

Sentencia T-760/12

(Bogotá D.C, octubre 1)

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-
Requisitos

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN TUTELA-Agencia oficiosa de indígenas, quienes no saben el idioma castellano

La jurisprudencia constitucional ha señalado que para aplicar la mencionada figura es necesario: “(i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal y (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela, ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa”. En este caso, los accionantes no tienen dominio del idioma castellano, lo que generaría una barrera de acceso al proceso administrativo que pondría en peligro la garantía y protección de sus derechos constitucionales. Por lo anterior, la Sala de Revisión encuentra probado las circunstancias que permiten la utilización de la agencia oficiosa en el caso particular.

ACCION DE TUTELA DE PERSONAS DESPLAZADAS PERTENECIENTES A COMUNIDAD INDIGENA-Protección constitucional especial por ser sujetos que se encuentran en extrema debilidad e indefensión

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido como sujetos de especial protección constitucional a aquellas personas que, por diferentes circunstancias, se encuentran en situación de extrema debilidad e indefensión. En el caso particular, los ciudadanos atraviesan situaciones que ponen en peligro sus derechos fundamentales y los ubica en circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión. Es indispensable recordar que los titulares de los derechos fundamentales son personas pertenecientes a comunidades indígenas, víctimas del desplazamiento forzado y portadores del VIH. Esta Corporación ha reconocido a la población que se encuentra las circunstancias señaladas como personas que deben gozar de una especial protección por parte de todas las entidades estatales. Teniendo en cuenta tales especiales circunstancias, la Sala encuentra que exigir que los accionantes hubiesen agotado previamente todos los recursos administrativos y judiciales que el

ordenamiento jurídico contempla, resulta ser una carga desproporcionada que no deben soportar y que puede poner en peligro sus derechos fundamentales. Así, se ha concluido que la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de la población considerada como sujetos de especial protección constitucional.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO PARA RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR-Vulneración por adelantar proceso sin consideración a que padres pertenecen a comunidad indígena y no tienen manejo de la lengua castellana

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Jurisprudencia constitucional/DERECHO DE DEFENSA-Garantía del debido proceso

Uno de los elementos fundantes del debido proceso y el cual se encuentra íntimamente ligado a éste, es el derecho de defensa. Bajo este derecho se debe garantizar que la persona que participa en el procedimiento de que se trate tenga la efectiva oportunidad de ser oído, exponer sus argumentos, presentar, solicitar y controvertir pruebas. El debido proceso no sólo debe asegurar el cumplimiento de las formas procedimentales, sino adicionalmente, es necesario que garantice el real y efectivo goce del derecho de defensa.

DERECHO A LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Identidad cultural y la lengua o idioma como factor esencial del mismo

Dentro de los varios aspectos que determinan la identidad cultural se encuentra el idioma o la lengua. La protección a la diversidad cultural implica que el Estado lleve a cabo acciones positivas para propender por la no discriminación o creación de barreras con base en la lengua. Dicha obligación, ha sido interpretada por la jurisprudencia de esta Corporación como el reconocimiento de que las lenguas minoritarias constituyen un elemento esencial dentro de la garantía a la diversidad étnica y cultural. Mediante la sentencia T - 659 de 2010, en la cual se analizó de forma profunda la importancia de la lengua dentro del contexto de la diversidad étnica y cultural de la población indígena en Colombia

DERECHO A LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Uso de lengua nativa no debe convertirse en barrera u obstáculo para el goce efectivo de los derechos de indígenas

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DENTRO DEL CODIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA-Aplicación de la Constitución, Bloque de constitucionalidad y enfoque diferencial para la protección de la diversidad cultural

El Código de Infancia y Adolescencia -Ley 1098 de 2006- resulta ser el principal instrumento legal para las actuaciones administrativas y judiciales entorno a hechos que involucren niñas, niños y adolescentes. Debe ser interpretado y aplicado en completa concordancia con los postulados constitucionales y con los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos que sean ratificados por Colombia (CP; art 6). Es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumento internacional vinculante de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

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

DERECHO DE LOS HABLANTES DE LENGUAS NATIVAS DE EMPLEAR SU PROPIA LENGUA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LOS QUE HAGAN PARTE-Ley 1381 de 2010

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO PARA RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR-Vulneración por ICBF al exigir intérprete a los padres quienes pertenecen a comunidad indígena y no tienen dominio del idioma castellano

DERECHO A LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Obligación de autoridades administrativas y judiciales adelanten todas las acciones para que la lengua nativa de comunidades indígenas no se convierta en un obstáculo para sus miembros

Las disposiciones contenidas en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT y en la ley 1381 de 2010 en relación con la protección de la diversidad cultural y en especial con la obligación de que las autoridades administrativas adelanten todas las acciones necesarias para que la lengua nativa de la comunidades étnicas no se convierta en un obstáculo para sus miembros, eran de imperativa aplicación en el procedimiento administrativo objeto de estudio y constituían la expresión del derecho al debido proceso de los ciudadanos. A juicio de la Sala, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció dichas obligaciones legales y constitucionales y por lo tanto, vulneró el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a la identidad cultural de los accionantes y desconoció el principio de la diversidad

cultural y étnica. La autoridad administrativa estuvo en completa capacidad para solicitar a las comunidades indígenas para que colaboraran con la traducción de las diversas citaciones, oficios y autos que se expidieron durante el procedimiento, a su lengua nativa. Resulta indispensable señalar que la Sala no está reprochando que el ICBF no haya podido localizar a los accionantes, sino que no haya adelantado todas aquellas medidas necesarias para que, conociendo las particularidades del caso, la lengua de los padres de las menores no se convirtiera en un obstáculo que repercutiera de manera grave en los derechos de los accionantes.

DIVERSIDAD ETNICA Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO PARA RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR-Orden al ICBF para que reinicie el trámite administrativo garantizando a padres de las menores comprendan las actuaciones que se adelantan, teniendo en cuenta que no tienen manejo del idioma castellano

Referencia: expediente T- 3.568.902

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencias proferidas por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión de Pereira, en la que se declara improcedente la presente acción de tutela, y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda la cual confirmó el fallo de primera instancia.

Accionantes: Pedro Murri Murillo como agente oficioso de Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murillo

Accionado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Seccional Risaralda.

Magistrados de la Sala 2ª de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero

Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda de tutela.

1.1. Derechos fundamentales invocados. Debido proceso, derecho a la familia, derecho a la identidad y diversidad cultural.

1.2. Conducta que causa la vulneración. La no vinculación de los accionantes dentro del proceso administrativo de restitución de derechos sobre sus dos hijas menores de edad, sin tener en consideración su condición de miembros de la comunidad indígena emberá, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el cual concluyó con la declaratoria de situación de adoptabilidad de las menores.

1.3. Pretensión. Se revoque la decisión de declarar en situación de adoptabilidad a las niñas Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia, y en su lugar, se entreguen a sus padres. Quien ejerce la presente acción de tutela en calidad de agente oficioso, solicita se preste apoyo del Instituto de Bienestar Familiar para que la familia de las menores pueda “jugar el rol que corresponde, garantizar a las niñas y ante todo en medio de su cultura y tradiciones”.

1.4. Fundamentos de la pretensión:¹

1.4.1. El veintisiete (27) de febrero de dos mil doce (2012), el señor Pedro Murri Murillo interpone la presente acción de tutela en calidad de agente oficioso de los ciudadanos Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murillo miembros de la comunidad indígena Embera, víctimas del delito de desplazamiento forzado² y padres de las menores Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia³. Alega que los agenciados no presentan la acción constitucional de forma directa debido a que no saben castellano y tienen una nula formación académica.

1.4.2. El veintinueve (29) de octubre del año dos mil diez (2010), las niñas Otilia Rivera Arias

y Felicia Arias Tequia quienes para la fecha tenían diez (10) y un (1) mes de nacidas respectivamente, fueron puestas a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁴.

1.4.3. Mediante Auto No. 192 del diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010), el ICBF avocó conocimiento del proceso de Restablecimiento de Derechos a favor de las niñas Otilia y Felicia Arias Rivera. En la misma providencia se confirmó la medida provisional consistente en la ubicación de las menores en hogar sustituto⁵.

1.4.4. El diez (10) de marzo de dos mil once (2011) mediante Resolución de Fallo No. 013 proferida por la defensora de familia Dra. Gloria Elena Beltrán Osorio, luego de comprobar la situación de vulnerabilidad de las niñas Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia, se les declaró en situación de adoptabilidad. Así mismo, se ordenó la vinculación dentro del programa de adopción del ICBF y se declaró terminada la patria potestad sobre las menores de los ciudadanos Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murillo⁶.

1.4.5. El veinticinco (25) de octubre de dos mil once (2011), los padres de las menores solicitaron copia de la Resolución en la cual se declaró la situación de adoptabilidad de sus dos hijas⁷.

1.4.6. Alegan que el diecinueve (19) de enero de dos mil doce (2012), solicitaron revocatoria de la Resolución No. 013 del diez (10) de marzo de dos mil once (2011), obteniendo respuesta negativa por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁸.

1.4.7. Afirma que durante el trámite administrativo de Restablecimiento de derechos de las menores Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar vulneró el debido proceso de sus padres debido a que no fueron vinculados al mismo y por lo tanto, no fue posible que se opusieran a las decisiones que dentro de dicho marco fueron adoptadas.

1.4.8. Se afirma que la entidad administrativa no tuvo en cuenta su situación de víctimas del desplazamiento forzado y en especial, de miembros de la comunidad indígena Embera quienes al no entender castellano y no contar con un traductor conocedor de la lengua embera katio, no pudieron adelantar de manera efectiva su derecho a la defensa y contradicción. Menciona que las actuaciones adelantadas por el ICBF durante el citado

proceso -como citaciones mediante medios radiales locales- no garantizaron de manera efectiva el debido proceso de los ciudadanos Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murillo, debido a que éstas, además de adelantarse en castellano, no respondían a las costumbres y tradiciones de su identidad étnica, cultural y social.

2. Respuesta de los accionados.

2.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Risaralda.

2.1.1. La entidad administrativa señaló que las menores Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia fueron puesta a disposición de la Defensoría de Familia, el día veintinueve (29) de octubre de dos mil diez (2010), cuando fueron encontradas con sus padres en las calles de la ciudad de Pereira en situación de mendicidad. Afirmó que en la diligencia de verificación de derechos, se encontró “que las niñas presentan vulneración de sus derechos dado que carecen de satisfacción de sus necesidades básicas, encontrándose en riesgo su integridad física por su estado de desnutrición y posible contagio de VIH, viven en la calle por ser desplazados de Pueblo Rico, ejerciendo la mendicidad, por lo que tienen graves limitaciones personales, económicas y familiares, sin contar con el apoyo de familiares o de su grupo étnico”⁹.

2.1.3. Afirmó que dentro del proceso de restitución de derechos de las menores Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia, se solicitó a la comunidad indígena de Pueblo Rico, Risaralda, al Presidente del Consejo Regional Indígena de Risaralda y a la Alcaldía Municipal de Pueblo Rico para que certificaran si los accionantes pertenecían a dicha comunidad y si se encontraban inscritos en el censo indígena del mencionado departamento¹⁰. Como consecuencia, el día dieciséis (16) de febrero de dos mil once (2011), el ICBF recibió respuesta por parte del Director Local de Salud del municipio de Pueblo Rico, Risaralda, en la cual se informa que “revisados los listados censales pertenecientes a los resguardos Gito Dokabu y Unificado Chami, no se encontró registro que coincidiera con los datos de las niñas Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia ni de sus padres”¹¹.

2.1.4. Señaló que en adición a lo anterior, el diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011), se recibió oficio por parte de la Comisaría de Familia del municipio de Pueblo Rico, en el cual se informó que la Oficina de Asuntos Indígenas reportó que en ninguno de los dos censos se encuentran registrados los progenitores de las niñas Otilia Rivera Arias y Felicia

Arias Tequia. Sin embargo, en el mismo escrito se estableció que los accionantes podrían estar probablemente registrados en el Departamento del Chocó por desplazamiento “por lo que averiguarán con los Gobernadores Indígenas de las vereda del sector para corroborar si pertenecen a alguno de los asentamientos indígenas”¹².

2.1.5. Menciona que en cumplimiento del artículo 102 de la ley 1098 de 2006 y al desconocer la ubicación de los padres de las menores, el dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010) se procedió a realizar citación por medio de transmisión radial¹³.

2.1.6. En relación con la atención de las menores durante el tiempo en que han estado bajo la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se menciona que se han realizado diferentes medidas de control nutricional, de atención en salud y acompañamiento psicológico. Se comprobó que las niñas presentan deficiencias en sus condiciones físicas, peso y talla inferior al de su edad y que son portadoras de VIH.

2.1.7. Señala que a pesar de los esfuerzos de la entidad por vincular los padres y a las comunidades indígenas al proceso de restitución de derechos de las menores, durante todo el trámite no se hizo presente ningún familiar, representante legal o autoridad indígena alguna.

2.1.8. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar afirma que luego de adelantadas las diligencias administrativas del proceso de restitución de derecho de las menores, se concluyó que “los padres no son garantes de derechos, ya que se demostró negligencia en el cuidado de las niñas, quienes ingresaron en condiciones de desnutrición y pese a la delicada situación de salud que presentaban por diversas patologías, sus padres no le brindaron las atenciones requeridas”¹⁴.

2.1.9. La entidad administrativa manifiesta que los accionantes a pesar de tener conocimiento de que sus hijas se encontraban bajo la protección del ICBF ya que éstas fueron retiradas en presencia de ellos, sólo se hicieron presentes después de que la resolución que las declaró en situación de adoptabilidad quedó en firme, es decir, diez (10) meses después de iniciado el proceso. La institución accionada afirma que las niñas “no han tenido un vínculo afectivo con los accionantes, con quienes no han compartido momentos de su vida”.

2.1.10. Finalmente, se advirtió que debido a que las menores no se habían encontrado dentro

de su comunidad y que tampoco fue posible comprobar la pertenencia de los padres a una comunidad indígena, no resultaba aplicable un trámite especial para el caso particular.

2.2. Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Mediante Auto Admisorio del 12 de marzo de 2012 el Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión, vinculó a la presente acción de tutela a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

2.2.1. La entidad estatal afirma que los ciudadanos Libardo Rivera Murillo y Ana Alicia Arias Tequia se encuentran incluidos en el Registro Único de Población Desplazada – ahora Registro Único de Víctimas – desde el veintiocho (28) de agosto de dos mil seis (2006) de conformidad con lo establecido en la ley 1448 de 2011.

2.2.2. Certificó que el núcleo familiar de los accionantes han recibido por concepto de ayuda humanitaria, tres giros de dinero a su favor. El primero de ellos por valor de \$ 915.000 el 14 de marzo de 2011; un segundo giro por \$.1.470.000 entregado el 18 de octubre de 2011; y finalmente, el 31 de enero de 2012 se giró la suma de \$1.470.00015.

2.2.3. Finalmente, señala que se deben negar las peticiones de los accionantes en tanto la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, ha cumplido todas sus obligaciones legales y no ha tenido relación con el proceso de adopción.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión:

3.1. Sentencia del Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión -Primera Instancia- 16.

Mediante fallo del veintitrés (23) de marzo de dos mil doce (2012), el Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión de Pereira, Risaralda, rechazó por improcedente la presenta acción de tutela, argumentando:

3.1.1. En primer lugar, señaló que los accionantes tenían a sus hijas en una situación de extrema vulnerabilidad que llevó a la existencia de razones fundadas para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tomara la decisión de poner bajo su cuidado y custodia a la

menores Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia.

3.1.2. El despacho judicial realizó un recuento normativo en relación con el procedimiento establecido en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), con el objetivo de determinar los recursos administrativos y judiciales establecidos para controvertir las decisiones que tomen dentro del proceso de restablecimiento de derechos de los menores de edad. De esta manera, advirtió que el mencionado Código admite la oposición a la declaratoria de situación de adoptabilidad de un menor dentro de los 20 días siguientes a su ejecutoria, así quien se oponga no haya actuado durante el proceso. A juicio del A-Quo, los ciudadanos Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera tuvieron la oportunidad de oponerse a la mencionada Resolución para así activar el proceso de homologación por parte de un Juez de Familia, el cual es el procedimiento natural para resolver una controversia como la presente. Concluyó que en el caso particular se debió agotar el procedimiento judicial de homologación.

3.1.3. Señaló que el ICBF adelantó todas las diligencias necesarias para lograr la notificación de los padres de las menores, siendo imposible su ubicación. De esta manera, señala que no pudiéndose demostrar que los accionantes hacían parte de una comunidad indígena ya que no se encontraban registrados en ninguno de los censos solicitados, no era posible aplicar un procedimiento especial. Acudiendo a jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Juzgado argumenta que para que sea aplicable la jurisdicción especial indígena no basta con que una persona haga parte de la comunidad sino, además, es necesario que se esté integrado a la misma y que viva de conformidad con sus usos y costumbres.

3.1.5. Finalmente, señala que el hecho de que les sea otorgada ayuda humanitaria por su condición de desplazados demuestra que las entidades estatales no les han vulnerado sus derechos constitucionales.

3.2. Impugnación

Dentro del término señalado por el Decreto 2591 de 1991, se presentó impugnación a la providencia de primera instancia, en la que además de reafirmar sus argumentos iniciales, se señaló:

3.2.1. Que no se tuvo en cuenta que son personas víctimas del desplazamiento forzado para

darles un tratamiento conforme a las limitaciones que dicha situación genera en la posibilidad de ejercer y gozar de sus derechos.

3.2.2. Que así no estén siendo parte en la actualidad de su comunidad indígena, esto no implica que deban ser obligados a soportar un procedimiento y unas normas que no corresponden a su cultura y diversidad étnica.

3.3. Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda – Segunda Instancia -17.

3.3.1 El Tribunal Contencioso Administrativo confirmó la providencia de primera instancia, sin embargo, previno al ICBF para que en adelante lleve a cabo el proceso de restitución de derecho y atención integral de las menores y la atención psicológica a sus padres con garantía de su diversidad e integridad étnica.

3.3.2. Los Magistrados reafirman que debido a la situación de debilidad y vulnerabilidad por la cual atravesaban las menores era necesario la intervención de la Defensoría de Familia. Así, la actuación por parte del ICBF respondió a la obligación de intervenir en el derecho fundamental de la familia para lograr la prevalencia en la protección de los derechos de las menores.

3.3.3. En relación con la condición de indígenas, el Tribunal, advirtió que si bien no se encontró probado vulneración alguna a dicha cualidad, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debe, en el resto del proceso, garantizar el desarrollo y la eficacia del principio de diversidad e integridad étnica mediante la implementación de “mecanismos de inclusión orientados a la preservación de su identidad socio-cultural, esto es, de su lengua, sus tradiciones y creencias para que en el proceso de interacción en el hogar sustituto las menores no evidencien un fenómeno de desarraigo del núcleo socio cultural al cual pertenecen”¹⁸.

3.3.4. Finalmente, se concluye que los accionantes cuentan con otros mecanismos judiciales para controvertir la decisión de declarar de adoptabilidad, máxime teniendo en cuenta que la solicitud de revocatoria de dicho acto es una controversia de carácter legal que no debe ser resuelta por el juez constitucional, ya que no se evidenció vulneración al debido proceso.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-19.

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Afectación de un derecho fundamental. La Sala encuentra que los derechos invocados son los derechos constitucionales al debido proceso, la identidad cultural y la familia.

2.2. Legitimación por activa. La presente acción de tutela es interpuesta por el señor Pedro Murri Murillo en calidad de agente oficioso de los ciudadanos Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murrilo. La jurisprudencia constitucional ha señalado que para aplicar la mencionada figura es necesario: “(i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal y (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela, ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa”²⁰. En este caso, los accionantes no tienen dominio del idioma castellano, lo que generaría una barrera de acceso al proceso administrativo que pondría en peligro la garantía y protección de sus derechos constitucionales. Por lo anterior, la Sala de Revisión encuentra probado las circunstancias que permiten la utilización de la agencia oficiosa en el caso particular.

2.3. Legitimación por pasiva. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad de carácter pública del orden nacional²¹.

2.4. Subsidiariedad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido como sujetos de especial protección constitucional a aquellas personas que, por diferentes circunstancias, se encuentran en situación de extrema debilidad e indefensión. En el caso particular, los ciudadanos Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murrilo atraviesan situaciones que ponen en peligro sus derechos fundamentales y los ubica en circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión. Es indispensable recordar que los titulares de los derechos fundamentales son personas pertenecientes a comunidades indígenas, víctimas del desplazamiento forzado y portadores del VIH²². Esta Corporación ha reconocido a la

población que se encuentra las circunstancias señaladas como personas que deben gozar de una especial protección por parte de todas las entidades estatales. Teniendo en cuenta tales especiales circunstancias, la Sala encuentra que exigir que los accionantes hubiesen agotado previamente todos los recursos administrativos y judiciales que el ordenamiento jurídico contempla, resulta ser una carga desproporcionada que no deben soportar y que puede poner en peligro sus derechos fundamentales. Así, se ha concluido que la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de la población considerada como sujetos de especial protección constitucional.

2.5. Inmediatez. La Resolución No. 013 de 2011 por medio de la cual se declaró la situación de adoptabilidad, fue expedida el diez (10) de marzo de dos mil once (2011), es decir, cerca de once (11) meses antes de que se presentara la presente acción de tutela. Sin embargo, se alega que los ciudadanos Arias Tequia y Rivera Murillo sólo tuvieron conocimiento de la existencia de dicho acto el veinticinco (25) de octubre de la misma anualidad -fecha en la cual solicitaron copia de la misma- lo que implicaría que la acción constitucional se presentó cuatro (4) meses después a que los accionantes aparentemente tuvieran conocimiento de la decisión administrativa, lapso razonable que, unido a la pertenencia de los accionantes a una identidad cultural diversa, hace procedente esta tutela.

3. Problema jurídico constitucional.

4. Vulneración al debido proceso e identidad cultural de los accionantes por adelantar el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, sin consideración de su pertenencia a comunidades indígenas. (Cargo Único).

4.1. El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia Constitucional. (Reiteración).

4.1.1. El artículo 29 de la Constitución Política de 1991 consagra el derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuación judicial y administrativa. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el debido proceso es una garantía constitucional para los ciudadanos y un límite en el ejercicio de las funciones de las entidades estatales²³. Este derecho se encuentra conformado por elementos como la obligación de ser juzgado por el juez natural, el principio de publicidad, el derecho a controvertir las decisiones judiciales y administrativas, la obligación de ser juzgado únicamente conforme al procedimiento y normas sustanciales previas y vigentes -principio de legalidad-, entre otros.

4.1.2. La Corte Constitucional ha señalado que el debido proceso en materia administrativa - aplicable al caso bajo estudio- “se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada por la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes y después de adoptar una determinada decisión”²⁴. Así mismo, ha señalado que el debido proceso es un derecho de estructura compleja que implica la garantía de un conjunto de diferentes reglas y principios²⁵. La sentencia C - 1189 de 2005 señala algunos de estos elementos, identificando los siguientes:

“(i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas”²⁶.

4.1.3. Uno de los elementos fundantes del debido proceso y el cual se encuentra íntimamente ligado a éste, es el derecho de defensa. Bajo este derecho se debe garantizar que la persona que participa en el procedimiento de que se trate tenga la efectiva oportunidad de ser oído, exponer sus argumentos, presentar, solicitar y controvertir pruebas²⁷. El debido proceso no sólo debe asegurar el cumplimiento de las formas procedimentales, sino adicionalmente, es necesario que garantice el real y efectivo goce del derecho de defensa.

4.2. Protección constitucional a la diversidad étnica y cultural, derecho a la identidad cultural y la lengua como factor esencial del mismo.

4.2.1. Los principios de pluralismo y diversidad étnica y cultural fueron reconocidos por parte del Constituyente de 1991 y se fundan como elementos determinantes del Estado colombiano: el artículo 7º de la Constitución señala que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”; en igual sentido el artículo 70 superior. Esta Corporación ha afirmado que los mencionados principios “permiten al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido

por los Estados liberales unitarios y monoculturales”²⁸. Las normas constitucionales referenciadas no sólo implican el reconocimiento de la diversidad cultural, sino además, establecen un claro deber para el Estado colombiano de garantizarla y protegerla de manera efectiva, mediante la adopción de medidas positivas para que el mencionado derecho sea efectivamente gozado en condiciones de una verdadera igualdad material²⁹.

4.2.2. Las comunidades indígenas son sujetos de mayor relevancia para la diversidad étnica y cultural. Esta Corporación no sólo ha reconocido en los individuos el derecho fundamental a la identidad cultural, sino adicionalmente, también lo ha hecho con las propias comunidades como sujetos autónomos titulares de derechos fundamentales. Se ha establecido que las comunidades indígenas “ostentan un derecho a: (i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; (ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros”³⁰.

4.2.3. Dentro de los varios aspectos que determinan la identidad cultural se encuentra el idioma o la lengua. La protección a la diversidad cultural implica que el Estado lleve a cabo acciones positivas para propender por la no discriminación o creación de barreras con base en la lengua³¹. Dicha obligación, ha sido interpretada por la jurisprudencia de esta Corporación como el reconocimiento de que las lenguas minoritarias constituyen un elemento esencial dentro de la garantía a la diversidad étnica y cultural³². Mediante la sentencia T - 659 de 2010, en la cual se analizó de forma profunda la importancia de la lengua dentro del contexto de la diversidad étnica y cultural de la población indígena en Colombia, se afirmó:

“La lengua juega un papel determinante en la materialización de la diversidad étnica y cultural, así como del derecho a la igualdad. Lo primero, en tanto que es la lengua uno de los vehículos de construcción cultural que permite justamente romper con el paradigma de la homogenización cultural, señalando una multiplicidad de formas de entender, pensar, sentir y hablar el mundo.

(...)

Sobre este punto, es importante resaltar que en una nación como la colombiana, con un alto número de lenguas indígenas, es vital propender por un grado de interacción que facilite el acceso a los servicios que tienen la población mayoritaria, sin que la lengua se convierta en una barrera para el goce efectivo de los mismos. Adicionalmente, es importante propender porque un baluarte cultural no termine siendo visto y entendido por las comunidades minoritarias como un factor de exclusión y segregación, ya sea en forma directa o al menos de manera indirecta.

(...)

Por todo lo anterior, en el marco del Estado social del derecho debe garantizarse el respeto por la diferencia, que incluye la comprensión del otro como sujeto culturalmente diverso y titular de derechos fundamentales. En esa medida, no puede desconocerse la gran relevancia que tiene la lengua dentro del derecho a la diversidad étnica y cultural”.

4.2.4. Frente al particular, resulta indispensable hacer alusión a la Ley 1381 de 2010 por medio de la cual se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes. Los artículos 7 y 8 de la citada ley, expresamente señalan la obligación por parte del Estado de adoptar las medidas necesarias para que cuando los hablantes de lenguas nativas deban acudir a las autoridades judiciales y administrativa, éstos puedan expresarse en su propia lengua. El mencionado artículo 8º, establece:

“Artículo 8º. Derechos en las relaciones con la administración pública. Los hablantes de lenguas nativas tienen el derecho al empleo de su propia lengua en sus actuaciones y gestiones ante los órganos de la administración pública. Las autoridades competentes del Orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal proveerán lo necesario para que quienes lo demanden, sean asistidos gratuitamente por intérpretes que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las entidades competentes del Orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, acordarán la adopción de medidas que permitan avanzar progresivamente en el cumplimiento y satisfacción de los derechos y compromisos definidos en el presente artículo. Así mismo asegurarán la difusión, a través de textos impresos, documentos de audio, audiovisuales y otros medios disponibles, de las leyes y reglamentos

así como de los contenidos de los programas, obras y servicios dirigidos a los grupos étnicos, en la lengua de sus correspondientes beneficiarios para su debida información”. (Negrilla y subrayado fuera del Original).

4.2.5. Varios puntos deben resaltarse: (i) el papel determinante de la lengua para la efectiva protección y goce de la diversidad cultural; (ii) la lengua es una herramienta cultural que determina la forma de concebir y entender el mundo; (iii) es obligación del Estado comprender a quienes no hacen parte de la cultura mayoritaria como sujetos culturalmente diversos, y por lo tanto, debido a la íntima relación entre diversidad cultural e igualdad, debe llevar a cabo todas aquellas actuaciones necesarias para que la lengua no se convierta en un obstáculo para el desarrollo y goce de los derechos fundamentales.

4.3. Aplicación de la Constitución, Bloque de Constitucionalidad, Enfoque Diferencial y Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos dentro del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

4.3.1. Enfoque diferencial y protección a la diversidad cultural por parte del Código de Infancia y Adolescencia.

4.3.1.1. El Código de Infancia y Adolescencia -Ley 1098 de 2006- resulta ser el principal instrumento legal para las actuaciones administrativas y judiciales entorno a hechos que involucren niñas, niños y adolescentes. Debe ser interpretado y aplicado en completa concordancia con los postulados constitucionales y con los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos que sean ratificados por Colombia (CP; art 6). Es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumento internacional vinculante de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

4.3.1.2. La Sala considera relevante hacer especial alusión a la clara filosofía diferencial, de respeto y protección de la diversidad cultural que contiene la Ley 1098 de 2006. En esta se establece la obligación de interpretar las normas bajo una perspectiva de género, la cual se basa en “el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social (...)”³³. De forma específica, en relación con las comunidades indígenas existen varias normas que establecen un evidente enfoque diferencial. El artículo 13 del Código expresa que “los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y

demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social”. Por su parte, se reconoce el derecho a la identidad cultural y se establece la obligación del Estado de proteger y promoverlo. Los artículos 25 y 41, disponen:

Artículo 25. Derecho a la identidad. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia.

Artículo 41. Obligaciones del Estado. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

(...)

22. Garantizar la etnoeducación para los niños, las niñas y los adolescentes indígenas y de otros grupos étnicos, de conformidad con la Constitución Política y la ley que regule la materia.

4.3.2. Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos.

4.3.2.1. El proceso de Restablecimiento de Derechos de los menores se encuentra concebido con el objetivo de adelantar todas aquellas actuaciones que sean necesarias para “restaurar en los niños, niñas y adolescentes su dignidad e integridad como sujetos y la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”³⁵. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá garantizar que ante la comprobación de una vulneración de derechos, los menores sean efectivamente vinculados en los servicios sociales que se estén prestando.

4.3.2.2. El Código de Infancia y Adolescencia contempla diferentes medidas a través de las cuales se puede garantizar el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Corresponde a la autoridad competente establecer, en cada caso particular,

cual resulta ser la mejor medida para el efectivo restablecimiento de los derechos. El artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, señala como medidas de restablecimiento de derechos, 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”.

4.3.2.3. La apertura de la investigación en sede administrativa deberá iniciarse mediante la expedición de una providencia debidamente motivada, en la cual se identifique y cite a los representantes legales de los menores, se especifique las medidas provisionales que deban tomarse y la práctica de pruebas que se consideren relevantes³⁶. Posteriormente, se concede a las partes interesadas un término de cinco (5) días para pronunciarse y aportar pruebas, etapa procesal que se regula por las normas contentivas del Código de Procedimiento Civil. Agotada la etapa probatoria, se deberá fijar fecha para audiencia en la cual se expedirá la resolución de fallo la cual deberá contener los hechos en que se funda, el examen crítico de las pruebas y los fundamentos jurídicos de la decisión³⁷. El fallo podrá ser objeto de recurso de reposición de forma verbal por quienes asisten a la audiencia o en los términos del Código de Procedimiento Civil por quienes no asistieron. En caso en se decida la declaratoria de adoptabilidad del menor, las personas a cuyo cargo estuviese podrán

oponerse al fallo, aún si durante el proceso no se hubiesen pronunciado. Si se presenta oposición se procederá al trámite de homologación de la resolución por parte del juez de familia³⁸.

4.3.2.4. Por su parte, el artículo 102 del citado código señala que la notificación de la apertura de la investigación deberá realizarse conforme a lo regulado por el Código de Procedimiento Civil y en caso de que se “ignorara la identidad o la dirección de quienes deban ser citados, la citación se realizará mediante publicación en una página de Internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por tiempo no inferior a cinco días, o por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuere necesario”. Resulta indispensable señalar que mediante la sentencia C - 228 de 2008, la Corte declaró inexecutable la partícula “o” del citado artículo señalando que cuando no se tenga conocimiento de la identidad o de la dirección de los citados, se deberá comunicar mediante publicación en la página de Internet y mediante transmisión en un medio masivo de comunicación.

4.4. Caso Concreto.

4.4.1. Corresponde a la Sala analizar el procedimiento administrativo adelantado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Risaralda, Centro Zonal Pereira - en relación con el Restablecimiento de Derechos de las menores Otilia Rivera Tequia y Felicia Arias Tequia y la posible vulneración del derecho al debido proceso de sus padres Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murillo por el aparente desconocimiento de su condición de indígenas.

4.4.2. En primer lugar, se debe reiterar que el principio de la diversidad étnica y cultural debe ser garantizado por todas las autoridades públicas en cada una de sus actuaciones. El Código de Infancia y Adolescencia incluyó dentro de su normatividad la protección del mencionado principio al hacer parte del mismo las normas de la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y al señalar de forma expresa la perspectiva de género que debe guiar la interpretación de su regulación.

4.4.3. Para el caso bajo estudio, los artículos 7 y 70 de la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, no sólo son herramientas jurídicas de gran importancia por su contenido y jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, sino

adicionalmente, resultan de obligatorio cumplimiento toda vez que por decisión expresa del legislador hacen parte integral del Código de Infancia y Adolescencia. Así, es necesario concluir que en situaciones en las cuales se está en presencia de miembros de comunidades indígenas, las normas procesales sobre actuaciones administrativas deben ser complementadas por los mencionados instrumentos jurídicos. La protección al principio constitucional de la diversidad étnica y cultural implica necesariamente la garantía de que las lenguas nativas de las comunidades indígenas no se conviertan en un obstáculo de acceso y defensa en los procedimientos administrativos para sus hablantes

4.4.4. En el caso particular, la Sala considera necesario acudir al artículo 12 del Convenio 169 de la OIT, que como se ha reiterado debe ser respetado durante el procedimiento por parte del ICBF, señala que “los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces”. (Negrilla y subrayado fuera del original). En igual sentido, es indispensable mencionar el artículo 8º de la ley 1381, norma que entró en vigencia el 25 de enero de 2010, en la cual se establece el derecho de los hablantes de lenguas nativas de emplear su propia lengua en los procedimientos administrativos en los que se encuentren involucrados.

4.4.5. Analizando de forma específica los hechos del presente caso, se tiene que la condición de indígenas de los ciudadanos Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murillo fue aceptada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el principio del procedimiento. En el acta realizada por parte de la Unidad Móvil el día en que las niñas fueron puestas bajo la custodia del ICBF39, se observa que la autoridad administrativa tuvo en conocimiento que los padres de las menores pertenecían a un grupo étnico indígena. De igual forma, fue expresamente reconocido por la Defensora de Familia, Dra. María Isabel Gonzáles, en el informe presentado el 29 de octubre de 201040. En igual sentido, varios de los informes de control y seguimiento que se hicieron sobre el caso, señalan que las niñas pertenecen a etnia indígena41.

4.4.6. Mediante Auto No.192 del 10 de noviembre de 2010, por medio del cual se dio

apertura al proceso administrativo⁴², se solicitó a la autoridad indígena competente que se certificara la pertenencia del grupo familiar a la comunidad indígena. Si bien es innegable que el Cabildo Mayor Indígena de Pueblo Rico, Risaralda⁴³ y la Comisaría de Familia del mismo municipio, establecieron que los accionantes no se encontraban registrados dentro de sus censos poblacionales, también es cierto que se manifestó la posibilidad de que estuvieran registrados en el Departamento del Chocó debido al desplazamiento. Se observa que las autoridades étnicas en ningún momento negaron la condición de indígenas de los ciudadanos Arias Tequia y Rivera Murillo, éstas se limitaron a señalar que no se encontraban dentro de sus registros. Como lo ha afirmado la jurisprudencia constitucional, el registro en los censos sobre población indígena no es un elemento constitutivo de dicha condición. El auto reconocimiento y la primacía de la realidad donde se pueden observar elementos característicos de una comunidad indígena como la lengua, costumbres, usos, entre otros, deben ser determinantes ante la ausencia de registros. No puede ahora el ICBF negar la condición de indígena de los accionantes por no haber podido comprobar la pertenencia de éstos a una determinada comunidad indígena, más aún, cuando se evidencia que éste era un hecho aceptado por los diferentes funcionarios desde el inicio y a lo largo del procedimiento administrativo.

4.4.7. De igual manera, la Sala comprueba que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar también reconoció el escaso nivel académico de los padres de las menores y su desconocimiento del castellano. Según el acta de seguimiento del caso emitida por la trabajadora social, Dra. Osiris de la Hoz Daza, el 17 de noviembre de 2010, se expresó que “los padres se observan en vulnerabilidad no tienen ningún grado de instrucción ni hablan castellano (...)”⁴⁴. Teniendo en cuenta el contexto que ha sido explicado, resulta necesario que dentro del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos se haya puesto en consideración los mecanismos y acciones que fueran necesarias para respetar el derecho al debido proceso y garantizar el efectivo goce del derecho de defensa

4.4.8. La primera actuación que resulta indispensable analizar, consiste en aquella desplegada el día en que las menores Otilia y Felicia fueron puestas a disposición del ICBF. De conformidad con lo señalado en el acta de la Unidad Móvil y el informe presentado por la defensora de familia, se encuentra que las niñas permanecían en la calle ejerciendo la mendicidad, en estado de desnutrición y con posible contagio de VIH. Tanto en el acta como en el informe de la defensora, se señala la presencia de un supuesto líder de la familia quien

ejerció como “traductor”. Sin embargo, no existe ninguna información que indique la forma cómo se adelantó dicha traducción ni las condiciones en las que se realizó. Tampoco hay ninguna manifestación por parte de los funcionarios del ICBF, en relación con haber adelantado alguna explicación de los hechos que se encontraban sucediendo, los derechos y el trámite que se estaba adelantado. Es decir, ni el acta ni el informe otorgan plena certeza, sobre el efectivo entendimiento de los accionantes de lo que se encontraba sucediendo, lo cual constituye un elemento fundamental para poder ejercer de manera efectiva el derecho de defensa. No obstante, y suponiendo que dicha traducción se llevó a cabo conforme a todas las circunstancias exigidas y esperadas con el fin de que los padres de las menores comprendieran a cabalidad el accionar de la entidad administrativa, esto no es óbice para que no se haya producido una vulneración al derecho al debido proceso durante el trámite administrativo propiamente dicho.

4.4.9. La Sala encuentra que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 99 de la Ley 1098 de 2010, profirió el Auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos. De conformidad con el artículo 102 del Código de Infancia y Adolescencia, dicho auto debe ser notificado de acuerdo con lo previsto por el Código de Procedimiento Civil para la notificación personal cuando se conozca la identidad y la dirección de las personas que deban ser citadas. En el expediente de la referencia se encuentra un oficio del 11 de noviembre de 2010 dirigido a los aquí accionantes en el que se establece:

“Por medio del presente, me permito informarles, que deben presentarse en las instalaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ubicado en Carrera 8ª bis No. 35 - 11, el día dieciséis (16) de noviembre del año dos mil diez (2010), hora: 3:30 p.m., con su respectivo intérprete y copia del registro civil de nacimiento de las niñas”⁴⁵.

4.4.10. Varias cuestiones merecen especial análisis. En primer lugar encuentra la Sala que el citado oficio se limita a informar sobre una audiencia para rendir declaración, más no se hace referencia a la apertura del proceso administrativo. Si la intención de dicha comunicación fue adelantar el trámite de notificación del Auto de Apertura, éste no se llevó a cabo de debida forma. Consecuencia de la remisión expresa a la normatividad del Código de Procedimiento Civil, en especial el artículo 315, el trámite que se debió adelantar consiste en enviar una comunicación informando del proceso y solicitando a la parte a que comparezca a la entidad.

Sólo a partir del momento en que efectivamente se acude a la institución se entenderá realizada la notificación. Como se evidencia, el oficio no establece el citado procedimiento.

4.4.11. Resulta de especial interés para la Sala, observar que el mencionado oficio se encuentra aparentemente firmado por el señor Libardo Rivera Murillo. Sin embargo, abajo de su firma se encuentra una leyenda - escrita a computador- que establece “manifiestan no saber firmar, firma testigo a ruego. Carlos Augusto Aladino”. No obstante, la firma del señor Carlos Aladino no aparece ni tampoco el número de su cédula. En el acta no se señala quien es el señor Aladino, si un acompañante de Libardo Rivera o un funcionario del ICBF. Llama la atención de la Sala que este hecho - que implicaría que el señor Libardo Rivera fue localizado por parte el ICBF - nunca fue alegado por la entidad y se contradice con lo afirmado en la contestación de la presente acción de tutela en la que se indica una aparente negligencia por parte de los padres ya que éstos “no se presentaron a hacer valer sus derechos desde su ingreso bajo la medida de protección del 10 de noviembre de 2010 hasta el 25 de octubre de 2011”⁴⁶.

4.4.12. Sin consideración de lo anterior, la Sala encuentra necesario pronunciarse frente a un punto de especial relevancia contenido en el citado oficio. La propia comunicación de la entidad administrativa, advierte que los ciudadanos Arias Tequia y Rivera Murillo deben acudir a la diligencia “con su respectivo interprete”. Lo anterior, implica necesariamente que el ICBF tenía conocimiento de la ausencia de dominio del castellano por parte de los citados y por lo tanto, les solicita un traductor. En el expediente de la presente acción constitucional, no se encuentra prueba alguna que demuestre el uso de un traductor para informar lo establecido en dicho oficio. En el evento en que el oficio hubiese sido efectivamente entregado al señor Libardo Rivera, existe una alta probabilidad que éste no hubiese comprendido y por lo tanto, entendido la necesidad de acudir a dicha audiencia. Se evidencia como, en este hecho particular, la lengua se convirtió en una barrera de acceso a la información del proceso de administrativo.

4.4.13. Además, es importante señalar que la entidad administrativa trasladó a los accionantes una obligación que por disposición legal se encuentra en cabeza de ésta. Acudiendo nuevamente al citado Artículo 8º de la ley 1381 de 2010, “las autoridades competentes del Orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal proveerán lo necesario para que quienes lo demanden, sean asistidos gratuitamente por intérpretes que tengan

conocimiento de su lengua y cultura”. Se evidencia que le correspondía al ICBF proveer el traductor y no al contrario, como lo establece el citado oficio.

4.4.14. Continuando con el estudio de las actuaciones adelantadas durante el proceso administrativo, se encuentra que el 12 de noviembre de 2010, la defensora de familia solicitó a la Emisora “La Paisita” de la ciudad de Pereira, se divulgara información que permitiera la localización de los padres de las menores⁴⁷. El mensaje que se solicitó transmitir identifica a las menores, a los padres y expresamente señala que se les emplaza con el fin de notificarles el auto de apertura⁴⁸. Una vez más, la Sala encuentra que la lengua se convirtió en una barrera para los accionantes que repercute de forma grave en el goce efectivo de su derecho de defensa ya que el mensaje transmitido en la emisora radial se llevó a cabo en castellano. La finalidad de comunicar la apertura del proceso administrativo no se realiza de forma efectiva, toda vez que los padres de las menores no tenían la posibilidad de entender lo que en ella se señalaba. Así la entidad administrativa estuviera cumpliendo con la obligación formal de citar mediante medio masivo de comunicación, la forma en que se realizó resulta inane, no garantiza el derecho al debido proceso y desconoce la obligación de reconocimiento y comprensión de la diferencia que se desprende del principio de la diversidad cultural. El mencionado artículo 102 del Código de Infancia y Adolescencia, señala que cuando la citación se realiza a través de medio masivo de comunicación, si resulta posible, será acompañada por una fotografía del menor. La Sala encuentra que debido a las particularidades del presente caso – las cuales no eran desconocidas por el ICBF – la mejor forma de garantizar el conocimiento de la actuación adelantada y, en esa medida, proteger el derecho al debido proceso de los padres consistía en la realización de la citación incluyendo la fotografía de las menores.

Este procedimiento no puede considerarse como un simple trámite formal. La entidad debe asegurar que los medios de notificación empleados se instrumenten de manera tal, que se asegure a los interesados el derecho a conocer efectivamente las actuaciones que los pueden afectar. Ese conocimiento real resulta más complejo y por ello impone comportamientos más cuidadosos cuando se trata de sujetos que, desde el principio, han evidenciado dificultades reales para comprender y comunicarse.

4.4.15. Así, las actuaciones que se han descrito son de suma importancia dentro de un procedimiento administrativo o judicial en tanto son las primeras y pretenden vincular a las

partes. A través del correcto adelantamiento de estas actuaciones se garantiza -así no se logre vincular efectivamente a una las partes- el derecho al debido proceso. En el caso particular, luego de las acciones comentadas, se encuentra que el ICBF continuó el proceso adelantando todas aquellas actuaciones formales que la ley exige (autos de pruebas, traslado de pruebas, términos, fijación de audiencia de fallo, etc). Sin embargo, estas actuaciones continuaron adelantándose en castellano, lo que dificulta en gran medida el efectivo goce del derecho de defensa de los accionantes, el cual se encuentra íntimamente ligado con la posibilidad de entender y comprender lo que está sucediendo.

4.4.16. Las disposiciones contenidas en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT y en la ley 1381 de 2010 en relación con la protección de la diversidad cultural y en especial con la obligación de que las autoridades administrativas adelanten todas las acciones necesarias para que la lengua nativa de la comunidades étnicas no se convierta en un obstáculo para sus miembros, eran de imperativa aplicación en el procedimiento administrativo objeto de estudio y constituían la expresión del derecho al debido proceso de los ciudadanos Arias Tequia y Rivera Murillo. A juicio de la Sala, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció dichas obligaciones legales y constitucionales y por lo tanto, vulneró el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a la identidad cultural de los accionantes y desconoció el principio de la diversidad cultural y étnica.

4.4.17. La autoridad administrativa estuvo en completa capacidad para solicitar a las comunidades indígenas del municipio de Pueblo Rico, Risaralda para que colaboraran con la traducción de las diversas citaciones, oficios y autos que se expidieron durante el procedimiento, a su lengua nativa. Resulta indispensable señalar que la Sala no está reprochando que el ICBF no hayapodido localizar a los accionantes, sino que no haya adelantado todas aquellas medidas necesarias para que, conociendo las particularidades del caso, la lengua de los padres de las menores no se convirtiera en un obstáculo que repercutiera de manera grave en los derechos de los accionantes.

4.4.18. En adición, la Sala encuentra que la condición de víctimas del desplazamiento forzado genera en los accionantes una situación de debilidad aún mayor que puede llegar a justificar, en parte, la inacción de los accionantes y demuestra la intensa dificultad de circunstancias que les impiden ejercer sus derechos fundamentales de forma oportuna y efectiva. Ante situaciones de extrema vulnerabilidad como la que se presenta en el caso particular, le

corresponde a todas las entidades públicas adelantar medidas que les permita a las personas superar dicho estado.

4.4.19. Por lo anterior, la Corte ordenará al ICBF dejar sin efecto todo el trámite del proceso administrativo de restablecimiento de derecho de las menores Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia incluyendo la Resolución No. 013 del 10 de marzo de 2010 por medio de la cual se declaró la situación de adoptabilidad de las citadas menores. Así mismo, el ICBF deberá adelantar todas las medidas necesarias para deshacer todos y cada uno de los efectos jurídicos que dicha Resolución haya producido.

4.4.20. En igual sentido, se ordenará que el ICBF continúe con la custodia de las menores Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia otorgándoles todas las protecciones necesarias para que las menores gocen de una vida en condiciones dignas y con el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, hasta tanto, la propia entidad administrativa, previo el adelantamiento del proceso administrativo que considere necesario que incluya la participación de los padres de las menores en condiciones que les permita de manera efectiva ejercer su derecho al debido proceso y la defensa, tome una decisión diferente. Así mismo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá tener especial consideración de la situación de extrema debilidad, indefensión y vulnerabilidad por la cual atraviesa la familia de las menores con el fin de adelantar las medidas, que dentro de sus competencias, se puedan implementar para ayudar a la totalidad del núcleo familiar a superar o mejorar su situación.

5. Razón de la decisión

5.1. Conclusión del caso.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al adelantar los trámites procesales del proceso administrativo de Restablecimiento de Derechos de las menores Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia, no garantizó de forma efectiva los derechos al debido proceso y de defensa de los accionantes: (i) conociendo la condición de indígenas de los padres de las menores y sus limitaciones para comprender el castellano, no adelantó todas las medidas necesarias para que la lengua no se convirtiera en una barrera de acceso que les impidiera a los accionantes comprender y hacerse entender dentro del mencionado procedimiento; (ii) desconoció así el deber de protección constitucional de la identidad cultural y la diversidad

étnica.

5.2. Regla de decisión.

Se vulneran los derechos constitucionales a la identidad cultural, la diversidad étnica, el debido proceso y de defensa de los miembros pertenecientes de comunidades étnicas, cuando las autoridades administrativas y judiciales no adelantan las acciones necesarias para que éstos, ante el desconocimiento del castellano, puedan comprender y manifestarse dentro de los diversos procedimientos en su lengua nativa.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS, el trámite adelantado en relación con el Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos sobre las menores OTILIA RIVERA ARIAS y FELICIA ARIAS TEQUIA desde el Auto No. 192 del diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010) hasta e incluyendo la Resolución de Fallo Número 013 del diez (10) de marzo de dos mil once (2011).

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Risaralda – para que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente providencia, adelante todas las medidas y actuaciones necesarias para reiniciar el trámite administrativo correspondiente adelantando los trámites que aseguren que los padres de las menores OTILIA RIVERA ARIAS y FELICIA ARIAS TEQUIA, comprendan las actuaciones que adelanta el ICBF y las posibilidades para intervenir en las mismas.

CUARTO. ORDENAR que las menores OTILIA RIVERA ARIAS y FELICIA ARIAS TEQUIA continúen bajo la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Regional Risaralda- hasta tanto, la propia entidad administrativa, previo el adelantamiento del proceso administrativo que considere necesario que incluya la participación de los padres de las menores en

condiciones que les permita de manera efectiva ejercer su derecho al debido proceso y la defensa, tome una decisión diferente.

QUINTO.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que envíe copia de la presente decisión al Ministerio del Interior a fin de que dicha entidad, a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y minorías o cualquier otro órgano del Ministerio, en uso de sus facultades legales y en cumplimiento de las funciones que le atribuye el Decreto 2893 de 2011, disponga los trámites necesarios para TRADUCIR, en el menor tiempo posible, la presente decisión a la lengua nativa de los accionantes.

SEXTO.- LIBRAR, por Secretaría General, la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Elementos de Prueba que obran en el expediente:

Copia cédula de ciudadanía del señor Pedro Murri Murillo.

Copia cédula de ciudadanía de los ciudadanos Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murillo.

Copia Registro Civil de Nacimiento de la menor Otilia Rivera Arias.

Copia del Informe de la Defensora de Familia, Dra. María Isabel Gonzáles, del día que se solicita protección para las menores del 29 de octubre de 2010.

Copia Informe de Denuncia del ICBF – Seccional Pereira- del 8 de noviembre de 2010.

Copia de un control nutricional de la menor Otilia Rivera Arias del 9 de noviembre de 2010.

Copia del Auto No. 192 del 10 de noviembre de 2010 proferido por la Defensoría de Familia No. 1 por medio del cual avoca conocimiento del proceso de Restablecimiento de Derecho a favor de las niñas Otilia y Felicia Rivera.

Oficio al Hospital de Kennedy para que se les otorgue atención de salud a las menores.

Oficio de citación a los señores Ana Alicia Arias Tequia y Libardo Rivera Murillo expedido el 11 de noviembre de 2010.

Oficio dirigido a la Procuradora de Familia poniendo en conocimiento de la apertura del proceso administrativo del 12 de noviembre de 2010 por parte de la defensora de familia, Dra. Gloria Elena Beltrán Osorio.

Copia Informe Psicológico de la menor Otilia Arias Rivera del 16 de noviembre de 2010.

Oficio del 17 de noviembre de 2010 por parte de la defensora de familia, Dra. Gloria Elena Beltrán Osorio, dirigido a la Alcaldía Municipal de Pueblo Rico, Risaralda, solicitando que comunique a la autoridad indígena del resguardo de Pueblo Rico, del Auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Así mismo solicitó que se certificara la pertenencia de los accionantes a dicho grupo étnico.

Oficio proferido por la Defensora de Familia el 17 de noviembre de 2010 dirigido al Servicio Nacional de Inscripción solicitando información sobre el registro de las menores Otilia y

Felicia.

Copia de oficio de seguimiento de caso del 17 de noviembre de 2010 proferido por parte de la Trabajadora Social del ICBF regional Risaralda.

Copia Informe de “visitas biológicas de niñas, niños y adolescentes ubicados en hogares sustitutos de la defensoría de familia No. 1” con fecha 25 de noviembre de 2010.

Auto del 13 de diciembre de 2010 proferido por la defensora de familia, Dra. Gloria Elena Beltrán Osorio, en el que dispone el término de 5 días hábiles para que las partes interesadas en el Proceso de Restitución de Restablecimiento de Derechos aporten o soliciten las pruebas que consideren pertinentes.

Copia correo electrónico enviado por la defensora de familia, Dra. Gloria Elena Beltrán Osorio, dirigido a la dirección indigenascrir@yahoo.com solicitando certificación de pertenencia a la comunidad de las niñas y los accionantes de fecha 16 de diciembre de 2010.

Oficio dirigido a Universidad Libre de Pereira del 16 de diciembre de 2010 por parte de la defensora de familia, Dra. Gloria Elena Beltrán Osorio, solicitando que se practique exámenes de VIH a las menores.

Constancia proferida por parte de la defensora de familia, Dra. Gloria Elena Beltrán Osorio, en la que se señala que transcurrido el término de pruebas en el proceso administrativo nadie se hizo presente.

Copia oficio dirigido al Consejo Regional Indígena de Risaralda para que certifique pertenencia de las niñas y padres a la comunidad indígena de Pueblo Rico, fechado el 25 de enero de 2011.

Informes de Control de acta de visitas biológicas a las niñas del 30 de diciembre de 2010 y del 27 de enero de 2011.

Oficio dirigido a la Alcaldía Municipal de Pueblo Rico, Risaralda, solicitando por segunda vez para que certifique si las niñas y los papás estaban inscritas en el censo indígena del resguardo de dicho municipio de fecha del 3 de febrero de 2011.

Copia respuesta dirigida a la defensora de familia, Dra. Gloria Elena Beltrán Osorio, por parte del Cabildo Mayor Indígena de Pueblo Rico, del 8 de marzo de 2011, en la que se señala los accionantes no se encuentran en la base de datos de población indígena que cuentan. Sin embargo, advierten que puede estar registrados en el Departamento del Chocó por desplazamiento.

Auto del 21 de febrero de 2011, expedido por la defensora de familia, Dra. Gloria Elena Beltrán Osorio, en el que se corre traslado de conceptos psico-sociales que obran en el proceso administrativo por el término de 3 días para que las partes soliciten, aclaración, complementación u objeción por error grave.

Constancia de que transcurrido el término para pronunciarse sobre los conceptos psico-sociales, las partes guardaron silencio de fecha 1 de marzo de 2011.

Auto del 3 de marzo de 2011 en la se fija fecha y hora para audiencia de fallo.

Resolución Número 013 del 10 de marzo de 2011 en la que se termina el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de las menores Otilia Rivera Arias y Felicia Arias Tequia y se declara su situación de adoptabilidad.

Informe secretarial en el que consta que transcurridos 20 días hábiles desde la fecha de ejecutoria de la Resolución No. 013, no se presentó oposición alguna.

Copia de Derecho de Petición - en formato preestablecido - firmado a ruego por la accionante Ana Alicia Tequia solicitando copia de la resolución de declaratoria de situación de adoptabilidad de la menores Otilia y Felicia Rivera Arias con fecha del 25 de octubre de 2011.

Copia Derecho de Petición de fecha del 19 de enero de 2012 firmado por los ciudadanos Ana Alicia Tequia y Libardo Rivera se revoque de manera directa la Resolución No. 13 del 10 de marzo de 2011 por considerar violado el debido proceso durante el trámite administrativo.

Copia Respuesta por parte del ICBF -Regional Risaralda- al derecho de petición del 19 de enero de 2011.

2 La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas certifica que se encuentran

inscritos en el Registro Único de Víctimas desde el 28 de agosto de 2006.

3 Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menores Otilia Rivera Arias reposa en el expediente de la acción e de tutela. Folio 61 del cuaderno No. 1.

4 Copia del Acta por parte de la Unidad Móvil del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de fecha 29 de octubre de 2010. Folio 39 del Cuaderno No. 1

5 Copia del Auto 192 del 10 de noviembre de 2010 del ICBF Regional Risaralda. Folio 44 a 46 del cuaderno No. 1.

6 Copia de la Resolución No. 013 del 10 de marzo de 2011. Folio 96 a 115

7 Folio 149 del Cuaderno No. 1.

8 Folios 157 a 158 del Cuaderno No. 1.

9 Contestación de la acción de tutela. Folio 25 del cuaderno No. 1.

10 Según la información señalada por el ICBF la comunicación a la comunidad indígena fue enviada mediante correo electrónico el 16 de diciembre de 2010, al Presidente del Consejo Regional Indígena de Risaralda mediante oficio del 25 de enero de 2011 y a la Alcaldía Municipal mediante oficio del 3 de febrero de 2011.

11 Escrito de contestación. Folio 30 del Cuaderno No. 1.

12 Escrito de contestación. Folio 30 del Cuaderno No. 1.

13 En el expediente se encuentra oficio de la Defensora de Familia solicitando a la Emisora La Paisita de la ciudad de Pereira realizar transmitir el mensaje de citación. (Folio 49 del Cuaderno No. 1.). Sin embargo, no ha prueba o certificación sobre la efectiva transmisión del mensaje.

15 Escrito de contestación. Folio 195 del Cuaderno No. 1.

16 Sentencia de primera instancia. Folios 203 a 236 del cuaderno No.1.

17 Sentencia de Segunda Instancia. Folio 248 a 265 del cuaderno No. 1.

18 Sentencia de Segunda Instancia. Folio 263 del Cuaderno No. 1.

19 En Auto del veinte (20) de octubre de 2011 de la Sala de Selección de tutela No 10 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

20 Sentencia T - 388 de 2012.

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

22 Esta información se adquirió de acuerdo con certificación que portaba la señora Ana Alicia Arias Tequia el día en que el ICBF puso bajo su disposición a las dos menores.

23 “La regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados por la ley”. Sentencia T - 555 de 2010.

24 Sentencia. T - 928 de 2010.

25 Ver Sentencia C - 371 de 2011.

26 Sentencia C - 1189 de 2005.

27 El derecho de defensa implica la garantía de ser “oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”. Sentencia C - 025 de 2009

28 Sentencia SU - 510 de 1998.

29 Ver Sentencia T - 659 de 2010. El principio de la diversidad cultural es un “reconocimiento es un avance en el contexto social colombiano, teniendo en cuenta que genera el goce de los derechos fundamentales en un plano de igualdad a partir del respeto por la diferencia”

30 Sentencia T 703 de 2008.

31 Artículo 13 Constitución Política de 1991. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión opinión política o filosófica.

32 Ver sentencia T - 659 de 2010.

33 Artículo 12. Ley 1098 de 2006.

34 Ver Artículos 3, 70, 156, entre otros de la Ley 1098 de 2006.

35 Artículo 50 Ley 1098 de 2006.

36 Artículo 99 de Ley 1098 de 2006.

37 Artículos 100 y 101 Ley 1098 de 2006.

38 Artículos 107 y 108 Ley 1098 de 2006.

39 Folio 39 del cuaderno No. 1.

40 Folio 33 del cuaderno No. 1.

41 Informes reposan en el expediente en folios 57, 58 y 59 del cuaderno No. 1.

42 Folios 44 a 46 del Cuaderno No. 1.

43 Folio 122 del Cuaderno No. 1.

44 Folio 57 del Cuaderno No. 1.

45 Copia del Oficio en folio 48 del cuaderno No. 1.

46 Ver folio 31 del cuaderno No. 1.

47 Ver Folio 49 del Cuaderno No. 1.

48 El mensaje dispone: “El Defensor de Familia emplaza a los señores; ANA ALICIA ARIAS TEQUIA Y LIBARDO ARIAS RIVERA, padres y/o representantes legales y demás personas responsables del cuidado personal del niño y/o joven: OTILIA Y FELICIA ARIAS RIVERA, de un (1) mes y diez (10) meses de edad, respectivamente, para que se presenten a la Defensoría de Familia, ubicada en la carrera 8ª bis No. 35 - 11, Pereira, Risaralda, con el fin de NOTIFICARLE, el Auto de Apertura dentro del proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos adelantado a favor del Niño o joven Pasados quince (15) días de haberse publicado se entenderá surtida la notificación”.