, por medio de la cual se declaró a la niña Sonia en situación de adoptabilidad, no tuvo en cuenta las reglas propias del procedimiento administrativo: (i) la posibilidad de controvertir los seis testimonios tomados a los vecinos en la visita practicada a la vivienda de la señora Andrea, los cuales fueron considerados para tomar la decisión que la separa definitivamente de su hija, y (ii) la obligación de resolver dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, lo que trae como consecuencia la pérdida de competencia para proferir el fallo. Con este proceder se desconoció el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia que ordena que a la hora de practicar testimonios dentro del proceso de restablecimiento de derechos, se realice conforme a las reglas del procedimiento civil, es decir con asistencia de la parte contraria y concediendo la oportunidad de practicar el contrainterrogatorio, así como la obligación de decidir en el término de cuatro meses. Además, (iii) afirma que la Defensora de Familia Caivas no tuvo en cuenta la solicitud de los abuelos paternos de la menor que daba cuenta de su intención y capacidad para recibir su custodia.

Por todo lo anterior, solicita se decrete la nulidad de la decisión del 7 de septiembre de 2011 y que se ordene al ICBF devolver a la menor al hogar materno.

1.3. Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

María Yolanda Pérez Idarraga actuando en representación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicitó que se denegara la solicitud de amparo.¹³ Para sustentar su petición, reiteró las condiciones de violencia y consumo de sustancias psicoactivas dentro del hogar de Sonia, que derivaban en un contexto familiar y social vulnerable, y que exigían la

urgente intervención estatal tendiente a la protección inmediata de los derechos de la menor.

Precisó que a lo largo del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos y con fundamento en las diferentes valoraciones e intervenciones realizadas por la Defensoría de Familia y su equipo interdisciplinario de trabajo, se concluyó la imposibilidad del reintegro familiar de la menor toda vez que tanto la progenitora como la abuela materna, no cuentan con las condiciones emocionales ni sociales que el cumplimiento de los deberes parentales exige, de acuerdo con los informes psicológicos y de trabajo social. La declaratoria de adoptabilidad fue determinada entonces por los abusos sexuales y el maltrato a que fue sometida la menor, y por la carencia de las condiciones sociofamiliares adecuadas para su desarrollo.

En relación con el procedimiento administrativo que dio lugar a la declaratoria de adoptabilidad de la niña, indicó que éste se había llevado a cabo con respeto al debido proceso, tal y como lo declaró el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira que homologó la decisión administrativa adoptada.¹⁴ Señaló además, que la señora Andrea reconoció dentro del proceso sus fallas como madre y tuvo la oportunidad de controvertir todas las decisiones que en desarrollo del mismo fueron adoptadas.

2. Decisión de instancia bajo revisión

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, mediante fallo del 3 de enero de 2011 declaró improcedente la solicitud de amparo.

Para el Juzgado el escenario natural de defensa de los derechos fundamentales es el proceso ordinario, de manera que la legalidad de los actos proferidos por la Defensora de Familia Caivas se debió discutir en el proceso de homologación que se llevó a cabo a instancia del Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, donde la actora debía demostrar la ilegalidad del acto y solicitar la nulidad de la actuación administrativa y el reintegro de la menor al seno familiar. Considera el despacho judicial, en consecuencia, que la accionante pretende revivir actuaciones que ya fueron concluidas ante las instancias administrativas y judiciales, en las que ella tuvo la oportunidad de ejercer su oposición, desconociendo que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.

La decisión de instancia no fue impugnada.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo mencionado, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Problema jurídico por resolver

El asunto bajo revisión plantea el siguiente problema jurídico:

Establecer si en la actuación administrativa de restablecimiento de derechos adelantada por la Defensora de Familia Caivas se vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la actora y de su hija menor de edad, por exceder el término de cuatro meses establecido para decidir, no permitirle controvertir las pruebas testimoniales que fueron recaudadas en su contra, y no tener en cuenta la solicitud de custodia de los abuelos paternos de la menor.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra las actuaciones administrativas adelantadas por el Defensor de Familia

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela como mecanismo judicial que tiene como propósito la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando por acción o por omisión las autoridades públicas o los particulares en determinadas circunstancias vulneren o amenacen tales derechos, es de naturaleza subsidiaria y residual, puesto que sólo procede en ausencia de otro mecanismo de defensa judicial o cuando existiendo éste, no resulta idóneo para el amparo efectivo de los derechos vulnerados o amenazados.¹⁵

La idoneidad del otro medio de defensa alternativo supone,¹⁶ la evaluación y valoración de los elementos de cada caso concreto para determinar la eficacia o no en la protección del derecho.¹⁷ Así, si el mecanismo alternativo propuesto es eficaz, la tutela resulta ser improcedente como mecanismo de protección, a menos que se pruebe la existencia de un perjuicio irremediable que autorice la protección constitucional transitoria. De lo contrario,

esto es, de ser el mecanismo alternativo ineficaz, la tutela resulta procedente para conjurar la violación o amenaza del derecho fundamental invocado.

Esta corporación, también ha señalado que el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna más flexible cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como los niños, las personas que sufren algún tipo de discapacidad, las mujeres embarazadas, las madres cabeza de familia, los ancianos y los desplazados, en atención al estado de debilidad manifiesta en que se hallan y de la especial protección que la Constitución les brinda.¹⁸

Tratándose de la amenaza o vulneración de derechos fundamentales por las actuaciones administrativas adelantadas por los funcionarios del ICBF, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que si a través de sus acciones u omisiones que en todo caso deben ajustarse a la Constitución y a la ley, se transgrede las normas o se amenazan o vulneran derechos fundamentales, procederá la tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio iusfundamental de carácter irremediable, “sin que ello signifique que el juez constitucional haya suplantado a la Autoridad administrativa”,¹⁹ no obstante que tales actuaciones sean susceptibles de ser controvertidas judicialmente ante los jueces contencioso administrativos o ante los jueces de familia.

4. Los menores de edad son sujetos de especial protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás

De conformidad con el artículo 44 de la Constitución son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Gozan también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Esta misma disposición sostiene, que los niños deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Finalmente, el artículo en mención, le impone a la familia, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, al

tiempo que establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud.

La protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, representan verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual;²⁰ entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.²¹

La jurisprudencia constitucional ha considerado que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación, por lo que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores, toda vez que, por mandato de la Carta, “el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica.”²²

Este tratamiento preferencial del menor como interés jurídico relevante, que implica adoptar “una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran”,²³ encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 9 ha consagrado la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que (i) “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si

existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”; y (ii) “en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

5. El interés superior del menor: criterios jurídicos para determinarlo

La Corte ha señalado insistentemente que en todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos en las que se encuentren involucrados menores de edad, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del menor.²⁴ El Código de la Infancia y la Adolescencia ha definido en su artículo 8, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

En este mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, establece que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”.²⁵

Dentro de este contexto, para la Corte Constitucional, “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”.²⁶

En tanto, las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés, también tienen altos deberes constitucionales y legales respecto de la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección. Estos deberes obligan a los jueces y funcionarios administrativos a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, especialmente tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.²⁷

En consecuencia, las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, en el ejercicio de la discrecionalidad que les es propia y de acuerdo a sus deberes constitucionales y legales, deben atender tanto a (i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados”.²⁸

En este sentido, la Corte ha fijado reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares:²⁹

(i) Garantía del desarrollo integral del menor. Se debe, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor. 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.” El mandato constitucional en cuestión, que debe materializarse teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, se encuentra reflejado en los artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁰ y en el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño.

(ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Los derechos de los menores deben interpretarse de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia. El artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene un mandato contundente en este sentido: “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”.

(iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.” Por su parte, el artículo 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece el conjunto de riesgos graves para los menores que deben ser evitados, entre los que se destaca, “los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.”³¹ En todo caso, se debe precisar que la enunciación efectuada en esta disposición no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

(iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto,

la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En este contexto, los derechos e intereses de los padres solo podrán ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga el interés prevalente del menor. La forma en que se deben armonizar los derechos y resolver los conflictos entre los intereses de los padres y los intereses del menor, no se puede establecer en abstracto, sino en función de las circunstancias de cada caso particular y sin que pueda, en ningún caso, poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, so pena de que el Estado intervenga para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo. “El sentido mismo del verbo ‘prevalecer’³² implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley’³³.”³⁴

(v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. El desarrollo integral y armónico del menor (art. 44 CP), exige una familia en la que los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. Al respecto el art. 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella”.

(vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con

sus padres; deben existir motivos adicionales poderosos, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. “Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella – un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta.” Asimismo, lo dispone el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia.³⁵

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

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

6. El derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella. Criterios para determinar la idoneidad del grupo familiar

De conformidad con el artículo 42 de la Constitución Política, la familia es el núcleo esencial de la sociedad, que se constituye, “por vínculos naturales, jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla.” El concepto de familia ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, otorgándole un alcance amplio en el sentido de que no está referido exclusivamente a aquella surgida del vínculo matrimonial. De la misma forma, ha

determinado que el concepto de familia además de incluir a los miembros que biológicamente la componen, incorpora a otras personas no relacionadas entre sí por lazos de sangre.

La Constitución, reconoce igualmente en su artículo 44, el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, como un derecho de naturaleza fundamental que goza de especial protección constitucional, puesto que se trata del medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular de los niños que a la vez son sujetos de especial protección. Esta concepción se encuentra reforzada por la Declaración Internacional sobre los Derechos del Niño, en la que se insiste en la importancia de la familia para propiciar el ambiente de amor y de cuidado que el desarrollo infantil demanda.³⁶

En este orden de ideas, la Corte ha señalado que la familia es un espacio vital para el crecimiento de los niños no sólo porque los lazos de afecto y solidaridad que suelen constituir dicha institución favorecen el desarrollo integral de la persona, sino porque la propia Constitución y la ley le imponen la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor a fin de garantizarle el total ejercicio de sus derechos.³⁷ En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido igualmente que los padres y demás miembros de la familia, como abuelos, parientes o padres de crianza, son titulares de obligaciones que propendan por el mantenimiento de los lazos familiares y tienen el deber de velar por el bienestar de los menores.³⁸

La preservación de la familia hace parte de su esencia, sin que esto implique que se trate de una situación inmodificable o absoluta, puesto que, si bien existe el deber de propender por la unidad familiar, entendida como la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, en el que se fortalezcan los vínculos de afecto y confianza, en algunos casos, es legítimo afectar la integridad de la familia para proteger a los menores, y brindarles un medio efectivo para su desarrollo en procura de la materialización del interés superior de estos sujetos, pudiendo el Estado intervenir para proteger sus derechos, con fundamento en la realidad de las circunstancias que rodee cada caso en particular. Es decir, cualquier intervención del Estado en esta institución tiene límites, debe ser justificada y proporcional y debe propenderse por el mantenimiento de la unidad familiar, dado que se trata de un derecho fundamental. Así entonces, la intervención se justifica siempre que se busquen mejores condiciones que las actuales, pero no para desmejorar la situación actual del menor,

cuando en la que se encuentra es adecuada para los fines de protección perseguidos.³⁹

La Corte Constitucional, ha trazado una sólida línea jurisprudencial,⁴⁰ según la cual, las medidas que tengan como resultado separar a un menor de su familia son procedentes sólo cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor y que la aptitud de un determinado grupo familiar se determina atendiendo cuidadosamente a las circunstancias particulares de cada caso.

Para tal efecto ha determinado ciertos criterios con los cuales pretende contribuir a orientar la decisión en particular respecto de cada menor: (i) hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, dada su gravedad, tales como la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor; los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; y toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y demás condiciones a las que se refiere el artículo 44 del ordenamiento superior; (ii) hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar; y (iii) circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica.

En este contexto, la Corte complementariamente ha determinado que la actuación del Estado no puede estar únicamente dirigida a la imposición de medidas de restablecimiento de derechos sino que debe incentivar y facilitar a los padres el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales para con sus hijos, así como propender por el mantenimiento y preservación de la unidad familiar.⁴¹

Desde esta perspectiva, las medidas estatales que impliquen la separación del niño de su familia, deben ser entendidas como excepcionales y su aplicación exige el sometimiento a los principios de graduación y racionalidad, atendiendo en todo caso las circunstancias que señalen con claridad que la familia no cumple con las exigencias básicas para asegurar el interés superior del menor.

7. Proceso administrativo para el restablecimiento de derechos de los menores

El Código de la Infancia y la Adolescencia regula expresamente los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños,⁴² radicándolos en cabeza de los defensores de familia⁴³ y comisarios de familia (art. 96) del lugar donde se encuentre el menor (art. 97).

En relación con la adopción de medidas de protección y restablecimiento de derechos de los menores (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), esta Corporación señaló, en sentencia T-572 de 2009,⁴⁴ que ésta debe estar siempre precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente. Precisó, al respecto, lo siguiente:

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

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

Ahora, la actuación administrativa de restablecimiento de derechos puede iniciarse por el representante legal del niño, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia. También podrá iniciarla directamente el propio menor. La disposición faculta, asimismo, a los defensores o comisarios de familia a abrir investigación, siempre que sea de su competencia, o a informar a la autoridad competente, cuando tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de los derechos que el ordenamiento reconoce a favor de los niños.

Con la providencia de apertura de la investigación se deberá ordenar la identificación y citación de los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de los derechos. De igual manera, podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (art. 99).

Según el artículo 100, parágrafo 2, del Código citado, en el trámite (i) deberá surtirse una audiencia de conciliación, siempre que el asunto sea conciliable; (ii) si no se logra la conciliación o ésta no tenía que llevarse a cabo, el funcionario deberá establecer, mediante resolución motivada, las obligaciones de protección al menor, incluyendo la provisional de alimentos, visitas y custodia; (iii) una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo;⁴⁵ (iv) el funcionario podrá ordenar que el equipo técnico interdisciplinario, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial; (v) la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierde competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo).

A su vez, el artículo 119 del Código atribuye al juez de familia, en única instancia, la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, así como el resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el comisario de familia hayan perdido competencia.⁴⁶

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

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

(ii) Los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o

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

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

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

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

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

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

8. Solución al caso concreto

La accionante solicita la nulidad del acto administrativo denominado audiencia de práctica de pruebas y fallo dentro del proceso de restablecimiento de derechos de la menor Sonia,

proferido el 7 de septiembre de 2011, y que en su lugar se ordene al ICBF devolver la niña al hogar materno, por no haber tenido en cuenta las reglas propias del procedimiento administrativo, en particular las previstas en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia que ordena que a la hora de practicar testimonios dentro del proceso de restablecimiento de derechos, se realice conforme a las reglas del procedimiento civil, es decir con asistencia de la parte contraria y concediendo la oportunidad de practicar el contrainterrogatorio, así como la obligación de decidir en el término de cuatro meses. Además, señala que la Defensora de Familia Caivas no tuvo en cuenta la solicitud de los abuelos paternos de la menor en la que manifestaron su intención y capacidad para recibir su custodia.

Antes de abordar los asuntos enunciados, la Sala debe advertir que la acción de tutela es procedente por las siguientes razones: (i) la actora está legitimada para actuar, pues es titular de los derechos que invoca y la madre biológica de la menor, cuyos derechos también se encuentran involucrados; (ii) la tutela fue interpuesta dentro de un término razonable, puesto que la sentencia de homologación fue expedida el 23 de septiembre de 2011 y la acción de tutela fue interpuesta el 20 de diciembre de 2011, además, la accionante, hizo uso de los recursos a su alcance dentro del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos; y (iii) la actora no contaba con de otros medios de defensa judicial para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, la pérdida definitiva de la patria potestad sobre su hija y su posible entrega en adopción, dado que la decisión del juez que homologa es de única instancia.

8.1. No se excedió el término de cuatro meses establecido para decidir

El primer cuestionamiento dirigido contra la actuación administrativa adelantada por la Defensora de Familia Caivas tiene que ver con que excedió el término de cuatro meses para decidir previsto en el parágrafo 2 del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, cuyo texto dice:

“PARÁGRAFO 2o. En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Excepcionalmente y por solicitud razonada del defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, el director regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales, sin que exista en ningún caso nueva prórroga.”

Este artículo fija un término de cuatro meses para resolver la actuación administrativa - proceso de restablecimiento de derechos- contado a partir de uno de dos momentos posibles: (i) de la presentación de la solicitud de restablecimiento de derechos o (ii) de la apertura oficiosa de la investigación. En el presente caso, el proceso de restablecimiento de derechos inició con el Auto de Apertura No. 52 del 9 de mayo de 2011,⁴⁷ con el que se inició la investigación, se citó a los representantes legales de la menor y del ICBF, se decretaron pruebas y se ordenó como medida provisional de restablecimiento de derechos a favor de la niña, su ubicación en hogar sustituto. Este auto fue notificado personalmente a la señora Andrea, madre de la menor, en esa misma fecha.⁴⁸

Sí la investigación fue iniciada el 9 de mayo de 2011 y la decisión de la Defensora de Familia Caivas es de fecha 7 de septiembre de 2011, el término de los cuatro meses exigidos por el Código de la Infancia y la Adolescencia fue respetado, puesto que el falló se produjo dos días antes de su vencimiento.

8.2. No se vulneraron las normas que regulan el decreto y práctica de pruebas

La segunda acusación, hace referencia al desconocimiento por parte de la Defensora de Familia Caivas de las reglas aplicables en materia probatoria. Al respecto, el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé que en el proceso de restablecimiento de derechos se deben respetar las reglas que el Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 228 para decretar y practicar pruebas.⁴⁹ La accionante aduce que no se le permitió estar presente en el momento en que los vecinos rindieron testimonio en su contra, efectuar

los contrainterrogatorios a que hubiere lugar, ni controvertir esas declaraciones.

La Sala debe precisar que las declaraciones a que hace referencia la accionante no tienen el alcance de pruebas testimoniales como tal, hacen parte de una valoración social ordenada por la Defensora de Familia Caivas a la trabajadora social que forma parte del equipo técnico interdisciplinario con que cuenta el ICBF para apoyar a los defensores de familia en el desempeño de sus funciones. Este tipo de conceptos tiene la naturaleza de prueba pericial que sirve de fundamento para establecer la situación de vulnerabilidad de un menor, junto con las demás valoraciones que se efectúan en estos casos: psicológica y nutricional, de conformidad con el artículo 79 del Código de la Infancia y la Adolescencia.⁵⁰

La prueba pericial se rige por los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y en particular, por el artículo 237 en el que se establece la forma cómo deben obrar los peritos en la respectiva diligencia. Esta norma los faculta para recibir la información de terceros que consideren útil para el dictamen, la cual deberán hacer constar en el mismo, y atribuye competencia al juez, en este caso el Defensor de Familia, para recibir los testimonios en caso que lo estime necesario.⁵¹

Así las cosas, en el caso que se analiza, las declaraciones de los vecinos hacen parte de la valoración social que fue requerida por la Defensora de Familia a la trabajadora social del ICBF Caivas mediante comunicación del 16 de agosto de 2011, con el fin de “conocer a profundidad las circunstancias que la han rodeado en su medio familiar” y establecer si se reúnen las condiciones que permitan garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.⁵² La visita fue realizada el 26 de agosto de 2011 y en el informe rendido por la trabajadora social se presenta información sobre los siguientes aspectos: (i) identificación de la vivienda y de las personas que en ella habitan; (ii) situación económica de la familia; (iii) descripción de las condiciones de vivienda; (iv) vecindario y concepto de los vecinos; (v) antecedentes familiares; (vi) dinámica familiar; (vii) participación comunitaria -capacidad de gestión-; y (viii) observaciones y recomendaciones. Estuvieron presentes en la visita, la señora Andrea y su madre Beatriz.⁵³

Del anterior informe pericial se dio traslado a las partes por tres días, el 29 de agosto de 2011, (es decir a la señora Andrea, entre otras),⁵⁴ término durante el cual podían solicitar su aclaración o complementación. El término corrió en silencio quedando en firme el dictamen

pericial, el 1 de septiembre de 2011.⁵⁵

Encuentra la Sala acreditado que la actora no hizo uso del derecho a controvertir el dictamen pericial en el momento procesal oportuno, sin que pueda atribuírsele a la Defensora de Familia Caivas el desconocimiento de las reglas previstas en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

8.3. No tener en cuenta la solicitud de custodia de los abuelos

El último cuestionamiento formulado contra la actuación administrativa adelantada por la Defensora de Familia Caivas que culminó con la declaratoria de adoptabilidad de la niña Sonia consiste en haber omitido la solicitud de los abuelos paternos de la menor de asumir su custodia, presentada el 31 de agosto de 2011, en los siguientes términos:

“A la Personería Municipal corresponde, entre otros velar por la guarda y promoción de los Derechos Humanos.

Por ello habiendo conocido el Derecho de Petición verbal que formularan los ciudadanos BEATRIZ, ADELAIDA y MANUEL el día de hoy treinta y uno (31) de agosto de 2011, por medio del cual manifiestan y sustentan su pretensión en lo siguiente:

Los antes mencionados BEATRIZ y MANUEL, actúan en calidad de abuelos de la menor SONIA, los cuales solicitan con todo respeto la custodia de la niña, toda vez que a su abuela materna BEATRIZ, de acuerdo con informes del Instituto de Bienestar Familiar no se la pueden entregar por cuanto ella labora y no tendría el suficiente tiempo para cuidarla.

Los abuelos paternos están en condiciones económicas y sicológicas para el cuidado de la menor SONIA.

[...].”⁵⁶

La idoneidad tanto de la abuela materna como de los abuelos paternos fue evaluada por la Defensora de Familia, como se desprende del fallo proferido el 7 de septiembre de 2011:

“Para garantizar a la niña su derecho a crecer al lado de su familia, se solicita la valoración psicosocial de la señora Beatriz. La profesional en psicología realiza la valoración y presenta

su dictamen. Se encuentra que la señora Beatriz tiene un trabajo con un horario muy apretado que le impide no solo conocer a profundidad la situación de vulneración en la que ha vivido su nieta, sino también pensar en que puede asumir su custodia y cuidado personal, así lo manifestó claramente. Sabe que su hija consume estupefacientes desde que contaba con 12 años de edad, no buscó ayuda ni vinculó nunca a su hija a un proceso de rehabilitación, la visitaba esporádicamente hasta que Bienestar Familiar decide brindarle a la niña una medida de restablecimiento de derechos, dice que a partir de este momento vive con su hija hecho que fue negado por su [hija] Andrea, nunca se pudo aclarar la situación real de la abuela materna de la niña pues en su declaración dijo que vivía en San Nicolás con su compañero, después dijo que vivía con su hija pues hacía cinco meses que se había separado de su compañero, la trabajadora social se desplazó a la dirección que suministró en San Nicolás y la suegra que no sabía realmente de la vida de Beatriz pues en ocasiones iba a la casa y otras veces no, se impidió de esta forma realizar una visita social a su hogar [y] nunca se determinó cual era realmente éste.

Lo cierto es que la señora Beatriz sí conocía la situación de maltrato de que era víctima SONIA pues manifiesta que en repetidas ocasiones la vio golpeada[,] en la frente suturada, con morados en los brazos y nunca hizo nada efectivo para protegerla de esta situación, insiste en que su hija es muy juiciosa, justificó siempre las conductas asociales de Andrea y manifestó que consideraba que la niña debía volver con la progenitora pues ella labora y no puede dejar de hacerlo ya que no solo atiende sus propias necesidades sino que apoya económicamente a su hija, es de resaltar que la profesional en trabajo social concluye diciendo que la abuela de la niña no se encuentra en condiciones para asumir el cuidado de su nieta, ésta no es garante de sus derechos pues como se dijo, insiste en que la niña debe ser entregada a Andrea con el conocimiento que tiene y que siempre ha tenido sobre su desempeño materno.

El día 31 de agosto de 2011 se presentan en compañía de la señora Beatriz, los señores Adelaida y Manuel con oficio contentivo de derecho de petición en el cual solicitan la custodia de SONIA toda vez que la abuela materna los buscó y les manifestó que la niña no se la podían entregar a ella dado su trabajo y el que no contaba con tiempo para cuidarla. Dicen que son los abuelos paternos, que están en condiciones económicas y psicológicas para cuidar a la niña.

Al respecto no se logra evidencia[r] un interés de los abuelos paternos de la niña distinto a la presión ejercida por la señora Beatriz. Sonia cuenta con seis años de edad, jamás estuvieron presentes en su vida, la niña no los conoce, ni siquiera conoce a su padre, nunca se preocuparon por saber de ella, por visitarla, por ganarse su amor, su respeto, por apoyarla, siempre supieron de su existencia y de la irresponsabilidad de su hijo, conocían también de los problema de consumo de estupefacientes de la progenitora. No tendría presentación alguna pensar en entregar una niña de 6 años a unos abuelos mayores de 55 y 61 años de edad a quien la niña no conoce, el ICBF reconoce y respeta los derechos de los niños, pero no se trata de terminar un proceso de cualquier forma, se trabajó, se buscaron alternativas para mantener a la niña en su medio familiar y como se dijo prima su interés superior, buscarle a SONIA una familia que sea garante de sus derechos, que la ame sin presiones ni condiciones, que le ofrezca posibilidades de vida y amar no es reclamar una custodia después de que nunca se ha hecho nada por el bienestar de un niño. Esta defensoría de familia dio apertura a las diligencias de protección el 09 de mayo del año en curso y estas personas nunca se hicieron parte del proceso, es mas tanto la madre de la niña como su abuela siempre manifestaron que desconocían la dirección del padre biológico de la niña que este la abandonó y no se volvió a interesar por su suerte, ¿d[ó]nde se encontraban entonces los abuelos paternos, a sabiendas de que manifiestan estar en condiciones económicas y psicológicas para acogerla? No es viable entonces acceder a una pretensión tardía de estos, ya que estos han sido periféricos, indiferentes y no han generado ningún compromiso con su nieta, d[ó]nde estaban ellos y el padre durante las vivencias de maltrato crónico y violencia que vivía la niña, c[ó]mo pensar en que los vínculos afectivos se crean de la noche a la mañana o que estos al ser presionados por la abuela materna, mas no por una motivación intrínseca, de iniciativa propia van a ser figuras definitivas, consistentes y reparan el daño producido en Sonia por años, mas con la evidente brecha generacional que los distancia.”57

Observa, la Sala que la Defensora de Familia Caivas fundamentó la falta de idoneidad de los abuelos paternos de la menor en las siguientes razones: (i) ausencia y despreocupación por la niña y sus condiciones de vida; (ii) avanzada edad, 55 y 61 años; (iii) ausencia de contacto con la niña durante sus 6 años de vida, no se conocen; (iv) inexistencia de vínculos afectivos entre la menor y sus abuelos; y (vi) fueron presionados u obligados por la abuela materna de la menor para solicitar su custodia.

Esta Corporación ha sostenido que la adopción de medidas de restablecimiento de derechos

(amonestación, ubicación en familia de origen o extensa,⁵⁸ en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), debe encontrarse precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente. Igualmente, la declaratoria de falta de idoneidad de los padres y de la familia biológica de los menores involucrados debe estar debidamente sustentada en las visitas y valoraciones psicológicas y sociales que se emplean usualmente en estos casos.

Esta labor de verificación, en el presente asunto, se cumplió exhaustivamente en relación con la madre de la menor y su abuela materna, no así con sus abuelos paternos, los cuales fueron rechazados con fundamento en valoraciones de la Defensora de Familia que, por lo menos resultan insuficientes. Sin una entrevista a los abuelos paternos, sin una explicación de las razones por las cuales nunca tuvieron contacto con su nieta, sin la oportunidad de fundamentar el por qué consideran que están en condiciones de otorgarle el cuidado y protección que la niña merece y a la que ellos estaban obligados, incluso, sin una valoración psicológica que permitiese determinar el verdadero compromiso de su solicitud de custodia, no resulta razonable ni proporcionada la decisión de la Defensora de Familia y por tanto desconoce el derecho a la unidad familiar y el interés superior de la menor en el caso concreto.

La Sala encuentra que en el proceso administrativo que se llevó a cabo en el presente caso no se estableció fehacientemente que la menor carece en definitiva de personas que por ley deben satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que ha sido abandonada a su propia suerte, como tampoco se verificó que los abuelos paternos no están en situación de garantizar sus intereses prevalentes o que permanecer con la familia paterna conlleva para la niña un riesgo insuperable. Tampoco se tuvo en cuenta que la niña tiene un hermano menor cuyos lazos se rompería irremediabilmente al separarla definitivamente de su familia.

En el trámite que conduce a la declaratoria de adoptabilidad de un menor, los defensores de familia están obligados a observar estrictamente la Constitución y, en especial, el derecho constitucional fundamental al debido proceso, de tal manera que sus decisiones sean siempre el resultado de un procedimiento respetuoso de las formas propias de cada juicio (art. 29, CP.) y de los derechos de defensa y contradicción, máxime cuando sus decisiones

afectan directamente a la familia y por ende a la sociedad. Por ello, la Defensora de Familia tenía la obligación de verificar en el caso concreto, si los abuelos paternos que han manifestado su disposición a asumir el cuidado de la menor, están en condiciones de hacerlo, a través de los mecanismos que el ordenamiento legal prevé para el efecto.

En el caso que se analiza, las autoridades administrativas obraron de manera apresurada al no adoptar las medidas para evaluar la idoneidad de los abuelos paternos, que si bien llegan tarde a la vida de la menor, constituyen su familia más cercanos y tienen el deber de prestarle todo su cuidado y amor, sobre todo cuando no se ha demostrado que en realidad no están en condiciones de hacerlo o representan una amenaza para los intereses superiores de la niña.

Por los motivos expresados en precedencia, la Sala concederá el amparo invocado a favor de la menor y, en consecuencia, dejará sin efectos la resolución mediante la cual se declaró la situación de adoptabilidad de Sonia, emitida por la Defensora de Familia adscrita al Centro de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual -CAIVAS-, del Centro Zonal Pereira, el 7 de septiembre de 2011, y de la sentencia que la homologa proferida el 23 de noviembre de 2011 por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira. Ordenará en consecuencia, al ICBF proceder a efectuar los estudios y evaluaciones a los abuelos paternos de la menor dentro de las 48 siguientes a la notificación de la presente providencia, con el fin de determinar si pueden asumir la custodia de la niña. Mientras tal procedimiento se lleva a cabo en forma integral, la menor permanecerá bajo el cuidado del ICBF.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la providencia proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, mediante fallo del 3 de enero de 2011, por medio del cual declaró improcedente el amparo de los derechos invocados por la actora.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la decisión del 7 de septiembre de 2011 proferida por la

Defensora de Familia adscrita al Centro de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual - CAIVAS-, del Centro Zonal Pereira, así como la providencia proferida el 23 de noviembre de 2011 por medio de la cual el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira homologó la decisión anterior.

Tercero.- ORDENAR a la Defensora de Familia Caivas, Risaralda, del Instituto de Bienestar Familiar, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a efectuar los estudios y evaluaciones a los abuelos paternos de la menor con el fin de establecer su idoneidad para asumir la custodia de la niña Sonia.

Cuarto.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 2 del cuaderno principal. En adelante, cuando se haga relación a un folio del expediente se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se exprese lo contrario.

2 Folios 118 y 119. Solicitud de protección elevada por la Policía de Infancia y Adolescencia Metropolitana de Pereira al ICBF, que además dejó bajo protección de tal entidad a la menor

Sonia.

3 Auto de apertura de investigación dentro del proceso de restablecimiento de Derechos N° 52, folio 120.

4 Acta de colocación familiar en Hogar Sustituto de la menor Sonia, folios 115 y 116.

5 Folio 2.

6 Audiencia de práctica de pruebas y fallo dentro del proceso de restablecimiento de derechos adelantado a favor de la menor Sonia, folios 27 a 44.

7 Informe de valoración psicológica realizada a la menor Sonia por parte de la Dirección técnica del ICBF, folios 153 a 157.

8 Declaraciones juramentadas de Andrea y Beatriz dentro de las diligencias administrativas de restablecimiento de derechos, folios 146 a 151.

9 Folios 254 a 257.

10 Resolución N° 094 del 13 de septiembre de 2011 por medio de la cual el ICBF confirma la decisión que declaró la situación de adoptabilidad de la niña Sonia, folios 240 y 241.

11 Folio 6.

12 Solicitud de custodia de la niña Sonia por parte de sus abuelos paternos, folio 208.

13 Folios 94 a 99.

14 Folios 265 a 269.

16 El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

17 Sentencias T-569 de 1992 (MP. Jaime Sanín Greiffenstein. AV. Ciro Angarita Muñoz y Eduardo Cifuentes Muñoz); T-822 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); y T-206 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

18 Véanse, entre otras, las sentencias T-719 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), y T-1042 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

19 Sentencia T-941 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

20 Sentencia C-019 de 1993 (MP. Ciro Angarita Barón) y C-796 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

21 Sentencia T-029 de 1994 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

22 Ibídem.

23 Sentencia C-1064 de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

24 En sentencia T-408 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) se señaló al respecto lo siguiente: “El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. // Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista – que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión –, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.”

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002.

26 T-503 de 2003 y T-397 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

27 Ibídem.

28 Ibídem.

29 Sentencias T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

30 Artículo 6: “(...) 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

Artículo 27: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas responsables por el niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (...).”

31 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). “ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos 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.”

32 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prevalecer” significa, en su primera acepción, “sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

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

34 Sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

35 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). “ARTÍCULO 22. DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. // Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.”

36 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.”

38 Sentencia T-887 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo). Por ejemplo, en la sentencia T-292 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte extendió a la familia de crianza la obligación de preservar el derecho de los niños a no ser separados de su familia, en los siguientes términos: “la preservación del derecho de los niños a no ser separados de su familia, así como la salvaguarda constitucional del grupo familiar frente a injerencias arbitrarias por parte del Estado, se traslada a la familia de crianza cuandoquiera que el menor ha desarrollado con ésta vínculos de afecto y dependencia cuya perturbación afectaría su interés superior.” Igualmente, en la sentencia T-049 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) esta Corporación preciso: “Desde luego, el concepto de familia no incluye tan sólo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía, incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquéllos integrantes, o cuando, por diversos problemas -entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos-, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico.” También, en la sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), la Corte sostuvo que el concepto de familia no es único, ni se restringe a los vínculos de sangre, sino que abarca también la familia de crianza.

39 Ver sentencias T-049 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y T-572 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez).

40 Ver entre otras las sentencias T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-466 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T- 934 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-887 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo).

41 Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

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

4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso. // 5. La adopción. // 6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. // 7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar. // PARÁGRAFO 1°. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera. // PARÁGRAFO 2°. En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección de sus derechos.”

43 El artículo 79 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que las Defensorías de Familia “[s]on dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Y especifica más adelante que “[l]as Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista”. Y que “[l]os conceptos emitidos por cualquiera de los

integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial”.

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

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

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

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

47 Folio 120.

48 Folio 124.

49 Código de la infancia y la Adolescencia. “ARTÍCULO 100. TRÁMITE. Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación. // Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo

previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia. // El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición. Este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron en la misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil. // [...].”

50 Código de la Infancia y la Adolescencia. “ARTÍCULO 79. 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.”

51 Código de Procedimiento Civil. “ARTÍCULO 237. PRACTICA DE LA PRUEBA. En la práctica de la peritación se procederá así: // 1. Cuando la peritación concorra con inspección judicial, ambas se iniciarán simultáneamente. // 2. Los peritos examinarán conjuntamente las personas o cosas objeto del dictamen y realizarán personalmente los experimentos e investigaciones que consideren necesarios, sin perjuicio de que puedan utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; en todo caso expondrán su concepto sobre los puntos materia del dictamen. // 3. Cuando en el curso de su investigación los peritos reciban información de terceros que consideren útiles para el dictamen, lo harán constar en éste, y si el juez estima necesario recibir los testimonios de aquéllos, lo dispondrá así en las oportunidades señaladas en el artículo 180. // 4. El juez, las partes y los apoderados podrán hacer a los peritos las observaciones que estimen convenientes y presenciar los exámenes y experimentos, pero no intervenir en ellos ni en las deliberaciones. // 5. Los peritos podrán por una sola vez, pedir prórroga del término para rendir el dictamen. El que se rinda fuera del término valdrá siempre que no se hubiere

proferido el auto que reemplace al perito. // Los peritos principales deliberarán entre sí y rendirán el dictamen dentro del término señalado. El perito tercero emitirá su concepto, en la oportunidad que el juez le fije sobre los puntos en que discrepen los principales. // 6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.”

52 Folio 177.

53 Folios 200 a 204.

54 Folio 206.

55 Folio 215.

56 Suscrita por Luz Stella Ortiz Martínez, abogada contratista de la personería Delegada - Derechos Humanos; los abuelos paternos de la menor, Adelaida y Manuel; y la abuela materna, Beatriz. Folio 208.

57 Folios 41 a 43.

58 Código de la Infancia y la Adolescencia. “ARTÍCULO 56. UBICACIÓN EN FAMILIA DE ORIGEN O FAMILIA EXTENSA. Es la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos. // Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos.”