

Sentencia T-768/13

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Prevalencia como expresión del principio del interés superior

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Obligación de la familia, la sociedad y el Estado asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral

La protección especial de los derechos de los niños y la prevalencia de éstos, incorporan verdaderos valores y principios que deben estar presentes no sólo en la expedición, interpretación y aplicación de las normas jurídicas que sobre cualquier asunto le sean aplicables a los menores de edad, 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, entendiendo dicho bienestar como uno de los fines de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA Y LA PRESUNCION A FAVOR DE LA FAMILIA BIOLOGICA-Protección internacional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales

DECRETO Y PRACTICA DE MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Alcance, finalidad y límites constitucionales

La adopción de medidas de restablecimiento de derechos (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), “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”. En este orden de ideas, 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 gradación 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 conclusión, las autoridades administrativas, al momento de decretar la medida de restablecimiento de derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes, deben ejercer tales competencias legales de conformidad con los mandatos de la Constitución, lo cual implica proteger sus derechos fundamentales con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad; lo contrario, paradójicamente, puede acarrear un desconocimiento de aquéllos.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El debido proceso en los asuntos administrativos, implica entonces que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, con el fin de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario, por ejemplo, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso. En consonancia con lo anterior, es necesario señalar que el respeto a las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso constitucional, son aplicables al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto se debe observar el principio de legalidad, el juez natural o legal (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa (que se materializa en el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, y a interponer recursos contra la decisión que se tome) y el debido proceso sin dilaciones injustificadas. Adicionalmente, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos debe cumplir con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que orientan las actuaciones administrativas en acatamiento del artículo 209 ibídem. Entonces, el proceso de

restablecimiento de derechos es definido como un trámite administrativo que debe ceñirse a los postulados constitucionales y legales que iluminan el derecho fundamental al debido proceso. Su irrespeto por parte de la autoridad administrativa, habilita el que las decisiones irregulares puedan ser cuestionadas excepcionalmente por vía de tutela, siempre y cuando exista un perjuicio irremediable.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

Al estudiar la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, el juez de la causa debe constatar que se cumplan los requisitos generales de procedencia señalados en la sentencia C-590 de 2005, los cuales son condiciones de procedimiento que buscan hacer compatible la procedencia de la acción de tutela contra los actos administrativos. Lo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de un acto administrativo, es la concurrencia de tres situaciones: i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, ii) la existencia de alguna o algunas de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, iii) el requisito sine que non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental. En ese marco, corresponde al juez constitucional evaluar los presupuestos de procedibilidad en cada caso concreto, la acreditación de una causal genérica y la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

DEFECTO PROCEDIMENTAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO Y DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO

El defecto procedimental absoluto se configura cuando el funcionario judicial y/o administrativo haya actuado completamente al margen del procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico. Además de lo anterior, también se puede decir que esta causal también tiene una naturaleza cualificada, pues para su configuración se debe cumplir con la exigencia de que se esté ante un trámite judicial y/o administrativo que se haya surtido bajo la inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responda únicamente al capricho y a la arbitrariedad del funcionario y,

en consecuencia, desconozca el derecho fundamental al debido proceso.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-ICBF incurrió en defecto procedimental al no surtir trámite de notificación personal a la progenitora del auto de apertura por presunto abandono de menor

Considera la Sala que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona incurrió en un defecto procedimental, al no surtir el trámite de la notificación personal del auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos por presunto abandono a su progenitora, en los términos del artículo 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia, bajo el argumento de no saber su paradero, pese a que en el expediente existían datos que de haber sido tenidos en cuenta le hubiesen servido para dar con el paradero de la interesada. Así las cosas, se tiene que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, debió desplegar mayores acciones para localizar a la madre del niño, y así notificarle personalmente del inicio del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de su hijo, como ordena el artículo 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Para la Sala es clara la obligación que existe en cabeza de la autoridad administrativa competente (ICBF-Defensores de Familia y Comisarios de Familia), de ubicar al padre, madre, y/o familiares responsables del niño, niña o adolescente a favor de quien se inicia proceso de restablecimiento de derechos para efectos de informarle sobre la existencia de éste, cuando existan datos a través de los cuales se pueda inferir su paradero.

Se precisa que al encontrarse comprometido no sólo el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, sino también el derecho de defensa de la madre, la cual debe contar con la oportunidad de desvirtuar el presunto abandono en el que incurrió frente a su hijo, razón por la cual dicha autoridad debe extremar los rigores en el cumplimiento exacto de los preceptos constitucionales y legales, con miras a obtener la comparecencia de estas personas al proceso para asegurar así el ejercicio personal de su derecho de defensa. Entonces, carece de todo sentido y explicación que se pretenda trasladar a la interesada la responsabilidad de hacerse presente en el asunto, buscando al funcionario que pueda estar adelantando el proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de su hijo, como parece exigirlo la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona en la respuesta

emitida al derecho de petición interpuesto por la señora, exigencia que resulta irrealizable si para aquélla ha sido materialmente imposible tener conocimiento sobre la iniciación del trámite administrativo. Así las cosas, esta Sala considera que si dentro de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos que se inician a favor de los menores de edad existen datos anotados en el expediente contentivo del proceso como la descripción de circunstancias particulares que conduzcan a la identificación y localización física del interesado, éstos deben agotarse para garantizar la comparecencia personal del interesado o los interesados al proceso y hacer efectivo el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción.

NOTIFICACION DE DECISIONES JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS-Garantía del debido proceso y derecho de defensa y contradicción

La notificación es una herramienta procesal que permite la efectiva garantía del derecho de defensa y del debido proceso. En este sentido, es el acto de comunicación procesal de mayor importancia, pues permite que el interesado ejercite personalmente sus derechos de contradicción e impugnación. Entonces, la especial relevancia que reviste la notificación lleva implícita la obligación por parte de la autoridad judicial y administrativa de hacer una búsqueda del interesado, agotando la información que tiene a su alcance, para ubicarlo e informarle del trámite en curso.

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-Trámite y reglas especiales para la protección de los derechos del menor

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

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Establece la regla a seguir cuando la autoridad administrativa ha perdido competencia para asumir conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos de los niños

PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, DEBIDO PROCESO Y DEFENSA-Vulneración por ICBF al no notificar de forma personal a la accionante el auto de apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos a favor de su hijo cuando tenía información a cerca del lugar donde podría ubicarla

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Se ordena ubicar en hogar sustituto a menor mientras juzgado toma decisión de fondo en proceso de restablecimiento de derechos por declaración de abandono

Referencia: expediente T- 3805857

Acción de Tutela instaurada por Camila, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF-.

Derechos tutelados: debido proceso.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido el 24 de enero 2013, por la Sala Cuarta de Decisión Civil –Familia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barahona, que confirmó el fallo proferido el 16 de octubre de 2012 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad, quien no tuteló los derechos fundamentales invocados por la señora Camila, representante del menor de edad Carlos, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Barahona, en adelante ICBF.

ACLARACIÓN PREVIA

Teniendo en cuenta que en este caso se estudiará la situación de un niño que fue presuntamente abandonado por su madre, por lo que el ICBF inició proceso de

restablecimiento de derechos a su favor, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, ha ordenado suprimir de esta providencia el nombre del niño, de su madre y de las instituciones y entidades que de una u otra manera han intervenido en este proceso, al igual que los datos e informaciones que permitan identificarlos. En consecuencia, para efectos de identificarlos y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, ha preferido cambiar los nombres reales por los siguientes nombres ficticios[1]:

Camila: madre biológica de Carlos.

Carlos: niño a quien el ICBF le inició proceso de restablecimiento de sus derechos.

Hospital San Luis de Venecia: Hospital de donde fue remitido el niño Carlos.

Clínica del Carmen de Barahona: Clínica hacia donde fue remitido el niño Carlos.

Venecia: Lugar de residencia de Carlos y de su progenitora, Camila.

Barahona: Ciudad donde se encuentra la Clínica del Carmen de Barahona, y en donde supuestamente fue abandonado el niño Carlos.

Alcaldía de Venecia: Alcaldía del municipio de residencia de Carlos y de su progenitora.

Dirección Local de Salud de Venecia: Dirección Local de Salud del municipio de residencia de Carlos y de su progenitora.

Comisaría de Familia de Venecia: Comisaría de Familia del municipio de residencia de Carlos y de su progenitora.

Rosales: Municipio a donde fue trasladado el proceso de restablecimiento de derechos a favor de Carlos.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Regional Barahona: Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la ciudad en donde supuestamente fue abandonado Carlos.

Samira Henao: Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona.

Mauricio Tinoco: Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona, quien asumió el conocimiento del caso mientras la Defensora Samira Henao se encontraba incapacitada y de vacaciones.

Diana Vega: Coordinadora del Grupo Jurídico del ICBF Regional Barahona.

Miguel Torres: Director Regional del ICBF Regional Barahona.

María Hernández: Trabajadora Social de la Clínica del Carmen de Barahona.

Rafael García: Defensor de Familia del Centro Zonal N°16 Oasis.

Karen Ramos: Subdirectora de Restablecimiento de Derechos del ICBF.

Nubia Vergara: Nutricionista del ICBF Regional Barahona.

Natalia Hoyos: Psicóloga de la Casa de Justicia de Venecia.

Miriam Martínez: Psicóloga del ICBF Regional Barahona.

Clara Barón: Madre sustituta de Carlos.

Viviana Hurtado: Madre sustituta de Carlos.

Carolina Pérez: Coordinadora del Centro Zonal Oasis del ICBF Regional Cantillo.

Luis Solano: Secretario de Salud de Venecia.

Cantillo: Departamento al que pertenece el municipio de Venecia, el municipio de Rosales y el Centro Zonal Oasis del ICBF.

1. ANTECEDENTES

1.1 SOLICITUD

1.1.1 Hechos y argumentos de derecho

1.1.1.1. La actora sostiene que su hijo de 23 meses de edad, fue remitido el 8 de junio de

2012 de Hospital San Luis de Venecia, hacia la Clínica del Carmen de Barahona, pues luego de 3 meses con quebrantos de salud los profesionales en salud no tenían un diagnóstico preciso de su enfermedad.

1.1.1.2. Expresa que permaneció junto a su hijo en la Clínica del Carmen desde el 8 de junio de 2012 hasta el 18 de junio de la misma anualidad, día en el que informó al personal médico que regresaría a Venecia a ver a sus otros hijos y a desempeñar alguna labor para obtener recursos económicos, puesto que -recalcó- es madre cabeza de familia[2] y su sustento y el de sus 5 hijos depende del trabajo que realiza algunos días de la semana en trabajos domésticos o agrarios.

1.1.1.3. Indica que no pudo acceder a ninguna fuente de ingresos, razón por la cual no pudo regresar a Barahona a recibir al niño, pero aseveró que en la Clínica del Carmen le dijeron que si no podía regresar por su hijo, lo remitirían al niño en ambulancia a Hospital San Luis de Venecia, sin embargo, esto nunca aconteció.

1.1.1.4. Sostiene que mantuvo comunicación telefónica con la trabajadora social de esta clínica hasta el 20 de junio de 2012, sin que en ningún momento se le informara que su hijo sería dado de alta, y mucho menos que se había solicitado la intervención del ICBF.

1.1.1.5. Aduce que el 5 de julio de 2012, la Alcaldía de Venecia le informó que su hijo se encontraba bajo protección del ICBF Regional Barahona ante un presunto abandono, razón por la cual, ese mismo día se llevó a cabo una reunión con personal de la Dirección Local de Salud de ese Municipio. En dicha reunión, la Comisaría de Familia de Venecia se comprometió a solicitar la remisión del menor de edad al ICBF de Rosales, y el Director Local de Salud manifestó que tenía contacto permanente con la trabajadora social de la Clínica del Carmen para coordinar el traslado del niño.

1.1.1.6. Manifiesta que al no tener a su hijo de regreso, elevó derecho de petición ante la ESE Hospital San Luís de Venecia[3], la Comisaría de Familia de Venecia, la Dirección Local de Salud de Venecia, la Personería de Venecia, la Clínica del Carmen de Barahona y el ICBF Regional Barahona[4]. En particular, la solicitud ante el ICBF iba encaminada a que su hijo regresara de manera inmediata a su núcleo familiar, así mismo pidió la prueba de la notificación del auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y copia del expediente, pero éste “respondió con normas impertinentes y limitó la

entrega de las copias a mi presencia física en Barahona, cuando en el mismo derecho de petición les informé que no tenía recursos para desplazarme a Barahona”.

1.1.1.7. Aduce que en cuanto a la solicitud de documentar la notificación del auto de apertura del proceso administrativo en curso, “la respuesta dice que como no conocían el paradero de la madre de Carlos procedieron a emplazar, como medio subsidiario que contempla la ley, pero como se había realizado el derecho de petición se daba por notificada por conducta concluyente, lo que demuestra el desconocimiento del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, pues las notificaciones deben ser personales de acuerdo al artículo 102 de la Ley 1098 de 2001”[5].

1.1.1.8. Enfatiza que en cuanto a la petición de la copia del expediente, el ICBF Regional Barahona se limitó a informarle que podía obtenerla en la secretaría de su despacho, situación que vulnera su derecho de defensa, pues reiteró que se encuentra en Venecia y no cuenta con los recursos para trasladarse a Barahona.

1.1.1.9. Arguye que ni la Personería ni la Comisaría de Familia de Venecia respondieron el derecho de petición.

1.1.1.10. Expresa que el niño tiene una enfermedad denominada “osteomielitis crónica”, la cual le fue diagnosticada en abril de 2012; posteriormente sufrió complicaciones, al punto de infectarle el tejido óseo y la piel. “A pesar de la mala evolución de la “celulitis” los médicos no replantearon el diagnóstico y procedieron de conformidad, sino que me culparon de la mala evolución de la enfermedad, hay empezado este calvario” (SIC).

1.1.1.11. Por último, expresa que el proceder de la Clínica del Carmen y del ICBF Regional Barahona fue irregular, pues “¿por qué la clínica no me informó que mi hijo lo iba a retener el ICBF el 20 de junio de 2012? ¿Por qué la representante legal de la clínica no informó sobre mi paradero y la forma de comunicarse conmigo? ¿Por qué no informaron que se había acordado que el menor sería enviado a Venecia en la ambulancia del hospital local? ¿Por qué el ICBF no inició una búsqueda activa de la familia del niño, como lo ordena la Ley 1098? ¿Por qué no fui citada a participar en el proceso administrativo, y así garantizar el derecho a la defensa y a controvertir y presentar pruebas? (...)”.

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barahona, corrió

traslado de la misma al accionado, con el fin de que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

El Centro Zonal del ICBF Regional Barahona, contestó la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones elevadas por la actora. Al respecto, sostuvo que la entidad sí realizó una búsqueda activa de la familia del niño, y al no haberla ubicado, el 10 de julio de 2012 ordenó que a través del espacio televisivo “los niños buscan su hogar”, se citara a los interesados.

Adicionalmente indicó que “el procedimiento se está llevando de acuerdo a lo señalado en la ley, a la convención internacional de los derechos del niño, al bloque de constitucionalidad los lineamientos técnicos administrativos y al Manual del Proceso y Procedimientos establecidos por nuestra institución, no es cierto que el icbf haya retenido ilegalmente al niño, el icbf le brindó la protección integral que establece la norma especial y adoptó una media provisional de restablecimiento de derecho. De igual forma, se vulneró el derecho de petición, ya que se dio respuesta de fondo y dentro del término legal. No se ha limitado la entrega de las copias a la presencia física de la tutelante, por un lado señala el Código Contencioso Administrativo que cuando las copias exceden un monto deberá pagarlas el solicitante, lo cual ocurrió en este caso y por otro lado en este momento, no hay servicio de fotocopia en el ICBF” (SIC).

También sostuvo que actuó de conformidad con la ley frente a la denuncia instaurada por la Clínica del Carmen, quien informó que tenían un niño abandonado y desconocía el paradero de la madre.

Por último, manifestó que no se le vulneró el derecho de defensa a la accionante, pues desconocían su situación económica de lo contrario, se le hubiese concedido un amparo de pobreza

1.3. DECISIONES DE INSTANCIA

1.3.1. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo del 16 de octubre de 2012, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barahona negó la protección de los derechos del niño Carlos, bajo el argumento de que la acción de

tutela no es procedente en el proceso que se revisa, en virtud de que: “i) no existió violación alguna a los derechos fundamentales del accionante; ii) el actor contaba con otro mecanismo de defensa judicial y no existía perjuicio irremediable; y iii) existiendo otro mecanismo judicial de defensa, no es procedente que el juez de tutela suplante al juez ordinario, por cuanto la acción de tutela no fue erigida por el Constituyente del 91 para dirimir derechos litigiosos emanados de la interpretación de la ley, ni resolver conflictos judiciales cuyas competencias se encuentran plenamente establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues ello sería tanto como llegar a la inaceptable conclusión de que el juez de tutela puede sustituir al juez ordinario en la definición de dichos diferendos”.

1.3.2. Impugnación

El 15 de noviembre de 2012, la señora Camila presentó recurso de impugnación en contra de la decisión de primera instancia, argumentando que el ad quo no tuvo en cuenta las pruebas que ella había solicitado para demostrar que los derechos de su hijo habían sido violados desde la atención en la ESE Hospital San Luis, “pues los médicos de la entidad hospitalaria no acertaron en el diagnóstico de “osteomielitis hematógena aguda” y por esta razón no se le practicó el tratamiento para esa enfermedad, de modo que si los médicos de la ESE hubieran diagnosticado a tiempo la enfermedad de mi hijo no se hubiera complicado”. (SIC).

De otro lado, adujo la accionante que el juez de tutela tampoco tuvo en cuenta que se presentaron graves irregularidades en la notificación del auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, lo cual se evidencia en la respuesta del ICBF Regional Barahona al derecho de petición, pues en ésta, la entidad informó que no sabía su domicilio, por lo que procedió a notificarla por edicto, pero posteriormente, en la contestación informó que su notificación fue surtida por conducta concluyente.

Así mismo, indicó que existen pruebas documentales que acreditan que entre la Clínica del Carmen y el Secretario de Salud de Venecia, había un acuerdo para remitir al niño a Venecia, entonces, “por medio del sistema de referencia y contra referencia, se puede demostrar que no hubo abandono sino que por el contrario hubo acuerdo entre las instituciones para devolver a mi hijo a Venecia”.

De la misma manera, argumentó que el ad quo, sin razón alguna, no practicó las pruebas

por ella solicitadas, a pesar de que con éstas se probaba fehacientemente las reiteradas violaciones a sus derechos fundamentales y a los de su hijo menor de edad.

Igualmente, manifestó que el ICBF Regional Barahona solicitó a la Comisaría de Familia de Venecia realizar una visita domiciliaria a su vivienda, pero a pesar de que estaba programada para el día 24 de octubre, ésta no se realizó, como se acredita a través de los testimonios de algunos vecinos.

Por último, adujo que la situación expresada precedentemente es lo que la lleva a afirmar que su hijo está ilegalmente retenido.

1.3.3. Sentencia de segunda instancia

Mediante fallo del 24 de enero de 2013, la Sala Cuarta de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barahona, confirmó el fallo impugnado, argumentando que el ICBF Regional Barahona no vulneró el derecho al debido proceso de la accionante, pues ésta aportó su dirección en el derecho de petición presentado ante el ente demandado pero no antes, por lo que dicha entidad procedió a notificarla como lo estipula la ley, es decir, mediante transmisión en un medio masivo de comunicación.

En efecto, el ad quem consideró que al no resultar quebrantado el derecho fundamental al debido proceso, la tutela resulta a todas luces improcedente para solicitar que le sea entregado a la tutelante su hijo menor de edad, ya que “dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF Regional Barahona, ella cuenta con todos los recursos y etapas procesales para ejercer su derecho de contradicción”.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron las siguientes pruebas relevantes:

1.4.1. Copia del informe enviado el 21 de junio de 2012 por la Clínica del Carmen al ICBF Regional Barahona, a través del cual le comunica que el menor Carlos sería dado de alta por presentar un mejor estado de salud[6]

1.4.2. Copia del auto 043 de 29 de junio de 2012, por medio del cual el ICBF Regional Barahona abrió investigación dentro del proceso administrativo de restablecimiento de

derechos a favor del niño Carlos[7].

1.4.3. Copia del acta de la reunión intersectorial realizada el 5 de julio de 2012, en la que consta que participaron la Secretaría de Salud y Bienestar Social de Venecia, la Comisaría de Familia de Venecia, la Personería Municipal de Venecia y la Trabajadora Social de la ESE Hospital San Luis y concluyeron que “este caso ya se está poniendo en conocimiento del público y se debe tratar de resolver lo antes posible, para ello, el Secretario de Salud y Bienestar Social de Venecia se ha venido comunicando con la Trabajadora Social de la Clínica del Carmen, Sra María Hernández y que le ha expresado que lo mantenga al tanto de la salida del niño, para coordinar con la ESE Hospital San Luis, el envío de la ambulancia y una enfermera para traer al niño de regreso al municipio. (...)El mismo secretario solicitó a la Comisaria de Familia del municipio que adelante lo antes posible todo lo concerniente al proceso de solicitud de traslado del caso del niño Carlos del ICBF de Barahona al Centro Zonal N° 16 del ICBF de Rosales”. [8]

1.4.4. Copia del derecho de petición elevado por la señora Camila a la Clínica del Carmen de Barahona, adiado el 28 de julio de 2012, a través del cual solicitó copia de la historia clínica de su hijo, así como de “todas las atenciones recibidas en esa institución, incluida el formato SIS 412, Remisión de pacientes”[9].

1.4.5. Copia del derecho de petición elevado por la señora Camila al ICBF Regional Barahona, adiado el 30 de julio de 2012, por medio del cual solicitó la entrega inmediata de su hijo, copia del expediente del proceso administrativo llevado a cabo por esa institución a favor del niño y copia del estudio social realizado a ella por la trabajadora social de la Clínica del Carmen[10].

1.4.6. Copia de la respuesta emitida por la Secretaría Local de Salud de Venecia al derecho de petición interpuesto por la señora Camila, adiada el 14 de agosto de 2012, en la que informa que “el niño se encuentra en manos del ICBF de Barahona (...) Sin embargo, me permito adjuntar el acta de la reunión intersectorial promovida por mi oficina, del 5 de julio de 2012, en donde se puede apreciar las medias que se tomaron respecto a dicha situación. También le envío copia de los oficios enviados por el Delegado municipal para la primera infancia, solicitando información sobre el estado el infante (SIC). Fuera de lo anterior, son muchas las reuniones que he sostenido sobre el tema, lo que demuestra la importancia que

esta oficina le ha dado a dicha situación”[11].

1.4.7. Copia del informe expedido por la Clínica del Carmen de Barahona, en el que consta que “durante su ingreso a la clínica el menor estuvo acompañado de su madre señora Camila, a la cual se le brindó acompañamiento psicológico y de trabajo social dado su comportamiento teniendo en cuenta que se rehusó a seguir las recomendaciones de los médicos tratantes, lo cual se demuestra con el informe presentado por la psicóloga (...). El día 18 de junio del año en curso, la madre del menor abandona al menor en la institución, sin que a la fecha se tenga noticias sobre ella”[12].

1.4.8. Copia de la solicitud de información realizada por el Delegado Municipal para la Primera Infancia de Venecia, a la Clínica del Carmen, en la que además de solicitar información del estado actual de salud del niño, se expresó que “esperamos que ahora el Hospital de Venecia no responsabilice a la madre de la situación del niño, porque un problema como este lo debió haber tratado y controlado con suma responsabilidad el personal médico del Hospital”[13].

1.4.9. Copia de la constancia de la entrega de ayuda alimentaria por parte del Delegado Municipal para la Primera Infancia de Venecia, a la señora Camila[14].

1.4.10. Copia de la solicitud de la valoración médica realizada por el Delegado Municipal para la Primera Infancia a la ESE Hospital San Luis[15].

1.4.11. Copia de la respuesta emitida por el ICBF Regional Barahona al derecho de petición interpuesto por la señora Camila, adiada el 23 de agosto de 2012, mediante la cual suministraron la siguiente información: “i) el niño fue puesto en conocimiento al ICBF por la Clínica del Carmen mediante oficio de fecha 21 de junio de 2012, recibido por esta institución el día 22 del mismo mes y año; ii) una vez tenido conocimiento de una presunta situación que ponía en riesgo los derechos del niño, se acepta solicitud y se le dio el trámite de acuerdo a nuestro sistema de atención; iii) la trabajadora social que realizó la visita informó que dialogó con los médicos que atendieron al menor, quienes informaron que “el estado de salud del niño ha evolucionado satisfactoriamente”. El médico que realizó la valoración inicial, señala que “el paciente presentaba inflamación e infección elevados con enrojecimiento y material purulento, lo que indica descuido o mal manejo del absceso, además presentaba problemas de nutrición”. Reiteran que “les llamó la atención la actitud

de la madre, quien se convirtió en un elemento negativo para la recuperación de su hijo, puesto que estaba interfiriendo con el procedimiento y recomendaciones del médico tratante. Aparte de esto mostraba un trastorno emocional, por lo cual se le brindó acompañamiento psicológico y de trabajo social. El 18 de junio de 2012 abandona la institución sin que hasta la fecha de la visita haya regresado. Preocupadas por la situación, algunos médicos de la institución procedieron a hacer contacto con el Secretario de Salud y psicólogo coordinador del programa “Siempre Infancia y Adolescencia” del Municipio de Venecia, quienes orientaron que el caso se debía reportar al ICBF”, por tanto, esta es la razón por la que el ICBF tiene al menor de edad en protección”; iv) si es cierto que no se le ha notificado personalmente toda vez que se desconocía su domicilio exacto, no obstante se ordeno la notificación por los medios subsidiarios que contempla la ley (emplazamiento), pero esto no era impedimento para que usted se acercara a nuestras oficinas a indagar sobre la situación de su hijo, ya que usted misma nos afirma que tiene conocimiento del proceso desde el 5 de julio de 2012; v) en cuanto a la petición de que se le entregue de forma inmediata a su hijo, no nos mueve otro interés que el de restablecer los derechos de su hijo y al tener conocimiento de su ubicación procederemos a realizar el respectivo estudio socio familiar que será el insumo para definir la situación del niño; vi) de las copias solicitadas, éstas fueron autorizadas a su costa y el expediente administrativo del niño permanecerá a partir de la fecha en la secretaría de esta Defensoría para que usted realice el trámite”[16](SIC).

1.4.12. Copia del registro civil de nacimiento del niño Carlos[17].

1.4.13. Copia de la historia clínica del niño Carlos[18].

1.4.14. Copia del derecho de petición elevado por la señora Camila a la ESE Hospital San Luis[19], a través del cual solicitó verificación del diagnóstico del niño y la causa de sus complicaciones[20].

1.4.15. Fotografías en las que se ve a la señora Camila acompañando a su hijo en la ESE Hospital San Luis[21].

1.4.16. Copia de la notificación por aviso del auto de apertura de investigación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos, realizada por la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, a la señora Camila[22].

1.4.17. Copia del auto mediante el cual se ordenó correr traslado a la señora Camila del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos[23].

1.5. ACTUACIONES SURTIDAS POR LA SALA DE REVISIÓN

1.5.1. Mediante auto del 2 de mayo de 2013, el despacho del Magistrado Ponente, dados los hechos y pretensiones referidos, consideró necesario:

“PRIMERO. ORDENAR a la Secretaría General de la Corporación, con el fin de proteger los derechos fundamentales del niño, GUARDAR LA RESERVA de su identidad dentro de todas las actuaciones que se surtan en el marco del proceso de la referencia. Para el efecto, sus nombres deberán ser sustituidos por las siglas enunciadas precedentemente. La Secretaría General deberá tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a esta orden.

SEGUNDO. ORDENAR que por la Secretaría General de la Corte Constitucional se ponga en conocimiento de la Alcaldía de Venecia, (Alcaldía Venecia), de Hospital San Luis de Venecia (Hospital San Luis de Venecia) y de la Clínica del Carmen de Barahona (Clínica del Carmen de Barahona), la solicitud de tutela de la referencia y el fallo de instancia, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, expresen lo que estimen conveniente.

TERCERO. ORDENAR que por la Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Regional Barahona- (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Regional Barahona), para que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir la notificación del presente auto, informe a esta Corporación lo siguiente:

- A) La etapa actual del proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño.
- B) ¿Ha adoptado alguna medida de protección a favor del niño? En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, informar cuál.
- C) ¿Cuál es la ubicación actual del menor de edad? Indique su estado de salud.
- D) ¿Desde qué fecha exacta el niño se encuentra a su cargo?

E) ¿Cuál es la situación actual del niño desde el punto de vista jurídico, físico y psicológico?

F) Las actuaciones adelantadas para surtir en debida forma el proceso de notificación a la progenitora y a la familia biológica del niño.

G) ¿Ha adelantado gestión tendiente a ubicar integrantes de la familia extensa biológica del niño, entre ellos su progenitor?

CUARTO. ORDENAR que por la Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Regional Barahona- (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Regional Barahona), para que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir la notificación del presente auto, envíe copia completa del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño.

QUINTO. ORDENAR que por la Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la Alcaldía Municipal de Venecia, (Alcaldía de Venecia), para que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir la notificación del presente auto, informe si la afirmación del ICBF-Regional Barahona- (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Regional Barahona), consistente en: “El 18 de junio de 2012 abandona la institución sin que hasta la fecha de la visita haya regresado. Preocupadas por la situación, algunos médicos de la institución procedieron a hacer contacto con el Secretario de Salud y psicólogo coordinador del programa “Siempre Infancia y Adolescencia” del Municipio de Venecia (Venecia), quienes orientaron que el caso se debía reportar al ICBF”, por tanto, esta es la razón por la que el ICBF tiene al menor de edad en protección”, es o no cierta. (Subrayado fuera del texto).

SEXTO. ORDENAR que por la Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la Clínica del Carmen de Barahona (Clínica del Carmen de Barahona), para que en el término de tres (3) días hábiles, contados a partir la notificación del presente auto, informe a esta Corporación lo siguiente:

A) ¿Cuántas veces y en qué fechas estableció contacto con la madre del niño?

B) ¿Le informó a la señora... que su hijo... sería dado de alta?

C) ¿Qué actuación previa desplegó antes de remitir al niño al ICBF? ¿Cuál fue la razón para

remitirlo?”

1.5.2. Según informe de la Secretaría General de la Corte Constitucional del 22 de mayo de 2013, una vez vencido el término para la remisión de los informes solicitados, el ICBF Regional Barahona no se pronunció respecto a la solicitud allegada por esta Corporación. En razón a la importancia de esta prueba, la Sala consideró necesario reiterar dicha solicitud mediante auto del 30 de mayo de 2013.

1.5.3. Según oficio recibido el 24 de mayo de 2013 en la Secretaría de esta Corporación, el ICBF Regional Barahona informó que se daría traslado del requerimiento del magistrado sustanciador al Centro Zonal N° 16 de Oasis, en virtud de que a ellos se les corrió traslado del proceso de restablecimiento de derechos del niño Carlos, dada la competencia territorial del asunto.

1.5.4. En comunicación telefónica sostenida el 14 de junio de 2013 con el señor Rafael García, Defensor de Familia Centro Zonal N° 16 Oasis, ICBF Regional Cantillo, se tuvo conocimiento de que el proceso de restablecimiento de derechos del menor de edad Carlos “contiene varias irregularidades que deben ser saneadas por el ICBF Regional Barahona, por lo que el expediente fue devuelto a esa dependencia para que proceda a sanearlas y devuelva el expediente al ICBF de Rosales, quien aún no lo ha recibido”.

1.5.5. Dado que aún no se había allegado a esta Corporación el informe requerido, la Sala consideró que, de nuevo, era necesario reiterar el decreto de las pruebas solicitadas, así como la suspensión del término para fallar este asunto.

Según oficio recibido el 8 de julio de 2013 en la Secretaría de esta Corporación, el ICBF Regional Barahona reiteró que dio traslado del requerimiento del magistrado sustanciador al Centro Zonal N° 16 Oasis, en virtud de que a ellos se trasladó el proceso de restablecimiento de derechos del menor Carlos, dada la competencia territorial del asunto.

1.5.6. Teniendo en cuenta que no se había allegado a esta Corporación el informe requerido, esta Sala consideró pertinente poner de presente la obligación contenida en el artículo 50 del Decreto 2067 de 1991, según el cual “Los jueces y los demás servidores públicos deberán de manera eficaz e inmediata prestar a la Corte la colaboración que ésta

les requiera. El incumplimiento de este deber será causal de mala conducta”. En consecuencia, procedió a remitir copias del presente proceso de tutela a la Procuraduría General de la Nación, para que investigara las posibles irregularidades en las que pudieron haber incurrido los funcionarios del ICBF Regional Barahona y Regional ,, en relación con los hechos que dieron origen a la presente acción de amparo y reiteró las pruebas solicitadas el pasado 2 de mayo, 30 de mayo y del 20 de junio de 2013, atinente a la remisión del expediente que contiene el proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos.

1.6. PRUEBAS Y RESPUESTAS ALLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN.

1.6.1. La Clínica del Carmen de Barahona, mediante escrito remitido el 20 de mayo de 2013, allegó su respuesta en los siguientes términos:

1.6.1.1. Manifestó que el niño Carlos ingresó a la institución el 8 de junio de 2012, remitido del Hospital de Venecia, por cuadro clínico de 3 meses de evolución dado por “absceso a repetición en pierna derecha que complicaron osteomielitis de tibia derecha”. Indica que se le prestaron los servicios médicos especializados por ortopedia y pediatría hasta su recuperación satisfactoria.

1.6.1.2. Respecto a la pregunta: ¿cuántas veces y en qué fechas estableció contacto con la Señora Camila?, respondió: “la señora estuvo presente en nuestra institución desde el día 8 de junio de 2012 fecha en la que ingresó el paciente a nuestra institución y permaneció con el hasta el día 18 de junio del mismo año, fecha en la cual abandona la institución sin explicación alguna, sin dejar autorizado a ninguna otra persona como responsable del menor. La institución el día 19 de junio del año 2012 al no tener claro el paradero de la Sra. Camila Madre del niño Carlos procede a realizar contacto telefónico con el delegado de la primera infancia y adolescencia del Municipio de Venecia, debido a que en nuestra institución no reposaban datos para la ubicación de la Sra. Camila, ya que la misma no los suministró pese a la insistencia de la Trabajadora Social de nuestra institución. Transcurridos 3 días desde la ausencia de la Sra. Camila Madre del niño Carlos, y al no presentarse ninguna persona como reclamante del menor en nuestra institución, se procedió a informar el caso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. (SIC).

1.6.1.3. En cuanto a la pregunta: ¿le informó a la Sra. Camila que su hijo sería dado de

alta?, respondió: “debido a que en la fecha del alta del niño Carlos de nuestra institución, ya el caso estaba en competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se informó por escrito a esta institución”.

1.6.1.4. Por último, en cuanto a las preguntas: ¿Qué actuación previa desplegó antes de remitir al niño al ICBF? y ¿Cuál fue la razón para remitirlo?, respondió: “se realizaron valoraciones Psicológicas de acompañamiento de la Sra. Camila Madre del menor, sin embargo al identificar el abandono del niño Carlos y no tener claro el paradero de la Sra. Camila, se notifica al ente pertinente en este caso el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Es importante aclarar, que la Sra. Camila no se presentó nuevamente a la institución a reclamar sus derechos sobre el menor y transcurrieron 18 días desde el momento del abandono, hasta la salida del niño Carlos, para esta fecha el caso ya era competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al cual se informó por escrito”.

1.6.1.5. La Clínica del Carmen anexó a su respuesta los siguientes documentos: i) evolución psicológica de la señora Camila, en la que consta que “...es una paciente con déficit de atención, impulsividad, problemas notorios en el razonamiento lógico, baja capacidad en el comportamiento perceptual, poca concentración, pensamiento disperso, dificultad significativa en atender, comprender y procesar la información verbal, con signos de ansiedad relevantes, no parece aceptar sus limitaciones”; ii) documento adiado el 21 de junio de 2012, mediante el cual la Clínica del Carmen de Barahona, puso en conocimiento del ICBF Regional Barahona la situación del niño Carlos, en la que hace constar que “durante su ingreso a la clínica, el menor estuvo acompañado de su madre, a la que se le brindó acompañamiento psicológico y de trabajo social dado su comportamiento, teniendo en cuenta que se rehusaba a seguir las recomendaciones de los médicos tratantes (...) el 18 de junio la madre abandona la institución, sin que a la fecha se tenga noticias sobre ella”; iii) respuesta a la denuncia N° 20411823, emitida por el ICBF Regional Barahona a la Clínica del Carmen el 6 de julio de 2012, mediante la cual deja constancia de que “la denuncia es verdadera, puesto que el niño Carlos, de un año de edad, se encontró asistido por una Enfermera Auxiliar permanente, a falta de un familiar o persona adulta acompañante (...). Por lo tanto fue direccionado el caso a la Defensora de Familia, como autoridad competente para adelantar las medidas pertinentes a la garantía y restablecimiento de derechos de los NNA”; iv) copia de la cédula de la madre sustituta designada al niño Carlos.

1.6.2. La Secretaría Local de Salud del Municipio de Venecia, ,, mediante escrito radicado el 21 de mayo de 2013, allegó respuesta al oficio N° OPTB: 250/2013[24] y realizó las siguientes manifestaciones:

1.6.2.2. Adicionó que le manifestó a la doctora María Hernández, Trabajadora Social de la Clínica del Carmen de Barahona, su interés de tener información del día en que se le diera salida al niño, para coordinar con la ESE Hospital San Luis, el envío de la ambulancia y la enfermera para su regreso a Venecia, pero ésta le manifestó que ello era imposible, por cuanto el menor de edad estaba a disposición del ICBF Regional Barahona.

1.6.2.3. Agregó que el día de la fecha de la reunión en la Oficina de la Secretaría de Salud de Venecia, “me comuniqué telefónicamente con la señora María Hernández y le pregunté textualmente ¿En que se fundamentó la Clínica del Carmen de Barahona, para reportar el caso del niño al ICBF Regional Barahona?, a lo cual contestó, se hizo este procedimiento con base a evaluación psicológica que la Psicóloga de la Clínica del Carmen le practicó a la señora Camila, el día 14 de junio de 2012”.

1.6.2.4. Por último, sostuvo que “No es cierto que yo haya orientado que el caso se debía reportar al ICBF-Regional Barahona. (...) en ningún momento he tenido comunicación con ningún médico de ninguna de las dos instituciones de salud: Clínica del Carmen de la Ciudad de Barahona o la ESE Hospital San Luis del municipio de Venecia. Es claro que las afirmaciones hechas por el ICBF-Regional Barahona son totalmente indeterminadas puesto que no individualiza cuál o cuáles fueron los médicos que recibieron la supuesta orientación. Por otra parte, no se describen circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo allí relatado y que además carece de todo medio probatorio”.

1.6.3. Hospital San Luis de Venecia, mediante escrito radicado el 23 de mayo de 2013, allegó respuesta a la solicitud hecha por el despacho:

1.6.3.1. Expresó que “el 7 de junio de 2012, fue atendido el menor Carlos y textualmente en la historia clínica se señaló lo siguiente: traído en brazos por la psicóloga a consulta externa, quien refiere cuadro clínico de más o menos un mes de evolución caracterizado por la presencia de lesión nodular indurada y eritematosa en región distal de la pierna derecha, por lo cual estuvo hospitalizado, que por mejoría y control de proceso infeccioso fue dado de alta con manejo ambulatorio y curaciones y quien por no cuidados adecuados y

tratamiento pos hospitalización nuevamente presenta lesión indurada con bordes irregulares, eritema en tercio medio de la pierna derecha y quien tiende hacia la evolución tórpida, es traído por personal del jardín. La conducta a seguir por los galenos de la institución fue hospitalizar al menor y se le ordenó cuadro hepático, POR y rayos X de miembro inferior derecho y se inicia nuevamente tratamiento antibiótico; se decepcionan los resultados de la radiografía que muestran fractura en tibia tercio proximal y medio con intensa reacción perióstica, con destrucción del hueso y se ordena de inmediato remisión a ortopedia, el 8 de junio de 2012 a la Clínica del Carmen”.

1.6.3.2. Adicionó que “dentro del proceso de referencia y contrareferencia, la ESE estuvo pendiente de este caso y con el área de trabajo social de la ESE, siempre se hizo un acompañamiento de la situación del menor, desde la primera vez que ingresó y posteriormente como el menor ya estaba ingresado en el programa de infancia y adolescencia, la ESE no tuvo necesidad de reportar situación alguna” (SIC)

1.6.3.3. Respecto a la petición formulada por la madre del niño, sostuvo que “revisados nuestros archivos encontramos una petición de esta, en el mes de julio de 2012, la cual fue debidamente contestada por la ESE el 24 de julio del mismo año”.

1.6.4. El ICBF Regional Barahona, mediante escrito del 24 de mayo de 2013, en atención al oficio N° 253/2013, manifestó que “se dará traslado de su requerimiento al centro zonal N° 16 Oasis, ubicado en la vía Turbo frente al Sena de Rosales-, ya que por competencia territorial, se corrió traslado del proceso administrativo de restablecimiento de derechos del cual está solicitando la información y la copia del proceso”. Como anexo se encuentra en el expediente, memorando adiado el 11 de abril de 2013, mediante el cual la Defensora de Familia del Centro Zonal N° 1 del ICBF Regional Barahona, trasladó la Historia socio familiar del niño Carlos al Centro Zonal N° 16 de Oasis del ICBF.

1.6.5. Posteriormente, mediante escrito del 14 de agosto de 2013, la Directora Regional del ICBF Barahona, en atención al oficio N° 483/2013, manifestó que:

“Le informo que sus solicitudes fueron respondidas dentro del término, inclusive su última solicitud fue enviada tanto por medio físico como por correo electrónico (...), no obstante lo anterior, envió nuevamente la información requerida e informo que el proceso administrativo de derechos adelantado a favor del niño fue trasladado al centro Zonal N° 16

Oasis-,, por competencia territorial, así mismo le comunico que la Defensoría de Familia de esa localidad nos informa que dieron respuesta a la Corte Constitucional y que la copia del expediente fue enviada mediante oficio radicado N° 00657 del 30 de mayo de 2013. (...) La etapa actual del proceso se encuentra enmarcada en el Lineamiento Técnico del PARD ICBF, específicamente en el paso 3, en la cual la Defensoría de familia dictó Resolución de Declaratoria de Vulneración de Derechos. (...) Sí se adoptó la medida de protección de ubicación en medio familiar modalidad hogar sustituto, de acuerdo a lo señalado en el art.53 y 59 de la ley 1098 de 2006. (...) El niño está ubicado en el hogar sustituto del ICBF en Miramar, desde el 15 de marzo de 2013, su estado de salud es adecuado, está en seguimiento nutricional y médico. (...) El niño se encuentra a cargo del ICBF desde el 22 de junio de 2012, por factores de competencia territorial, en la actualidad se encuentra ubicado en el Centro Zonal Oasis. (...) Se encuentra declarado en vulneración de derechos, mediante resolución de fecha 21 de diciembre de 2012, realizándose el seguimiento y las valoraciones de atención y nutricional respectiva. (...) su estado de salud es bueno, en la parte nutricional presenta sobrepeso y está en seguimiento nutricional. (...) Carlos tiene desarrollo psicológico acorde para su edad. (...) Dentro del proceso se dio la notificación por medio masivo de comunicación consistente en publicación en televisión, ya que la defensora desconocía el paradero de la familia o los responsables del hogar. (...) si, en Comité Consultivo PARD del nivel zonal, el centro zonal # 16 Oasis, decidió iniciar acercamientos con la familia nuclear de Carlos, se iniciaron labores de ubicación de los integrantes de la familia nuclear del niño es decir de la madre del mismo señora Camila; tras su ubicación se hizo gestión y se programó por este centro zonal en el mes de junio de 2013 encuentro con el niño en visita programada en las instalaciones del centro zonal # 16 Oasis en Rosales; la madre vino acompañada de un hermano de Carlos de 17 años de edad y de una señora que ha participado en la crianza de varios de los hijos de la madre de Carlos; se informó verbalmente de la situación del niño y del proceso y medidas adelantadas, se programó visita para la primera semana de julio de 2013 y no se presentó nadie en las instalaciones del centro zonal, del presunto padre del niño no hay información, ni indicios aún, la madre del niño se negó a suministrar información al respecto, no hay información de redes de familia extensa aún”.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

2.2.1. Corresponde a esta Sala establecer si la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona vulneró los derechos al debido proceso, y a tener una familia y no ser separado de ella, del niño Carlos, y de su progenitora, la señora Camila, al no haber intentado notificar personalmente a la señora Camila del auto de apertura de investigación de protección a favor de su hijo, como lo ordena el artículo 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia, pese a disponer de la información necesaria para dar con el paradero de ésta.

2.2.2. Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará: i) la prevalencia de los derechos de los niños en el ordenamiento constitucional colombiano; ii) el derecho de los menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella; iii) los límites constitucionales al decreto y práctica de medidas de restablecimiento de derechos; iv) el debido proceso administrativo; y v) el defecto procedimental como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos. Posteriormente, la Sala pasará a resolver el caso concreto.

2.3. LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR.

2.3.1. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política, son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, el 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. Este artículo Superior también consagra que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Así mismo, reconoce a favor de la infancia los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

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 prevalecen sobre los derechos de los demás, y que son fundamentales para todos los efectos; en consecuencia, debe exigirse y asegurarse su ejercicio pleno y goce efectivo.

Este tratamiento especial de los derechos de los menores de edad como interés jurídico relevante, revela la intención del constituyente de poner a los niños en un lugar prevalente, en el que se les debe otorgar especial protección, dada su particular situación de sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado para alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y goce de sus derechos.

Entonces, la protección especial de los derechos de los niños y la prevalencia de éstos, incorporan verdaderos valores y principios que deben estar presentes no sólo en la expedición, interpretación y aplicación de las normas jurídicas que sobre cualquier asunto le sean aplicables a los menores de edad, 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, entendiendo dicho bienestar como uno de los fines de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico[25].

2.3.2. La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad, encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional (contemporáneo), a través de diversos instrumentos que apuntan a ofrecerles un trato especial porque “por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales”. Entre los instrumentos internacionales a que se hace referencia, encontramos: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2.3.3. Igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 9° ha consagrado la prevalencia de los derechos de los menores de edad, al disponer que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba

adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

2.3.4. Esta Corporación, en varias de sus sentencias, también ha precisado el concepto del interés superior de los niños, niñas y su naturaleza prevalente. Así, en la sentencia T-514 de 1998, la Corte explicó que el concepto del interés superior del menor de edad consiste en “el reconocimiento de la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”.

En la sentencia T-979 de 2001, la Corte explicó que “(...) el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

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

Esta Corporación también ha señalado que el interés superior de los niños debe ser señalado por el juez constitucional en cada caso en particular, para lo cual debe observar:

(i) la totalidad de las circunstancias específicas del caso; y (ii) las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para promover su bienestar: “Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior cuentan con un alto margen de discrecionalidad para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés, teniendo en cuenta el alto grado de diligencia, celo y cuidado que deben adoptar al momento de tomar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos”[26].

Con base en lo expuesto, la Corte Constitucional ha creado a través de su jurisprudencia, los criterios jurídicos generales a los que debe acudir para determinar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y para materializar el carácter prevalente de sus derechos fundamentales, entre ellos, encontramos:

“ i) Garantía del desarrollo integral del menor”[27]: Según este criterio la familia, la sociedad y el Estado deben brindar a los niños la protección y la asistencia necesarias para asegurarles el desarrollo armónico e integral desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad.

“ii) Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Los derechos de los menores deben interpretarse siempre aplicando la norma más favorable a sus intereses.

iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos”[28]: Se debe amparar al menor 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, entre otros.

“iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos o de hecho, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Cuando el equilibrio entre los derechos del niño y los de sus parientes (biológicos o de hecho) se quiebre, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En relación con los intereses de los padres, estos pueden ser antepuestos a los del niño cuando ello

satisfaga su interés prevaleciente, y garantice la materialización de su interés superior.

v) Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado. Al momento de adoptar una decisión respecto del bienestar del niño implicado, la autoridad competente debe abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión, según las características del cuidado que está recibiendo y a la forma en que éstas le permiten materializar plenamente sus derechos fundamentales, independientemente de su nivel de ingresos”[29].

2.4. EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

2.4.1. Uno de los derechos constitucionales fundamentales y prevalentes del que son titulares los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional, es el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella[30].

2.4.2. Este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la obligación de preservarlo, en especial, la consagración constitucional de la familia como la institución básica de la sociedad (artículos 5 y 42 de la Constitución Política); la prohibición de molestar a las personas en su familia (artículo 28 de la Constitución Política); y la protección de la intimidad familiar (artículo 15 de la Constitución política).

Este derecho, junto con las garantías adicionales que lo refuerzan, tiene una especial importancia para el desarrollo integral de los niños, puesto que se constituye en “una condición para la realización de sus restantes derechos fundamentales. Lo anterior, no sólo porque los lazos de afecto y solidaridad que suelen constituir dicha institución favorecen el desarrollo integral de una persona, sino porque la propia Constitución y la ley le imponen a la mencionada institución la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor a fin de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos”[31]. Entonces, a través del derecho a tener una familia y no ser separados de ella, los niños pueden materializar otros derechos constitucionales que dependen de él para su efectividad. En efecto, es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, al amor, a la educación y a las condiciones materiales mínimas para desarrollarse adecuadamente.

2.4.3. De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política, la

jurisprudencia constitucional se ha referido a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez.

Así las cosas, en la sentencia T-523 de 1992[32], la Corte entendió que la “la familia es el ambiente y el paradigma de relación social primaria más adecuada para el desarrollo humano, por lo cual el Estado debe brindarle toda su protección, por tanto, ésta no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”.

En armonía con lo anterior, este Tribunal en la sentencia T-572 de 2009[33], consideró que el Estado tiene la obligación de amparar a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. En tal sentido afirmó que “debido a que la protección de la unidad familiar es un derecho fundamental, las autoridades públicas deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”.

2.4.4. De lo anterior se deriva una presunción a favor de la familia biológica, según la cual, las medidas estatales de intervención en la vida familiar, únicamente pueden traer como resultado final la separación del niño de su familia, cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con el niño, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico.

Esta presunción se encuentra amparada por algunas disposiciones internacionales que obligan al Estado colombiano. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone, en su artículo 7-1, que “los niños tienen derecho a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos en la medida de lo posible”, y en su artículo 9-1, que “los niños no serán separados de sus padres en contra de la voluntad de éstos, salvo que medien circunstancias que justifiquen tal curso de acción como medio para satisfacer el interés superior de los niños”.

Así mismo, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño expresa que, “cuando sea posible, los niños tienen derecho a crecer bajo el cuidado y

la responsabilidad de sus propios padres. (...) los niños de temprana edad no podrán ser separados de sus madres, salvo que medien circunstancias excepcionales”.

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, consagra que “la primera prioridad para un niño estriba en ser cuidado por sus propios padres, por lo cual, las medidas de protección tales como la ubicación en hogares sustitutos o adoptivos, únicamente proceden cuando el cuidado de los padres biológicos no esté disponible, o sea inadecuado”.

De la misma manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 19 consagra que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

2.4.5. Con base en lo expuesto, la Corte Constitucional en la sentencia T-502 de 2011[34], hizo una revisión de las sentencias de esta Corporación que fijan reglas sobre el derecho de los niños a no ser separados de su familia y sobre la presunción a favor de la familia biológica. A continuación se traerá a colación algunos de sus argumentos:

“En sentencia T-587 de 1998, la Corte sostuvo que un niño o una niña sin familia se ven privados de crecer en un ambiente de afecto, solidaridad, y alimentación equilibrada. Así que, los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos (...).

En sentencia SU-225 de 1998, la Corte afirmó que “los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento. El Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente.

Relató la sentencia T-887 de 2009 que la Corte ha sido muy enfática en advertir que para determinar el nivel de protección que el Estado debe proporcionar, así como la forma en que ésta puede darse, se requiere analizar las circunstancias singulares y particulares de cada caso específico. Además, de manera reiterada ha insistido la jurisprudencia constitucional en que alegar la intervención estatal con el argumento de que los padres o familiares carecen de suficientes recursos económicos y nivel de educación, resulta por

entero inadmisibile y puede implicar, más bien, un trato discriminatorio.

Igualmente, la Corte, en sentencia T-510 de 2003, determinó ciertas circunstancias que no son suficientes, en sí mismas, para separar a un niño de su familia. Veamos:...así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los niños. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño”. (Subrayado en el texto).

2.4.6. Es claro entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, que la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños, es la familia; no obstante, el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia ha establecido la corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado para la protección de los menores de 18 años afectados. Ahora bien, respecto a la intervención del Estado, se tiene que ésta se debe dar teniendo en cuenta dos presupuestos, el primero, consistente en que “las autoridades públicas competentes, tienen un deber general de abstención, es decir, se les prohíbe la adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos” y, el segundo, que consiste en que las autoridades deben “implementar acciones positivas para mantener y preservar la unidad familiar; de tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social

consistente en que miles de familias colombianas no cuentan con los recursos económicos suficientes para cumplir ciertas obligaciones pero que ello no puede tener como consecuencia la separación de las familias que se encuentren en esa precaria situación, sino que, por el contrario, debe buscarse la preservación de la unidad familiar, implementando programas de apoyo para las mismas”[35].

2.5. LÍMITES CONSTITUCIONALES AL DECRETO Y PRÁCTICA DE MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS

2.5.1. El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en su artículo 52, que se encuentra en el Capítulo II referente a “Medidas de restablecimiento de los derechos”, consagra una obligación general a cargo de las autoridades públicas competentes, en el sentido de verificar la garantía de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, análisis que comprenderá la realización de un examen sobre los siguientes aspectos:

“1. El Estado de salud física y psicológica.

2. Estado de nutrición y vacunación.

3. La inscripción en el registro civil de nacimiento.

4. La ubicación de la familia de origen.

5. El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos.

6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social.

7. La vinculación al sistema educativo.

Parágrafo 1°. De las anteriores actuaciones se dejará constancia expresa, que servirá de sustento para definir las medidas pertinentes para el restablecimiento de los derechos.

Parágrafo 2°. Si la autoridad competente advierte la ocurrencia de un posible delito, deberá denunciarlo ante la autoridad penal”.

2.5.2. Adelantada la anterior verificación, la autoridad competente contará con los

suficientes elementos de juicio para decidir si abre o no proceso administrativo de restablecimiento de derechos, y dentro del mismo, para adoptar alguna de las siguientes medidas de restablecimiento de derechos, consignadas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006:

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”.

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

“Artículo 59. Ubicación en Hogar Sustituto. Es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.

Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En ningún caso podrá otorgarse a personas residentes en el exterior ni podrá salir del país el niño, niña o adolescente sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa de la autoridad competente”.

2.5.4. Así las cosas, la adopción de medidas de restablecimiento de derechos (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), “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”[36].

2.5.5. En este orden de ideas, 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 gradación 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”[37].

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

2.6. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.

2.6.1. El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo, la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

El debido proceso en los asuntos administrativos, implica entonces que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, con el fin de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario, por ejemplo, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables para realizar su propia

voluntad, implica violación del debido proceso.

En consonancia con lo anterior, es necesario señalar que el respeto a las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso constitucional, son aplicables al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto se debe observar el principio de legalidad, el juez natural o legal (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa (que se materializa en el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, y a interponer recursos contra la decisión que se tome) y el debido proceso sin dilaciones injustificadas. Adicionalmente, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos debe cumplir con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que orientan las actuaciones administrativas en acatamiento del artículo 209 ibídem.

2.6.2. Entonces, el proceso de restablecimiento de derechos es definido como un trámite administrativo que debe ceñirse a los postulados constitucionales y legales que iluminan el derecho fundamental al debido proceso. Su irrespeto por parte de la autoridad administrativa, habilita el que las decisiones irregulares puedan ser cuestionados excepcionalmente por vía de tutela, siempre y cuando exista un perjuicio irremediable.

2.6.3. Ahora bien, la Sala debe indicar que el tema de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos, es un asunto que ha sido abordado por esta Corporación en múltiples ocasiones, asimilándolo a la tutela contra providencias judiciales, por lo que se procederá a reiterar las premisas en que se fundamenta esta posibilidad, y las reglas establecidas para el examen de su procedibilidad.

Así, al estudiar la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, el juez de la causa debe constatar que se cumplan los requisitos generales de procedencia señalados en la sentencia C-590 de 2005, los cuales son condiciones de procedimiento que buscan hacer compatible la procedencia de la acción de tutela contra los actos administrativos. Estos requisitos son: i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; ii) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la

consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y vi) que el fallo impugnado no sea de tutela.

Respecto a los requisitos de procedibilidad específicos de la acción de tutela contra providencias judiciales, que como ya se dijo, también aplican a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, encontramos los siguientes defectos: i) el defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario que profirió la decisión impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; ii) el defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el funcionario actuó completamente al margen del procedimiento establecido; iii) el defecto fáctico, que surge cuando el funcionario administrativo carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; iv) el defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; v) el error inducido, que se presenta cuando el funcionario fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; vi) la decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los funcionarios de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; vii) el desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el funcionario administrativo aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance; y viii) la violación directa de la Constitución, que es el defecto que se deduce de infringir directamente una o varias disposiciones o normas razonablemente vinculables a la Constitución.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, lo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de un acto administrativo, es la concurrencia

de tres situaciones: i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, ii) la existencia de alguna o algunas de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, iii) el requisito sine qua non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental. En ese marco, corresponde al juez constitucional evaluar los presupuestos de procedibilidad en cada caso concreto, la acreditación de una causal genérica y la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

2.7. EL DEFECTO PROCEDIMENTAL COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

2.7.1. La causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales denominada defecto procedimental, encuentra su sustento en los artículos 29 y 228 de la Constitución, que se refieren a los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

En principio, este defecto se materializa cuando se desconocen las formas propias de cada juicio; pero también puede producirse por un exceso ritual manifiesto, en virtud del cual se obstaculiza el goce efectivo de los derechos de los individuos por motivos formales. Así, existen dos tipos de defectos procedimentales: uno denominado defecto procedimental absoluto, y el otro que es un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

El defecto procedimental absoluto se configura cuando “el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del asunto-, u ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso”[38].

En relación con esta materia, debe insistirse en que “la irregularidad procesal debe ser de tal magnitud que sus consecuencias resulten materialmente lesivas a los derechos fundamentales, en especial el debido proceso”[39]. Cabe aclarar que si a pesar de existir una irregularidad, ésta carece del efecto mencionado, en tanto no interfiere en el contenido

y alcance de ese derecho, no podrá predicarse la estructuración del defecto de que se trata.

Ahora bien, es de anotarse que la trascendencia del defecto procedimental absoluto como condición para declarar su incompatibilidad con la eficacia del derecho al debido proceso, es un asunto tratado por la Corte en distintas oportunidades. Sobre el tópico la jurisprudencia ha determinado que “la acreditación de ese defecto depende del cumplimiento de dos requisitos concomitantes: (i) que se trate de un error de procedimiento grave, que tenga incidencia cierta y directa en la decisión de fondo adoptada por el funcionario judicial correspondiente, de modo tal que de no haber incurrido en el error el sentido del fallo hubiera sido distinto, rasgo que el yerro procedimental absoluto comparte con el defecto fáctico antes estudiado; y (ii) que tal deficiencia no sea atribuible a quien alega la vulneración del derecho al debido proceso”[40].

En forma de síntesis, se puede decir que el defecto procedimental absoluto se configura cuando el funcionario judicial y/o administrativo haya actuado completamente al margen del procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico. Además de lo anterior, también se puede decir que esta causal también tiene una naturaleza cualificada, pues para su configuración se debe cumplir con la exigencia de que se esté ante un trámite judicial y/o administrativo que se haya surtido bajo la inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responda únicamente al capricho y a la arbitrariedad del funcionario y, en consecuencia, desconozca el derecho fundamental al debido proceso.

3. CASO CONCRETO

3.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

3.1.1. Resumen de los hechos narrados en el escrito de tutela

La señora Camila, sostiene que su hijo de 23 meses de edad, fue remitido el 8 de junio de 2012 de Hospital San Luis de Venecia, a la Clínica del Carmen de Barahona, pues tiene una enfermedad denominada “osteomielitis crónica”, que no había podido ser diagnosticada en dicho hospital.

Expresa que permaneció al cuidado de su hijo en la Clínica del Carmen desde el 8 de junio de 2012 hasta el 18 de junio de la misma anualidad, día en el que informó al personal médico que regresaría a Venecia a ver a sus otros hijos y a tratar de conseguir dinero, pues es madre cabeza de familia y su sustento depende del trabajo que desempeña algunos días de la semana en labores domésticas o agrarias.

Sostiene la accionante que mantuvo comunicación telefónica con la trabajadora social de esta clínica hasta el 20 de junio de 2012, pero ésta nunca le informó que su hijo sería dado de alta, y mucho menos que se había solicitado la intervención del ICBF.

Aduce que el 5 de julio de 2012, la Alcaldía de Venecia le informó que su hijo se encontraba bajo protección del ICBF Regional Barahona ante un presunto abandono, razón por la cual, ese mismo día la Comisaría de Familia de Venecia se comprometió a solicitar la remisión del menor de edad al ICBF de Rosales, y el Director Local de Salud manifestó que tenía contacto permanente con la trabajadora social de la Clínica del Carmen para coordinar el traslado del niño.

Manifiesta que al no tener a su hijo de regreso, elevó derecho de petición ante la ESE Hospital San Luis, la Comisaría de Familia de Venecia, la Dirección Local de Salud de Venecia, la Personería de Venecia, la Clínica del Carmen de Barahona y el ICBF de Barahona[41]. En particular, la solicitud ante el ICBF iba encaminada a que su hijo regresara de manera inmediata a su núcleo familiar, así mismo pidió la prueba de la notificación del auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y copia del expediente, pero dicha entidad, quien fue la única entidad que contestó, “respondió con normas impertinentes y limitó la entrega de las copias a mi presencia física en Barahona, cuando en el mismo derecho de petición les informé que no tenía recursos para desplazarme a Barahona”.

Aduce que en cuanto a la solicitud de documentar la notificación del auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, “la respuesta dice que como no conocían el paradero de la madre de Carlos procedieron a emplazar, como medio subsidiario que contempla la ley, pero como se había realizado el derecho de petición se daba por notificada por conducta concluyente, lo que demuestra el desconocimiento del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, pues las notificaciones

deben ser personales de acuerdo al artículo 102 de la Ley 1098 de 2001”.

Respecto a la copia del expediente, dice que el ICBF Regional Barahona le contestó que éstas estaban disponibles en la secretaría, situación que vulnera su derecho de defensa, pues se encuentra en Venecia y no cuenta con los recursos para trasladarse a Barahona.

Por último, expresa la accionante que el proceder de la Clínica del Carmen y del ICBF Regional Barahona fue irregular, pues “¿por qué la clínica no me informó que mi hijo lo iba a retener el ICBF el 20 de junio de 2012? ¿Por qué la representante legal de la clínica no informó sobre mi paradero y la forma de comunicarse conmigo? ¿Por qué no informaron que se había acordado que el menor sería enviado a Venecia en la ambulancia del hospital local? ¿Por qué el ICBF no inició una búsqueda activa de la familia del niño, como lo ordena la Ley 1098? ¿Por qué no fui citada a participar en el proceso administrativo, y así garantizar el derecho a la defensa y a controvertir y presentar pruebas? (...)”.

3.1.2. Resumen de los hechos narrados en las contestaciones de la tutela

La Clínica del Carmen de Barahona manifestó que “como el 18 de junio de 2012 la madre abandona la institución”, preocupados por la situación, “algunos médicos de la institución procedieron a hacer contacto con el Secretario de Salud y psicólogo coordinador del programa “Siempre Infancia y Adolescencia” del Municipio de Venecia, quienes orientaron que el caso se debía reportar al ICBF”, razón por la que el 21 de junio de la misma anualidad “se pone en conocimiento del ICBF la situación del menor de edad”.

La Secretaria Local de Salud del Municipio de Venecia, manifestó que “(...) NUNCA ME HE COMUNICADO, NI HE TENIDO CONTACTO TELEFÓNICO CON LOS MÉDICOS TRATANTES DEL MENOR, DE LA CLÍNICA DEL CARMEN DE BARAHONA, MIS GESTIONES SE REALIZARON DE FORMA TELEFÓNICA CON LA FUNCIONARIA MARÍA HERNÁNDEZ, TRABAJADORA SOCIAL DE LA CLÍNICA DEL CARMEN DE BARAHONA (...) No es cierto que yo haya orientado que el caso se debía reportar al ICBF-Regional Barahona. (...) en ningún momento he tenido comunicación con ningún médico de ninguna de las dos instituciones de salud: Clínica del Carmen de la Ciudad de Barahona o la ESE Hospital San Luis del municipio de Venecia. Es claro que las afirmaciones hechas por el ICBF-Regional Barahona son totalmente indeterminadas puesto que no individualiza cuál o cuáles fueron los médicos que recibieron la supuesta orientación. Por otra parte, no se describen circunstancias de tiempo, modo y

lugar de lo allí relatado y que además carece de todo medio probatorio”.

Adicionalmente cuenta que le manifestó a la doctora María Hernández, Trabajadora Social de la Clínica del Carmen de Barahona, su interés de tener información del día en que se le diera de alta al niño, para coordinar con la ESE Hospital San Luis, el envío de la ambulancia y la enfermera para su regreso a Venecia, pero ésta le manifestó que ello era imposible, por cuanto el menor de edad estaba a disposición del ICBF Regional Barahona.

3.1.3. Presentación de las actuaciones surtidas en el curso del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos objeto de revisión.

Con base en las pruebas que obran en el plenario, estas son, en resumen, las actuaciones que desplegaron en el curso del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos objeto de revisión:

Fecha

Entidad-funcionario

Actuación

22 de junio de 2012

Clínica del Carmen de Barahona.

Se envía informe al ICBF Regional Barahona acerca del presunto abandono del niño.

29 de junio de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Auto 043, por medio del cual se abrió investigación de protección a favor del niño Carlos y de adoptó la medida de restablecimiento de derecho consistente en ubicación en hogar sustituto.

5 de julio de 2012

Clínica del Carmen de Barahona.

El niño fue dado de alta e inmediatamente se hizo efectiva su ubicación en hogar sustituto.

10 de julio de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Auto que dispuso “ordenar la citación y emplazamiento de la señora Camila y demás familia extensa del niño Carlos, toda vez que no ha sido posible notificar en forma personal a la familia extensa por desconocerse su domicilio”.

18 de julio de 2012

Psicóloga de la Casa de Justicia de Venecia, Dra. Natalia Hoyos.

Valoración psicológica de la señora Camila, en la que se concluyó que “la señora se muestra desubicada en el tiempo, hace relatos poco coherentes, y no tiene claro los nombre y edades de sus hijos, cuando se le preguntó el nombre del padre de Carlos se enojó y manifestó que no iba a decir porque es un secreto. (...) se considera prudente ubicar familia extensa de la señora para que la apoyen con el proceso de responsabilidad que debe tener con su hijo”.

23 de agosto de 2012

Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona, Dr. Mauricio Tinoco.

Respuesta al derecho de petición “sin fecha”, interpuesto por la señora Camila. A través de éste se le informó que su hijo estaba bajo cuidado del ICBF por presunto abandono, y que “no se le ha notificado personalmente por cuanto no se conoce su domicilio, no obstante se ordenó la notificación por medios subsidiarios que contempla la ley (emplazamiento)”.

5 de septiembre de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Solicitud hecha por la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona al Comisario de Familia de Venecia, en el sentido de realizar estudio socio familiar del niño Carlos.

12 de septiembre de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

“Auto que avoca conocimiento del proceso radicado N° 2041823”. A partir de la fecha la Defensora de Familia asumió nuevamente el proceso, ya que estuvo incapacitada desde el 19 de julio de 2012 hasta el 12 de septiembre de la misma anualidad.

12 de septiembre de 2012

Profesional Especializada de la Oficina de Comunicaciones y Atención al Ciudadano del ICBF.

Escrito en el que informó que el 6 de septiembre de 2012, en el espacio institucional de televisión “Los niños Buscan su Hogar” y “en intranet”, se emitieron los datos y fotografías de Carlos, en cumplimiento del artículo 47 y 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

7 de octubre de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Auto N° 066, por medio del cual se solicitó ampliación del término para fallar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de Carlos.

22 de octubre de 2012

Director Regional del ICBF Regional Barahona, Dr. Miguel Torres.

Resolución N° 0024460, por medio de la cual se amplió el término para fallar en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos.

1° de noviembre de 2012

Auto por medio del cual se ordenó correr traslado del expediente a las partes interesadas, por el término de 5 días.

1° de noviembre de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Notificación por aviso del auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos.

8 de noviembre de 2012

Comisaria de Familia de Venecia.

Informe de la visita domiciliaria realizada a la residencia de la señora Camila el 16 de octubre de 2012. En el informe consta que “en la dirección se encuentra una oficina de abogados que informan que la señora Camila no reside en ese lugar. (...) el delegado de la primera infancia se dirigió al departamento de trabajo social, donde le dijeron que la señora seguía viviendo en la misma dirección anterior, por lo que no se le haría nuevamente la visita”.

14 de noviembre de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Informe enviado por la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona a la Procuradora Provincial de Rosales y a la Secretaría General de Gobierno de Venecia, mediante el cual les puso en conocimiento que el Comisario de Familia de Venecia no había realizado el estudio socio familiar del niño Carlos, solicitado el 5 de septiembre de 2012.

16 de noviembre de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Auto por medio del cual se abrió a pruebas el proceso de restablecimiento de derechos a favor de niño Carlos. A través de este auto se decretó “1. Requerir a la Comisaría de

Familia de Venecia la realización del estudio socio familiar al hogar de la señora Camila. 2. Solicitar concepto pericial a la psicóloga de la Defensoría sobre el estado emocional del niño Carlos. 3. Solicitar concepto pericial a la nutricionista sobre el estado nutricional de Carlos. 4. Allegar nuevos diagnósticos del niño”.

19 de noviembre de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Notificación por aviso a la señora Camila del auto del 16 de noviembre de 2012, mediante el cual se abrió la etapa probatoria del proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos.

23 de noviembre de 2012

Psicóloga del Centro Zonal Barahona del ICBF Regional Barahona, Dra. Miriam Martínez.

Informe psicológico del niño Carlos, en el que se manifestó que el menor de edad “ha logrado caminar casi normalmente, se presentan avances en su lenguaje, ya duerme tranquilamente toda la noche, ya está iniciando el control de esfínteres, de muy buen apetito (...)”.

28 de noviembre de 2012

Nutricionista del Centro Zonal Barahona del ICBF Regional Barahona, Dra. Nubia Vergara.

Informe nutricional del niño Carlos, en el que se indicó que el menor de edad “se encuentra en condiciones nutricionales adecuadas, de acuerdo a su edad. Además se sugiere que éste niño debe ingresarse a su medio familiar”.

3 de diciembre de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Memorando mediante el cual la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona

solicitó apoyo a la Coordinadora del Centro Zonal Rosales del ICBF, para que recibiera la declaración de la señora Camila, “con el objeto de establecer las razones y circunstancias que motivaron su ausencia del Centro hospitalario en donde se encontraba internado su hijo (...)”.

13 de diciembre de 2012

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Auto por medio del cual se trasladó el proceso al Defensor de Familia asignado, dado que la Defensora de Familia “entró en vacaciones”.

21 de diciembre de 2012

Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona, Dr. Mauricio Tinoco.

Resolución 145, “por medio de la cual se declara la vulneración de derechos del niño Carlos y de adoptan las siguientes medidas”: (...) “Segundo: manténgase la medida de ubicación en Hogar Sustituto”; (...) “Quinto: contra la presente resolución procede el recurso de reposición; Sexto: las partes quedan notificadas en estrado”.

25 de febrero de 2013

Subdirectora de Restablecimiento de Derechos del ICBF, Dra. Karen Ramos.

Memorando mediante el cual la Subdirectora de Restablecimiento de Derechos del ICBF, informó a la Directora de la Regional Barahona del ICBF, Dra. Diana Vega, que la Alta Consejera Presidencial para Programas Especiales solicitó que este caso fuera revisado, por lo que se comisionó a un equipo conformado por una psicóloga y una trabajadora social para que realizaran el estudio psicológico y social de las condiciones de la madre y de su entorno. Las conclusiones del estudio fueron: “la madre del niño actualmente reside en una finca en la Vereda El Remigio del Municipio de Venecia. Allí apoya a los quehaceres de la finca, desempeñando, sin remuneración tareas rurales y domésticas. Tiene una forma itinerante de vida. Ha tenido 5 hijos, con ninguno ha desarrollado las labores e crianza. Aparentemente es inestable emocionalmente. Actualmente no posee una estructura mental que garantice la

adecuada protección de su hijo (...)".

En dicho memorando, la Subdirectora de Restablecimiento de Derechos del ICBF, sugirió "(...) Solicitar el traslado del caso y del niño del Centro Zonal Barahona, al Centro Zonal Oasis, municipio de Rosales, con ubicación en hogar sustituto, para permitir visitas de la progenitora, con la finalidad de evaluar la relación materna filial (...)".

Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, Dra. Samira Henao.

Auto por medio del cual se ordenó el traslado de la historia de atención del niño Carlos al Centro Zonal Rosales, debido a que la familia del niño vive en Venecia.

15 de marzo de 2013

Defensor de Familia de Oasis, Dr. Rafael García.

Acta de ubicación del niño Carlos en el hogar sustituto de la señora Clara Barón.

26 de abril de 2013

Defensor de Familia de Oasis, Dr. Rafael García.

Acta de ubicación del niño Carlos en el hogar sustituto de la señora Viviana Hurtado, al parecer porque el menor de edad corría peligro en el hogar sustituto en el que estaba, pues la madre sustituta tenía dificultades para atender las necesidades de los niños.

7 de mayo de 2013

Defensor de Familia de Oasis, Dr. Rafael García.

Acta en la que se manifestó que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona había incurrido en irregularidades, por lo que se decidió enviar el proceso al Comité Consultivo de la Regional, con el fin de precisar lo que se debía hacer con el caso.

10 de mayo de 2013

Coordinadora del Centro Zonal Oasis del ICBF, Dra. Carolina Pérez.

Informe enviado por la Coordinadora del Centro Zonal Oasis del ICBF, al Comité Técnico Consultivo de Restablecimiento de Derechos Nivel Regional, mediante el cual dio a conocer que “la lista de chequeo que se hizo a la HSF es relevante que no hay auto que fija fecha para audiencia de pruebas y fallo, no hay citación ni notificación por estados del auto que fija fecha para pruebas y fallo, no hay notificación de la Resolución de vulneración de derechos, aparece notificación por estados de la misma en fecha errónea al igual que el auto de ordena correr traslado de la resolución, es errónea la fecha de la constancia de ejecutoría y no aparece notificación al ministerio público de dicha resolución, no hay declaraciones de la familia de origen (...)”.

3.2. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS.

3.2.1. El asunto debatido reviste relevancia constitucional

La Sala considera que en el asunto objeto de estudio se acredita el cumplimiento de este requisito, pues la controversia versa sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales de un menor de edad al debido proceso y a tener una familia y no ser separado de ella, por parte de la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, al no notificar personalmente a la progenitora del niño el auto de apertura de investigación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de su hijo[43].

3.2.2. La tutelante agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance.

Con respecto al requisito de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha restringido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y contra actos administrativos, a la ocurrencia de una de las hipótesis que a continuación se nombran:

“a) Es necesario que la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa previstos en el proceso dentro del cual fue proferida la decisión que se pretende controvertir mediante tutela. Con ello se busca prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso ordinario, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos (...).

b) Sin embargo, puede ocurrir que bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial, en cuyo caso la rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción. (Subrayado fuera del texto).

c) Finalmente, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es urgente la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional”[44].

La Sala estima que en el caso sub examine, la peticionaria no agotó los mecanismos de defensa que tenía a su alcance, por cuanto la Defensora de Familia ICBF Regional Barahona no le comunicó en debida forma el auto de apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos a favor de su hijo. Entonces, se concluye que la entidad demandada no puso al alcance de la accionante los mecanismos administrativos de defensa que podía usar para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, de modo que la acción de tutela se torna procedente.

3.2.3. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela.

La inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer de esta acción un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz.

Por ello, es indispensable estudiar en cada caso en concreto, si la tutela es presentada cuando la vulneración se encuentra vigente en el tiempo, toda vez que es necesario que la acción sea promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran vulneratorios de derechos fundamentales, con el fin de evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe la transgresión o amenaza de los derechos. En consecuencia, ante la injustificada demora en la interposición de la acción, se torna improcedente el mecanismo extraordinario.

Entonces, se tiene que en el presente caso: i) el auto de apertura de investigación de protección y donde se ordenó como medida provisional de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, la ubicación en hogar sustituto, es de fecha junio 29 de 2012[45]; ii) la peticionaria aduce que el 5 de julio de 2012 se enteró, a través de la Alcaldía de Venecia, que su hijo se encontraba bajo protección del ICBF Regional Barahona ante un presunto abandono; iii) el auto mediante el cual la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona manifestó que no le había sido posible notificar personalmente a la madre del niño del inicio del proceso de restablecimiento de derechos iniciado a su favor, tiene fecha del 10 de julio de 2012[46]. En éste, ordenó la citación en los términos del artículo 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia – cuando se desconoce el paradero de las personas llamadas a comparecer- y a folio 47 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos consta que, en efecto, se surtió la publicación pertinente en el espacio televisivo y en la página de Internet del ICBF[47]; y iv) la presente tutela se interpuso el 12 de septiembre de 2012.

De lo anterior se deriva que en este caso se cumple con el requisito de inmediatez, pues si bien el auto de apertura de investigación, que se dictó como medida provisional de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, y que decretó la ubicación en hogar sustituto, es de fecha del 29 de junio de 2012, la peticionaria hasta el 5 de julio de 2012 fue que se enteró que su hijo se encontraba bajo custodia del ICBF Regional Barahona, y que dicha entidad había iniciado proceso de restablecimiento de derechos a su favor, y la presentación de la acción de tutela fue el 12 de septiembre de 2012, es decir, 2 meses y 7 días después. Por tanto, el término transcurrido entre los hechos y la presentación de la acción es razonable, y evidencia que la transgresión era actual en el momento en que se hizo uso de la tutela para el amparo de los derechos y, continúa en el tiempo.

3.2.4. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados.

La accionante ha identificado razonablemente tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados, pues aduce que el auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño no se le notificó personalmente, pese a que la ESE Hospital San Luis tenía los datos necesarios para su ubicación.

3.2.5. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela.

La presente acción de tutela se dirige contra el acto administrativo expedido por la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, por medio del cual abrió investigación de protección a favor de Carlos y adoptó como medida provisional de restablecimiento de sus derechos la ubicación en hogar sustituto, y no contra un fallo de tutela.

3.3. EL ICBF INCURRIÓ EN LA CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL Y/O ACTO ADMINISTRATIVO DENOMINADA DEFECTO PROCEDIMENTAL.

3.3.1. Tal como se expuso precedentemente, el defecto procedimental se presenta, entre otras circunstancias, cuando el funcionario se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, porque se ciñe a uno completamente ajeno al pertinente, o porque omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso.

Entonces, considera la Sala que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona incurrió en un defecto procedimental, al no surtir el trámite de la notificación personal del auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos por presunto abandono a su progenitora, en los términos del artículo 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia, bajo el argumento de no saber su paradero, pese a que en el expediente existían datos que de haber sido tenidos en cuenta le hubiesen servido para dar con el paradero de la interesada.

Así las cosas, se tiene que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, debió desplegar mayores acciones para localizar a la madre del niño, y así notificarle personalmente del inicio del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de su hijo, como ordena el artículo 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En este sentido, esta Sala observa que en el expediente consta que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona fue puesta en aviso del presunto abandono del niño por la Clínica del Carmen de Barahona, institución que le brindó la asistencia médica que necesitaba, y quien alegó no contar con los datos de contacto de la madre del menor de

edad.

No obstante, de las pruebas obrantes en el expediente también se acredita que tanto la Clínica del Carmen de Barahona como la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona sabían que el menor de edad fue remitido de Hospital San Luis de Venecia.

También existe prueba de que el 9 de julio de 2012, la Alcaldía Municipal de Venecia solicitó a la Clínica del Carmen de Barahona “información sobre la situación diagnóstica del niño Carlos”; además, manifestó que “cualquier información que requieran pueden comunicarse con el Dr. Luis Solano-Secretario de Salud al 8251xxx. Con el coordinador de la primera infancia al: 320609xxxx-8251xxx”[48].

Entonces, se tiene que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona contaba con las herramientas necesarias para averiguar la dirección o el número de contacto de la madre del niño, pero omitió hacerlo, lo cual devino en un defecto procedimental al interior del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, pues el Código de la Infancia y la Adolescencia establece que una vez la autoridad competente abra el proceso administrativo de restablecimiento de derechos a través del auto de apertura de investigación, citará a los padres y/o a los presuntos amenazadores o vulneradores de los derechos de los niños, a comparecer al despacho de la autoridad competente, con el fin de que puedan defender de manera personal su causa, ello en pro del interés superior del menor de edad. En particular, el artículo 102 del citado Código establece:

“(…) una vez la autoridad competente abra el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, citará a los padres de los niños, las niñas o los adolescentes, a los familiares responsables de los mismos, terceros que tengan su cuidado o a la autoridad tradicional de los grupos indígenas, afro colombianos, raizales o rom, y a los presuntos amenazadores o vulneradores, para que comparezcan al despacho.

Cuando se conozca la identidad y la dirección de las personas a citar, la autoridad de que se trata procederá conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil para la notificación personal. Por el contrario, cuando se ignore la identidad o la dirección de quienes deban ser citados, la citación se realizará mediante publicación en una página de Internet del ICBF por tiempo no inferior a cinco días, y por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuere posible[49]”(Subraya fuera de

texto).

Ahora bien, en cuanto a la notificación personal, es de recordarse que este Tribunal Constitucional ha sido unánime en sostener que “la notificación en cualquier clase de proceso, se constituye en uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en cuanto garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de dar aplicación concreta al debido proceso, mediante la vinculación de aquellos a quienes les concierne la decisión judicial notificada, es un medio idóneo para lograr que el interesado ejercite el derecho de contradicción, planteando de manera oportuna sus defensas y excepciones. De igual manera, es un acto procesal que desarrolla el principio de seguridad jurídica”[50].

Entonces, para la Sala es clara la obligación que existe en cabeza de la autoridad administrativa competente (ICBF-Defensores de Familia y Comisarios de Familia), de ubicar al padre, madre, y/o familiares responsables del niño, niña o adolescente a favor de quien se inicia proceso de restablecimiento de derechos para efectos de informarle sobre la existencia de éste, cuando existan datos a través de los cuales se pueda inferir su paradero.

Ahora bien, en el caso sub examine se encuentra, como ya se dijo, que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona no actuó con la diligencia requerida en este tipo de procesos para localizar a la madre del niño y lograr su comparecencia personal al proceso, circunstancia que quiso ser subsanada por la entidad demandada mediante: i) la afirmación de que con la presentación del derecho de petición de fecha 30 de julio de 2012, la progenitora del niño se daba por notificada por conducta concluyente; y ii) que mediante auto del 10 de julio de 2012, ante la imposibilidad de realizar la diligencia de notificación personal del auto de apertura a la familia extensa del niño “se había realizado mediante emplazamiento”.

Frente a este punto, la Sala considera que no es de recibo la actuación de la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, pues la obligación que tiene la autoridad administrativa es poner en conocimiento de los responsables del menor de edad, el inicio de este procedimiento de restablecimiento de derechos, máxime, se reitera, si del material probatorio recaudado en el curso de la investigación se hallan datos que permitan su

ubicación.

Respecto a este punto es necesario traer a colación las pruebas obrantes en el expediente, de las cuales se lee que:

i) Mediante auto 043 del 29 de junio de 2012, la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona decretó la apertura de la investigación dentro del proceso de restablecimiento de derechos a favor de Carlos[52].

ii) Mediante auto del 10 de julio de 2012, la entidad accionada manifestó que “toda vez que no ha sido posible notificar en forma personal a la familia extensa, ni a las personas que por ley deben tener el cuidado personal del niño Carlos por desconocer su domicilio exacto la citación deberá realizarse por transmisión en medio masivo de comunicación en consecuencia dispone: 1.Ordenar la citación, y emplazamiento de la señora Camila (...) una vez realizada la publicación continuar con el proceso (...)”[53].

iii) El día 23 de agosto de 2012, el Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona dio respuesta al derecho de petición-“sin fecha, recibido el 2 de agosto de 2012”-de la señora Camila, mediante el cual manifestó, entre otras cosas, que: “con la presentación de este escrito usted queda notificada por conducta concluyente”[54]. (Subrayado fuera del texto).

iv) Auto del 3 de septiembre de 2012, mediante el cual la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona expresó que “a partir de la fecha se asume, por encontrarse incapacitada la titular, desde el 19 de julio a la fecha, por lo que se hace necesario avocar el conocimiento dentro de la actuaciones administrativas que se llevan a cabo, a favor del niño y/o niña Carlos. (...) Continuar con las actuaciones administrativas de la presente”[55].

v) El día 5 de septiembre de 2012, la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona solicitó al Comisario de Familia de Venecia, estudio socio familiar al entorno familiar del niño Carlos.

vi) El 12 de septiembre de 2012, la Oficina de Comunicaciones y Atención al Ciudadano del ICBF, informó a la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona que el 6 de septiembre

de 2012, en el espacio institucional de televisión “Los niños buscan su hogar” se emitieron los datos y la fotografía de Carlos en los canales de publicación “CARACOL, CITYTV, CAPITAL, SEÑALA COLOMBIA, FÁTIMA TV, CANAL 55, CANAL UNIVERSITARIO”.

vii) Mediante comunicación del 9 de octubre de 2012, la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona le informó al Procurador de Familia de Barahona, que el 29 de junio de 2012 se había iniciado investigación dentro del proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos.[56]

viii) Mediante aviso de fecha 1° de noviembre de 2012, la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona notificó a la señora Camila del auto de apertura que dio inicio al proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos[57].

En resumen, se tiene que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, el 10 de julio de 2012, dictó auto mediante el cual “ordenó la citación y emplazamiento de la señora Camila, al no ser posible su notificación personal”, pero hasta el 6 de septiembre de 2012, “en el espacio de televisión Los niños Buscan su Hogar y en Intranet/Programa Los Niños Buscan su Hogar, se emitieron los datos de Carlos”, por cuanto, “desde el 19 de julio de 2012 hasta el 3 de septiembre de 2012 la funcionaria titular se encontraba incapacitada”[58]; no obstante, antes del “emplazamiento” de que trata el auto citado, aunque la norma se refiere a la notificación personal, la madre del niño quedó “notificada por conducta concluyente”, pues el 23 de agosto de 2012 la entidad accionada respondió el derecho de petición interpuesto por la actora el 2 de agosto del mismo año[59].

Entonces, del recuento probatorio anterior se puede concluir que: i) no existe prueba en el expediente que acredite que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona indagó sobre el paradero de la familia del niño Carlos para notificarle personalmente el auto de apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos adelantado a su favor; ii) si bien en el expediente existe prueba de que la madre del niño finalmente tuvo conocimiento de este proceso, y por ello se le notificó por conducta concluyente, ello no subsana la irregularidad en la que incurrió la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, al no agotar todos los medios que tenía a su alcance para localizarla, y con ello aplicar el artículo 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que remite a la notificación personal en los términos del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, se precisa que al encontrarse comprometido no sólo el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, sino también el derecho de defensa de la madre, la cual debe contar con la oportunidad de desvirtuar el presunto abandono en el que incurrió frente a su hijo, razón por la cual dicha autoridad debe extremar los rigores en el cumplimiento exacto de los preceptos constitucionales y legales, con miras a obtener la comparecencia de estas personas al proceso para asegurar así el ejercicio personal de su derecho de defensa.

Entonces, carece de todo sentido y explicación que se pretenda trasladar a la interesada la responsabilidad de hacerse presente en el asunto, buscando al funcionario que pueda estar adelantando el proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de su hijo, como parece exigirlo la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona en la respuesta emitida al derecho de petición interpuesto por la señora Camila[60], exigencia que resulta irrealizable si para aquélla ha sido materialmente imposible tener conocimiento sobre la iniciación del trámite administrativo.

Así las cosas, esta Sala considera que si dentro de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos que se inician a favor de los menores de edad existen datos anotados en el expediente contentivo del proceso como la descripción de circunstancias particulares que conduzcan a la identificación y localización física del interesado, éstos deben agotarse para garantizar la comparecencia personal del interesado o los interesados al proceso y hacer efectivo el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción.

Por ejemplo, esta Corporación ha declarado la nulidad de lo actuado al interior de otro tipo de procesos, cuando ha existido indebida notificación o cuando por parte del funcionario judicial y/o administrativo no se ha desplegado la actividad suficiente para la correcta ubicación de quien es interesado. Estas decisiones se han adoptado por considerar que al no propenderse por una real notificación de quien es interesado, existe violación del debido proceso y del derecho de defensa.

En este sentido, la Sentencia T-003 de 2004[61] mencionó que de no realizarse una adecuada notificación, lo cual implica que “si las autoridades judiciales no agotan los medios necesarios para asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, se estaría en presencia de una eventual vía de hecho, por cuanto habría una omisión por parte del Estado

en la efectiva comparecencia de quien es requerido por la administración de justicia. Es decir, hay un defecto procedimental, en el sentido en que creyendo cumplir con la ley se actúa al margen de ésta, ya que no se agotan los medios precisos para ubicar a quien está siendo inculcado”. (Subrayado fuera del texto).

Por consiguiente, se puede concluir que la notificación es una herramienta procesal que permite la efectiva garantía del derecho de defensa y del debido proceso. En este sentido, es el acto de comunicación procesal de mayor importancia, pues permite que el interesado ejercite personalmente sus derechos de contradicción e impugnación.

Entonces, la especial relevancia que reviste la notificación lleva implícita la obligación por parte de la autoridad judicial y administrativa de hacer una búsqueda del interesado, agotando la información que tiene a su alcance, para ubicarlo e informarle del trámite en curso.

3.3.2. Por otra parte, esta Sala se pregunta si la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona en lugar de solicitar, el 5 de septiembre de 2012[62], apoyo al Comisario de Familia de Venecia, para que realizara un estudio socio familiar al hogar de la señora Camila, cuyo fin era “determinar los factores de riesgo y protectores para la vigencia de los derechos del niño en ese hogar”[63], debió remitir el expediente a dicha autoridad para que continuara adelante con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Lo anterior, por cuanto si bien en los términos del artículo 97 del Código de la Infancia y la Adolescencia: para promover la realización y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de amenaza o vulneración de sus garantías fundamentales, es competente la autoridad (defensores de familia y comisarios de familia) del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente, también lo es que pudo asumir a prevención el inicio del trámite administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos y con base en los antecedentes particulares del presente caso, esto es, que el lugar de su residencia y el de su madre era Venecia, debió remitirlo al Comisario de Familia para que continuara adelante con el proceso administrativo. En este respecto, cabe recordar el contenido del artículo 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia que preceptúa lo siguiente: “...en los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que este Código le atribuye serán cumplidas por el comisario de

familia”.

En este orden de ideas, como en el municipio de Venecia no hay Defensor de Familia, la remisión del expediente -en lugar de solicitar su apoyo en aplicación concreta del interés superior del niño y realizar el derecho de defensa de su progenitora-, debió realizarse al Comisario de Familia de este municipio.

Entonces, se enfatiza que aunque la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona sí tenía competencia para iniciar el proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos, pues él se encontraba en la ciudad de Barahona, en la Clínica del Carmen, lugar donde presuntamente fue abandonado por su madre, también lo es que del análisis de las circunstancias particulares del caso debió remitirlo al Comisario de Familia de Venecia. Además, de que esta determinación protegía en mayor grado los derechos del niño y de su progenitora como acaba de anotarse, también existen otras razones que reafirman esta conclusión como las siguientes:

i) A pesar de la solicitud elevada por la Defensora de Familia Regional Barahona, la Comisaría de Familia de Venecia, hasta el 14 de noviembre de 2012, no se había manifestado acerca de los hallazgos del estudio socio familiar requerido, ante lo cual esta autoridad debió poner en conocimiento la demora del trámite solicitado[64], ante el Procurador Provincial de Rosales y la Secretaría General y de Gobierno de Venecia.

ii) Aunque la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona desplegó actuación administrativa tendiente a definir la situación socio familiar de la progenitora del niño, con el fin de determinar la medida de restablecimiento de derecho a adoptar, es reprochable el hecho de que ésta, aun sabiendo desde el 2 de agosto de 2012 (fecha en que recibió el derecho de petición elevado el 30 de julio de 2012 por la madre del niño, en el cual dio a conocer su lugar de notificación) que la señora Camila se encontraba en Venecia[65], solo hasta el 13 de marzo de 2013 y, por sugerencia de la Subdirección de Restablecimiento de Derechos del ICBF[66], trasladó la historia de atención del niño Carlos, pero al Centro Zonal Oasis, Municipio de Rosales, pese a que “la familia del niño reside en Venecia”.

De lo expuesto se concluye que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona desde que tuvo conocimiento acerca de que la madre del menor de edad residía en Venecia, debió trasladar el caso a ese municipio, en aplicación del artículo 98 del Código de la

Infancia y la Adolescencia, que establece que en el municipio donde no haya defensor de familia, las funciones quedan a cargo del comisario de familia.

Observa la Sala que el hecho de haber trasladado el proceso al ICBF Centro Zonal Oasis, Municipio de Rosales, también materializa una irregularidad de parte de la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, pues debió tener en cuenta que al residir la madre del menor de edad en Venecia (lugar donde siempre vivió con su hijo), el proceso debía ser remitido a ese municipio, pues con ello se le garantizaría una defensa real y efectiva de sus derechos, pues al ser una persona de escasos recursos, muy posiblemente no tiene dinero para trasladarse hasta Rosales para estar pendiente de las actuaciones procesales que al interior del proceso administrativo de restablecimiento de derechos se surtan.

Como quedó visto, el hecho de que este proceso fuera trasladado tardíamente y a una autoridad administrativa diferente a la que ordena el Código de la Infancia y la Adolescencia, impidió a la señora Camila su derecho de defensa, y lo que es peor, mantener contacto con su hijo.

Entonces, la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, quien tenía pleno conocimiento de que la madre del niño reside en Venecia y, que le era imposible trasladarse hasta Barahona, por contera también hasta Rosales, a estar pendiente del niño y de las actuaciones procesales que se adelantaban en el marco del proceso de restablecimiento de derechos, pues así lo había hecho saber al manifestar en el derecho de petición del 30 de julio de 2012, su estado de pobreza[67], debió remitir el caso al Comisario de Familia de Venecia. Adicionalmente, tanto la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona como el Defensor de Familia del Centro Zonal Oasis –a donde fue remitido el proceso-, debieron tomar medidas encaminadas a eliminar esta barrera y garantizar la participación de la interesada dentro de proceso, por ejemplo, remitiendo el caso a la autoridad administrativa más cercana al domicilio de la señora, es decir, al Comisario de Familia de Venecia.

3.3.3. Por otro lado, observa la Sala que el Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona que asumió el conocimiento del caso desde el 14 de diciembre de 2012 hasta el 24 de enero de 2013[68], incurrió en otro error de procedimiento en la actuación administrativa desplegada para el restablecimiento de los derechos del niño Carlos, derivado del hecho de

no haber realizado la audiencia para la expedición de la resolución de vulneración de derechos de que trata el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual consagra que:

“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.

Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el Juez resolverá en un término no superior a 10 días”. (Subrayado fuera del texto).

En este orden de ideas, la Sala observa que el Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona, el 21 de diciembre de 2012, dictó la Resolución N° 145, “Por medio de la cual se declara la vulneración de derechos del niño Carlos y se adoptan las siguientes medidas (...) Declarar vulnerado el derecho de protección del niño Carlos, por la presunta situación de vulneración, amenaza e inobservancia del derecho consagrado en los artículos 20 numeral

1. Continuar restableciendo el derecho de protección y para ello manténgase la medida de ubicación en hogar sustituto (...)”[69]; no obstante, de la lectura del material probatorio anexado al expediente, se lee que en este proceso no existe: i) auto que haya fijado fecha para audiencia de pruebas (por contera tampoco hay citación ni notificación por estado del auto que fija la fecha para pruebas, traslado de pruebas y fallo); ii) audiencia en la que se hayan practicado las pruebas y en la que se haya fallado mediante resolución; y iii) notificación de la resolución de vulneración de derechos[70], lo cual se traduce en un desconocimiento del derecho al debido proceso y a la defensa de la señora Camila, quien no tuvo la oportunidad procesal de pronunciarse y presentar las pruebas que considerara necesarias para la defensa de sus intereses, ni tampoco controvertir las recaudadas en curso del trámite administrativo.

Frente a este punto, como ya se indicó en precedencia, el Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona incurrió en un desconocimiento del trámite consagrado en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en consecuencia, la autoridad administrativa al dictar la Resolución N° 145 del 21 de diciembre de 2012, incurrió en un defecto procedimental absoluto, que conllevó la vulneración del derecho al debido proceso de la accionante.

Ahora bien, como el párrafo 2° del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que el defensor de familia debe fallar en un término de 4 meses prorrogables por 2 meses más, y en el presente caso la autoridad competente falló faltando 8 días para que se cumpliera el plazo pactado en la ley[71], esta Sala encuentra, ante las irregularidades evidenciadas, que en la actualidad la autoridad administrativa perdió competencia para decidir acerca del restablecimiento de derechos del niño Carlos, conclusión que se amplía con la exposición de los siguientes argumentos:

El párrafo 2° del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, referente al trámite del proceso de restablecimiento de derechos consagra que:

“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". (Subrayado fuera del texto).

A la luz de la anterior normativa, si bien la resolución de fallo se dictó dentro del término legal, esto es, se emitió el 21 de diciembre de 2012 y el auto de apertura de investigación se profirió el 29 de junio de 2012, no cumplió con las exigencias contenidas en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, tal y como se explicó en el numeral 3.3.3, lo que devino en una vulneración al debido proceso de la peticionaria. Por tanto, ante la estructuración de dicho defecto procedimental y la consecuente pérdida de efectos jurídicos de esa resolución, en la actualidad, por el paso del tiempo, la autoridad administrativa perdió competencia; pues, se ha superado considerablemente el término de los 6 meses que debe durar la actuación administrativa para resolver el asunto.

El parágrafo 2° del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece la regla a seguir cuando la autoridad administrativa ha perdido competencia para asumir el conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos. En palabras de la norma citada:

“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.”[72].

En cuanto a la competencia del Juez de Familia para adelantar procedimientos judiciales de restablecimiento de derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 120 del Código de la Infancia y la Adolescencia consagra que: “El juez municipal o promiscuo municipal conocerá de los asuntos que la presente ley atribuye al juez de familia, en única instancia[73]en los lugares donde no exista éste”, de lo que se deriva que, como en el municipio de Venecia no existe Juez de Familia deberá remitirse el expediente al Juez Promiscuo Municipal[74], para adelantar las actuaciones pertinentes.

3.3.4. Adicionalmente, esta Sala encuentra censurable la actuación de la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, quien mediante respuesta adiada al 23 de agosto de 2012, respecto a las copias solicitadas por la madre del niño del proceso de restablecimiento de sus derechos, haya manifestado que: “De las copias solicitadas le manifiesto que estas fueron autorizadas a su costa y que el expediente administrativo de Carlos, permanecerán (SIC) a partir de la fecha en la secretaría de esta Defensoría para que usted realice el trámite (...)”.

En el sentir de la Sala, la anterior actuación también vulneró el derecho de defensa de la señora Camila, pues aunque se le dijo que podía tener copia del proceso de restablecimiento de derechos de su hijo, ello se condicionó a que se trasladara a Barahona y a través de sus propios recursos obtuviera el material que necesitaba para ejercer su derecho de defensa y contradicción, pese a que como ya se dijo, ella había expresado la difícil situación económica que afrontaba.

3.3.5. Conclusión

3.3.5.1. Como se manifestó en precedencia, en el presente caso la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona incurrió en una irregularidad de tipo procedimental, que obstruyó la materialización de los derechos al debido proceso, de defensa y de los principios del interés superior del niño, al no notificar de forma personal a la accionante el auto de apertura de investigación del proceso de restablecimiento de derechos a favor de

su hijo cuando tenía información acerca del lugar donde podría ubicarla.

Lo anterior, le impidió a la madre del niño controvertir directa y contundentemente el presunto abandono, y presentar sus argumentos para esclarecer las circunstancias fácticas del caso y la toma de una decisión que garantizara la realización de sus derechos y los de su hijo.

3.3.5.2. Pero la irregularidad de la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona no solo se materializa en la falta de notificación personal del auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos a favor de Carlos, a la señora Camila teniendo indicios para su ubicación, sino también en el hecho de haber condicionado la obtención de las copias del proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño a su traslado a la ciudad de Barahona y al pago de éstas, a pesar de que tenía conocimiento la ausencia de recursos económicos; lo que se traduce en una verdadera traba administrativa que le obstaculizó ejercer su derecho de defensa y contradicción.

También, se evidencia que en aplicación del interés superior del menor de edad y en aras de garantizar el derecho de defensa de la progenitora, sobre todo, ante la existencia de datos que indicaban el lugar de residencia de los dos, la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, una vez conoció del proceso administrativo a prevención debió remitirlo a la Comisaría de Familia de Venecia; ello, hubiese asegurado que ésta ejerciera una buena defensa de sus intereses como también la interacción permanente entre madre e hijo- con el consecuente fortalecimiento de los lazos afectivos entre los dos-, hasta tanto se decidiera cuál sería la medida de restablecimiento de derechos que en definitiva se adoptaría.

3.3.5.3. Por otro lado, observa la Sala que el Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona (quien asumió el conocimiento del proceso mientras la Defensora de Familia que lo conoció en principio se encontraba de vacaciones), incurrió en otro error de procedimiento en la actuación administrativa desplegada para el restablecimiento de los derechos del niño Carlos, derivado del hecho de actuar en contravía de lo preceptuado en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, al: i) no haber dictado auto fijando fecha para audiencia de pruebas y fallo; ii) no haber realizado audiencia en la que se hayan practicado y trasladado las pruebas, y en la que se haya fallado mediante

resolución; y iii) no haber notificado la resolución de vulneración de derechos, desconociendo con ello los derechos al debido proceso y a la defensa de la señora Camila, quien no tuvo la oportunidad procesal de pronunciarse y hacer valer las pruebas que considerara necesarias para la defensa de sus intereses, ni controvertir las existentes en el proceso administrativo.

Si bien la resolución mediante la cual se declaró la vulneración de los derechos del niño, y se ratificó como medida de restablecimiento a su favor la ubicación en hogar sustituto, se dictó en término, pues desde la apertura de investigación (29 de junio de 2012)[75], hasta la expedición de dicha resolución (21 de diciembre de 2012)[76], pasaron los 6 meses que máximo debe durar el proceso, a la luz del párrafo 2 del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la Sala encuentra que ésta no se dictó conforme al mandato del artículo 100 del citado código, lo que conlleva la estructuración de un defecto procedimental absoluto. En consecuencia, en la actualidad, por el paso del tiempo no es posible que esta Corporación emita una orden encaminada a la autoridad administrativa para que vuelva a emitir una nueva resolución de fallo observando las formalidades legales fijadas para ello, porque actualmente carece de competencia para seguir asumiendo el conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos a favor del hijo de la actora. Por tanto, el expediente contentivo de este caso debe ser remitido al Juez Promiscuo Municipal de Venecia para que adelante las actuaciones judiciales pertinentes en este caso, en virtud del párrafo 2° del artículo 100, 119 y 120 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

3.3.5.4. Ahora bien, en el caso sub examine se tiene que la Alta Consejería Presidencial para Programas Especiales, solicitó a la Subdirección de Restablecimiento de Derechos del ICBF la revisión de este caso, por lo que ésta última comisionó a una psicóloga y a una trabajadora social para que se desplazaran a Venecia a realizar un estudio psicológico y social a la señora Camila, para revisar la procedencia del reintegro del niño al núcleo familiar. Como resultado de esta comisión, se tiene que, desde el aspecto psicológico, la señora Camila “aparentemente no posee una estructura mental que garantice la educada protección de su hijo”, por cuanto “tiene una forma itinerante de vida, ha tenido 5 hijos y no ha desempeñado las labores de crianza con ninguno de ellos, aparentemente es inestable emocionalmente, presenta actitudes tales como impresiones, inconsistencias y contradicciones en su relato, su repertorio verbal no es el adecuado para

su edad y su pensamiento es poco reflexivo (...) [77]”.

Por tanto, la Sala considera que de conformidad con la prueba señalada en precedencia, resulta evidente que la imposición de la medida de restablecimiento de derechos, consistente en un hogar sustituto, fue proporcional, pues con ella se busca la satisfacción de un derecho constitucionalmente protegido, pues de conformidad con el acervo probatorio, el niño fue presuntamente abandonado, y su madre no cuenta con las garantías psicológicas para asumir su cuidado.

3.3.5.5. Entonces, la actuación administrativa de intervención en la faceta iusfundamental del derecho a la preservación de la unidad familiar, era necesaria, por cuanto se fundó en una lógica de graduación. En efecto, una vez recibida la información del presunto abandono del niño, y dada la determinación de la condición psicológica de la madre de éste, la medida de separación del menor de edad de su entorno familiar, además de necesaria era proporcional, por cuanto el sacrificio del derecho fundamental a la unidad familiar, fue compensado por el beneficio que obtuvo el niño en cuanto a la garantía de sus derechos fundamentales.

3.3.5.6. Por consiguiente, la Sala resalta la importancia de la labor del ICBF en la protección de la niñez y la adolescencia colombiana, la cual se logra con la prevención de la vulneración de sus derechos y con la gestión de las modalidades de restablecimiento de sus garantías, lo que exige, de parte de esta entidad, el desempeño de un papel activo y comprometido con la tarea de proteger y propender por la realización efectiva de los derechos fundamentales de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y de cada uno de sus miembros.

Es decir, el Estado está obligado a respetar la responsabilidad primaria de los progenitores en el cuidado y orientación de sus hijos- para ello debe proporcionarles asistencia material y programas de apoyo psicosociales-. También está obligado a evitar que los niños, niñas y adolescentes tengan que ser separados de sus familias, a menos que las autoridades administrativas determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en aplicación concreta del principio del interés superior del niño.

En vista de lo anterior, se puede decir entonces que si bien la separación de los niños de sus

familias debe ser la última opción que deban contemplar las autoridades administrativas a la hora de restablecer los derechos de los menores de edad, ello deviene reforzado cuando de circunstancias de pobreza se trata, pues es inaceptable que por la particularidad de carecer de recursos económicos se separe a un niño de su familia, por cuanto, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella no está supeditado a cuestiones monetarias. Por el contrario, al ser la familia un grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria de parte del Estado (económica, psicológica, nutricional, entre otras) para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.

3.3.5.7. Por otra parte, es importante referirse al hecho de que si bien la Clínica del Carmen de Barahona dio aviso a la autoridad competente sobre el presunto abandono del niño y que, en aras de proteger sus derechos fundamentales, su actuación se encuentra justificada, también lo es que hubiera sido importante tratar de establecer algún tipo de comunicación con su progenitora y con la información que tenía a su alcance descartar cualquier evento que explicara su actuación.

Lo anterior no obsta para que las personas y entidades en general, cuando de las circunstancias fácticas de cada caso evidencien el real abandono de un menor de edad, procedan a dar aviso de inmediato a las autoridades competentes para que tomen las medidas concernientes a la protección de los derechos de los niños.

3.3.5.8. En efecto, analizando en conjunto el procedimiento trazado para las actuaciones administrativas de restablecimiento de los derechos del menor de edad que se expuso en precedencia, la Corte encuentra que se incurrió en irregularidades que afectan el ejercicio del derecho de defensa y contradicción y la garantía del derecho fundamental al debido proceso de la progenitora del menor de edad como familia biológica.

La primera de las irregularidades se deriva del hecho de que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona no haya procurado por todos los medios la notificación personal del auto de apertura de la investigación proferido el 29 de junio de 2012, en la forma en que lo establece el artículo 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia; la segunda de ellas derivada del hecho de no haber trasladado antes el proceso a la Comisaría de Familia de

Venecia, pese a tener conocimiento que la madre del niño se encontraba en Venecia (ese es el lugar donde siempre ha vivido la madre y su hijo), y que le era imposible trasladarse a Barahona y a Rosales para estar pendiente del proceso, vulnerándole con ello su derecho a la defensa; y la tercera irregularidad proviene del hecho de que el Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona no realizó la audiencia para practicar pruebas, trasladar pruebas y fallar el caso, de conformidad con el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, lo cual se traduce en un desconocimiento del derecho al debido proceso y a la defensa de la señora Camila, quien no tuvo la oportunidad procesal de pronunciarse y hacer valer las pruebas que considerara necesarias para la defensa de sus intereses.

3.3.5.9. Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que aún siendo evidente las irregularidades en que incurrieron los Defensores de Familia del ICBF Regional Barahona, es clara la necesidad de intervención del ICBF en este caso, pues i) existe sospecha fundada de que la madre del menor de edad lo abandonó en la Clínica del Carmen de Barahona; ii) desde el aspecto social “la señora Camila no ha desempeñado las labores de crianza con ninguno de sus 5 hijos, incluido Carlos”[78]; y iii) desde el aspecto psicológico la señora Camila “aparentemente no posee una estructura mental que garantice la educada protección de su hijo”[79], por lo que la Sala considera que este asunto debe ser remitido al Juzgado Promiscuo de Venecia, para que, en ejercicio de sus funciones, asuma el conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos, con la observancia de las reglas que rigen el mismo.

3.3.5.10. Por otra parte, si bien este caso versa sobre la presunta vulneración de los derechos del niño Carlos, la Sala no puede dejar de lado el hecho de que en las pruebas allegadas al expediente se lee que “Camila no ha desempeñado las labores de crianza con ninguno de sus 5 hijos, incluido Carlos”[80], por lo que se ve en la necesidad de tomar medidas inmediatas tendientes a amparar los derechos de los otros hijos de la señora.

Por lo anterior, la Sala pone en conocimiento del Comisario de Familia de Venecia este hecho, para que verifique el estado de vulnerabilidad de los derechos de estos niños, y tome las medidas que considere necesarias para superar cualquier circunstancia que los esté afectando desde una perspectiva psicológica, emocional, física, y de salud.

En virtud de lo expuesto, esta Sala tutelaré los derechos invocados por la señora Camila.

3.4. LAS ÓRDENES A IMPARTIR

La Sala de Revisión adoptará las siguientes decisiones:

3.4.1. Revocará la sentencia proferida el 24 de enero de 2013 por la Sala Cuarta de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barahona, que confirmó la sentencia del 16 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad que negó la protección de los derechos invocados y en su lugar se concederá la tutela del derecho fundamental al debido proceso de la señora Camila y a tener una familia y no ser separado de ella del niño Carlos.

3.4.2. En consecuencia, se dejará sin efectos la resolución N° 145 del 21 de diciembre de 2012, emitida por el Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona, por medio de la cual falló el proceso de restablecimiento de derechos adelantado a favor del niño Carlos y declaró la vulneración de sus derechos y adoptó como medida de protección su ubicación en hogar sustituto.

3.4.3. Ante la pérdida de competencia del ICBF para resolver este caso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se ordenará enviar el proceso al Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia, para que avoque proceso judicial de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos, el cual deberá llevarse a cabo en máximo 6 meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia.

Es de aclararse que el proceso se enviará al Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia, dado que en ese municipio no existe Juzgado de Familia, por lo que, en virtud del artículo 120 del Código de la Infancia y la Adolescencia, “el juez civil municipal o promiscuo municipal conocerá de los asuntos que la presente ley atribuye al juez de familia, en única instancia en los lugares donde no exista este”.

En cuanto al término máximo de 6 meses, la Sala considera que éste es razonable, máxime si se tiene en cuenta que es el mismo estipulado por el Código de la Infancia y la Adolescencia para que el ICBF lleve a cabo un proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad y ante las circunstancias particulares que rodean el caso de Carlos.

3.4.5. En consecuencia, se ordenará que se le permita a la señora Camila, realizar visitas constantes a Carlos. Para ello, el ICBF deberá poner a disposición del menor de edad y de su madre, personal especializado, como trabajadores sociales y psicólogos, que les brinden las herramientas para que la recuperación de sus lazos familiares no cause un impacto emocional negativo, especialmente en el niño, ello, hasta tanto el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia tome una decisión de fondo dentro del trámite judicial de restablecimiento de los derechos del menor de edad.

3.4.6. La Sala pondrá en conocimiento del Comisario de Familia de Venecia, lo atinente a la verificación del estado de vulnerabilidad de los derechos de los demás hijos de la peticionaria, y tome las medidas que considere necesarias para superar cualquier circunstancia que los esté afectando de manera psicológica, emocional, física, y en su salud, ya que según valoración psicosocial[81], “Camila no ha desempeñado las labores de crianza con ninguno de sus 5 hijos, incluido Carlos”[82].

3.4.7. Por Secretaría General se compulsarán copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales inicie las investigaciones a que haya lugar contra los Defensores de Familia del ICBF Regional Barahona que intervinieron en el proceso administrativo de protección el cual dio origen a la resolución que declaró en estado de abandono al niño Carlos.

3.4.8. Se ordenará a la Secretaría General de la Corte Constitucional que los nombres y los datos que permitan identificar al niño sujeto de esta acción o a sus familiares sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, se ordenará por Secretaría General a todas las instituciones y entidades que de una u otra manera han intervenido en este proceso, que se encarguen de salvaguardar la intimidad del niño y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre todos los datos que permitan su identificación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos decretada por esta Sala de Revisión.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2013 por la Sala Cuarta de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barahona, que confirmó la sentencia del 16 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad que negó la protección de los derechos invocados y en su lugar CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso de la señora Camila y a tener una familia y no ser separado de ella del niño Carlos.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTO la resolución N° 145 del 21 de diciembre de 2012, emitida por el Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona, por medio de la cual falló el proceso de restablecimiento de derechos adelantado a favor del niño Carlos y declaró la vulneración de sus derechos y adoptó como medida de protección su ubicación en hogar sustituto.

CUARTO. En consecuencia, ORDENAR la remisión del expediente administrativo al Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia, para que en el término máximo de 6 meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia, tome una decisión de fondo respecto al restablecimiento de los derechos del niño Carlos.

QUINTO: ORDENAR que el niño Carlos permanezca en hogar sustituto hasta cuando el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia tome una decisión dentro del trámite judicial de restablecimiento de sus derechos.

SEXTO: ORDENAR que se le permita a la señora Camila, realizar visitas constantes a Carlos. Para ello, el ICBF deberá poner a disposición del menor de edad y de su madre, personal especializado, como trabajadores sociales y psicólogos, que les brinden las herramientas para que el restablecimiento de sus lazos familiares no cause un impacto emocional negativo, especialmente en el niño, ello, hasta tanto el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia tome una decisión dentro del trámite judicial de restablecimiento de los derechos del menor de edad.

SÉPTIMO: PONER EN CONOCIMIENTO del Comisario de Familia de Venecia, lo atinente a la verificación del estado de vulnerabilidad de los derechos de los demás hijos de la peticionaria, y tome las medidas que considere necesarias para superar cualquier

circunstancia que los esté afectando desde la perspectiva psicológica, emocional, física, y de salud.

OCTAVO: COMPULSAR copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales inicie las investigaciones a que haya lugar contra los Defensores de Familia del ICBF Regional Barahona que intervinieron en el proceso administrativo de protección el cual dio origen a la resolución que declaró en estado de abandono al niño a favor de quien se instauró la presente acción de tutela.

NOVENO: ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional que los nombres y los datos que permitan identificar al niño sujeto de esta acción o a sus familiares sean suprimidos de toda publicación del presente fallo.

DÉCIMO: ORDENAR por Secretaría General a todas las instituciones y entidades que de una u otra manera han intervenido en este proceso, que se encarguen de salvaguardar la intimidad del niño y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre todos los datos que permitan su identificación.

DÉCIMO PRIMERO: Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1]La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores de 18 años implicados en procesos de tutela, así como los de sus familiares, en tanto medida de protección, ha sido adoptada -entre otras- en las siguientes sentencias: T-523 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-442 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-420 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-1390 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1025 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); y T-844 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), y en el artículo 55 del Reglamento Interno de la Corte.

[2] La actora manifiesta ser analfabeta. Ver folio 7 del cuaderno 2.

[3] En el expediente no aparece la fecha.

[4] Con fecha del 30 de julio de 2012.

[5] Folio 3 del cuaderno 2.

[6] Folio 20 del cuaderno 2.

[7]Folio 118 del cuaderno 2.

[8]Folio 14-18 del cuaderno 2.

[9]Folio 58 del cuaderno 2.

[10] Folio 60 del cuaderno 2.

[11] Folio 12 del cuaderno 2.

[12]Folio 20-22 del cuaderno 2.

[13]Folio 23 del cuaderno 2.

[14]Folio 30 del cuaderno 2.

[15] Folio 28 del cuaderno 2.

[16] Folio 33 del cuaderno 2.

[17] Folio 38 del cuaderno 2.

[18] Folios 41 y 42 del cuaderno 2.

[19] En el expediente no aparece la fecha.

[20] Folio 54 del cuaderno 2.

[21] Folio 61-69 del cuaderno 2.

[22] Folio 100 del cuaderno 2.

[23] Folio 101 del cuaderno 2.

[24] El mismo escrito fue recibido por segunda vez en esta Corporación el 25 de julio de 2013.

[25] Sentencia C-019 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón, C-796 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil, y T- 689 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

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

[27] Ibídem.

[29] Ibídem.

[30] Artículo 44 de la Carta Política.

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

[32] M.P. Ciro Angarita Barón.

[33] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[34] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[35] Sentencia T- -502 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[36] Sentencia T-572 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[37] Ibídem.

[38] Sentencia T-327 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[39] Sentencia T-565 A de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[40] sentencia T-267 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[41] Con fecha 30 de julio de 2012.

[42] En las pruebas no aparece la fecha exacta. Se deduce que debe ser del año 2012.

[43] Ver folio 36 del cuaderno 2 y folio 19 del cuaderno de copias del proceso de restablecimiento de derechos enviada a esta Corporación por el ICBF Regional Cantillo.

[44] Sentencia T- 598 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[45] Ver folio 19 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[46] Ver folio 31 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[47] En el folio 47 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo, consta que: “En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47 y 102 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia, la Profesional Especializada de la Oficina de Comunicaciones y Atención al Ciudadano del ICBF informa que en el espacio televisivo Los niños buscan su hogar se emitieron los datos y la fotografía de: Carlos, historia 20411823, en el canal CARACOL-CITYTV-CAPITAL- SEÑAL COLOMBIA- FÁTIMA TV- CANAL 55- CANAL UNIVERSITARIO, con fecha de emisión 6 de septiembre de 2012. Esta misma información publicada en televisión podrá también consultarla en INTRANET/Programa Los Niños Buscan su Hogar (...)”.

[48] Ver folios 23 y 24 del cuaderno 2.

[49] Artículo 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

[50] Ver entre otras las sentencias T- 608 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-508 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[51] Sentencia T-508 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[52] Ver folio 54 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[53] Ver folio 31 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[54] Ver folio 43 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[55] Ver folio 45 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo. En el expediente no existe constancia de la supuesta incapacidad del funcionario que llevaba el proceso.

[56] Ver folio 54 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[57] Ver folio 67 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[58] Ver folios 31 y 47 del del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[59] Ver folio 40 del del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[60] Como respuesta a dicho derecho de petición, el ICBF Regional Barahona manifestó que: “si es cierto que no se le ha notificado personalmente toda vez que se desconocía su domicilio exacto, no obstante se ordeno la notificación por los medios subsidiarios que

contempla la ley (emplazamiento), pero esto no era impedimento para que usted se acercara a nuestras oficinas a indagar sobre la situación de su hijo, ya que usted misma nos afirma que tiene conocimiento del proceso desde el 5 de julio de 2012”.

[61]M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Ver además la sentencia T- 1110 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[62]Ver folio 46 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[63]A folio 69 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF regional Cantillo, se lee que el 14 de noviembre de 2012, la defensora de Familia del ICBF Regional Barahona, puso en conocimiento al Procurador Provincial de Rosales, la demora del trámite solicitado por ella el 5 de septiembre de 2012, a la Comisaría de Familia de Venecia.

[64]Ver folios 69 y 70 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[65] Ver folio 60 del cuaderno 2.

[66]La Alta Consejería Presidencial para Programas Especiales y la Subdirección de Restablecimiento de Derechos del ICBF, comisionaron a una sicóloga y a una trabajadora social para que se desplazaran a Venecia a realizar un estudio psicológico y social a la señora Camila, para revisar la procedencia del reintegro del niño al núcleo familiar. Como resultado de esta comisión, se tiene que la Subdirección de Restablecimiento de Derechos del ICBF sugirió que el caso se trasladara al Centro Zonal Oasis, Municipio de Rosales, para permitir visitas de la progenitora, con la finalidad de evaluar la relación materno filial. Ver folios 124 a 126 del cuaderno 2.

[67] Ver folios 59 y 60 del cuaderno 2.

[68] A folio 102 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo, se encuentra Auto fechado a 13 de diciembre de 2012, mediante el cual se dispuso “el traslado del proceso al Defensor de Familia asignado, pues la Defensora de Familia, Samira Henao, entra en disfrute de

vacaciones”. A folio 107 se lee que la resolución N° 145 del 21 de diciembre de 2012, por medio de la cual “se declara la vulneración de derechos del niño Carlos y se adoptan la medida de continuar restableciendo el derecho de protección y para ello manténgase la medida de ubicación en hogar sustituto”, fue expedido por el nuevo Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona, Mauricio Tinoco.

[69] Ver folio 107 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[70] Respecto a la omisión del mandato legal del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el Defensor de Familia del ICBF Regional Cantillo, en la consulta elevada el 10 de mayo de 2013 al Comité Técnico Consultivo de Restablecimiento de Derechos Nivel Regional ICBF Regional Cantillo, precisó que “de la lista de chequeo que se hizo a la HSF es relevante que no hay auto que fija fecha para audiencia de pruebas y fallo, no hay citación ni notificación por estado del auto que fija fecha de pruebas y fallo, no hay notificación de la Resolución de vulneración de derechos, aparece notificación por estados de la misma en fecha errónea al igual que el auto que ordena correr traslado de la resolución, es errónea la fecha de la constancia de ejecutoria y no aparece notificación al Ministerio Público de dicha resolución (...)”. Ver folio 170 -174 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[71] En el folio 19 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos consta que, mediante Auto 043 del 29 de junio de 2012, la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona abrió investigación de protección a favor del niño Carlos. Así mismo, a folio 56 del mismo cuaderno consta que, mediante Resolución N° 002460 del 22 de octubre de 2012, el Director Regional del ICBF Regional Barahona amplió el término para fallar la presente actuación administrativa, en virtud de la solicitud elevada por la Defensora de Familia Samira Henao. Igualmente, a folio 107 del mismo cuaderno consta que, el Defensor de Familia del ICBF Regional Barahona emitió la Resolución N° 145 el 21 de diciembre de 2012, a través de la cual declaró la vulneración de derechos del niño Carlos y adoptó la medida de protección consistente en mantenerlo en hogar sustituto.

[72] Parágrafo 2° del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

[73] Artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia: “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 de Familia o el Comisario de Familia haya perdido competencia”. (Subrayado fuera del texto).

[75]Se tiene que la Defensora de Familia del ICBF Regional Barahona abrió investigación de protección a favor del niño Carlos el 29 de junio de 2012[75], y que el 7 de octubre de la misma anualidad, mediante auto 066 solicitó ampliación del término para fallar proceso administrativo de restablecimiento de derechos, solicitud que le fue concedida mediante resolución 002460 del 22 de octubre de 2012 por el Director Regional del ICBF Barahona. Ver folio 56 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[76]Ver folio 170 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[77] Ver folios 124-126 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[78]Ver folios 124-126 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[79]Ibídem.

[80]Ver folios 124-126 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[81]Folio 124-126 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

[82]Ver folios 124-126 del cuaderno contentivo del proceso de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad, enviado por el ICBF Regional Cantillo.

