

Sentencia T-836/14

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

La jurisprudencia de esta Corte ha determinado que en relación con las actuaciones administrativas realizadas por los funcionarios del ICBF, cuando se ha violado o se encuentra amenazado un derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial, o de existir su utilización puede permitir que se ocasione un perjuicio de carácter irremediable, estas son susceptibles de ser controvertidas ante el juez de tutela.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional/DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Fundamental

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales

Cualquier decisión que sea tomada respecto de un menor por autoridad administrativa o judicial, debe consultar el principio de interés superior del menor y para ello, esta Corte ha reiterado la necesidad de analizar por lo menos las siguientes reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales: (i) Garantía del desarrollo integral del menor; (ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor; (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; (vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

DERECHOS DEL NIÑO A LA FAMILIA DE CRIANZA-Cuando se han desarrollado vínculos afectivos cuya perturbación afectaría su interés superior/DERECHO DEL NIÑO A NO SER SEPARADO DE SU FAMILIA DE CRIANZA

Al momento de tomar la decisión de separar a un niño de su hogar de crianza deben entonces tenerse en cuenta las implicaciones que dicha separación puede tener sobre su

desarrollo. La Corte ha sido clara en asumir que existe un cambio de ámbito de protección de la familia biológica a la de crianza, cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y puesto al cuidado de una familia distinta durante un lapso lo suficientemente largo como para que se hayan formado vínculos afectivos entre el menor y esa familia de crianza, la separación del menor de esa familia, lo afecta psicológica y emocionalmente y perturba la promoción del interés superior del menor, razón por la cual, el ámbito de protección del derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada, preferiblemente, hacia su grupo familiar de crianza.

DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Orden a Defensoría de Familia iniciar los trámites administrativos dirigidos a devolver al menor a su hogar de crianza

DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Orden al ICBF y a Defensor del Pueblo municipal realizar el respectivo acompañamiento con el fin de garantizar, en todo caso, los derechos del menor

Referencia: expediente T-4405858

Acción de tutela presentada por Clara[1] contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Buga (Valle).

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida en única instancia, por el Juzgado

Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito Penitenciario y Carcelario de Guadalajara de Buga (Valle), el veintiuno (21) de febrero de dos mil catorce (2014), en el trámite de la acción de tutela instaurada por Clara contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal de Guadalajara de Buga (Valle).

Este expediente fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Siete, mediante auto proferido el diez (10) de julio de dos mil catorce (2014).

I. ANTECEDENTES

Antes de relatar los antecedentes, la Sala aclara que para proteger el derecho a la intimidad de la tutelante, su nombre y el de todas las demás personas involucradas serán cambiados por nombres ficticios.

La señora Clara presentó acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal de Guadalajara de Buga (Valle), por la presunta vulneración de los derechos fundamentales del menor Ismael, en conexidad con el derecho a la igualdad y el debido proceso. Los hechos alegados por la accionante son los siguientes:

1. Hechos de la demanda

1.1. A los cuatro meses de nacido, Marcela, entregó a su hijo Ismael a sus padrinos de bautismo Clara y Andrés[2].

1.2. Clara y Andrés acogieron al menor como su hijo de crianza desde ese momento y, de acuerdo, con lo expresado por la actora, le han brindado todos los cuidados necesarios. El niño permaneció en este hogar por un lapso aproximado de trece meses[3].

1.3. Narró que como padres de crianza, inscribieron al menor en el Centro de Desarrollo Infantil El Molino. El día siete (7) de febrero de dos mil catorce (2014), inmediatamente después de que una de las hijas de la tutelante dejó al niño en el mencionado centro educativo, la directora del mismo y una profesora trasladaron al menor hasta las instalaciones del ICBF, Centro Zonal Buga, sin dar aviso a la familia.

1.4. Señaló que conocida la situación por la accionante y su esposo, se dirigieron hasta el Centro Zonal donde la directora del centro y la profesora les informaron que “el ICBF había requerido al Jardín infantil por una visita que hicieron el día anterior y donde encontraron presuntas irregularidades con el menor [...] por lo que les solicitaron que lo trajeran de inmediato”[4].

1.5. Sostuvo que la Defensora de Familia del Centro Zonal Buga[5] si les informó la verdadera razón de lo ocurrido: que el Jardín Infantil había puesto en conocimiento del ICBF, mediante petición N° 32218597[6], que el menor se encontraba al cuidado de personas que no tenían ningún parentesco legal ni biológico, razón por la cual se profirió Auto de Apertura de Investigación PARD N° 023 de siete (7) de febrero de dos mil catorce (2014), con el fin de restablecer los derechos del niño, disponiendo como medida provisional, que el menor Ismael fuera ubicado en un Hogar Sustituto.

1.6. La señora Clara, buscó a la progenitora y a la abuela biológica del menor quienes se hicieron presentes en el Centro Zonal con el fin de manifestar su inconformidad con la decisión. La señora Marcela, madre biológica de Ismael, manifestó que voluntariamente había entregado el menor a sus padrinos, además de su inconformidad con que el niño fuera puesto en un Hogar Sustituto. La Defensora de Familia le expidió una autorización de visitas y le informó que tenía un término de cinco (5) días para presentar recurso de reposición contra el Auto PARD N° 023.

1.7. Ante esta situación la señora Clara, invocando su condición de madre de crianza acude a la acción de tutela el día once (11) de febrero de dos mil catorce (2014), con el fin de solicitar que se revoque la medida de protección y que se permita que el menor continúe conviviendo con sus padres de crianza mientras se adelantan las investigaciones administrativas pertinentes. Manifiesta que recurre a la acción de tutela pues “deberíamos esperar la decisión del recurso o segunda instancia y mientras tanto nuestro hijo estaría alejado de nosotros sus padres, su hogar, su casa, su familia, su entorno social y familiar, lo que causaría, daño físico, psicológico, moral, dejando traumas aun (sic) mayores que el que el Jardín Infantil o el ICBF argumentan tratan de impedir con la supuesta medida de protección”[7].

1.8. La accionante manifestó que Ismael ha contado con todos los cuidados dentro de su

familia. Que el menor es amado y que “[...] sabemos que el niño también sufre, ya que no ha conocido a otros padres ni otra familia diferente a la nuestra, también pensamos en su bienestar, tranquilidad y salud, la cual se ve afectada al ser alejado del único hogar que conoce, donde se le ha proporcionado todo lo que necesita un niño de su edad, comenzando por el amor de padre y madre”[8].

1.9. Por último, señaló que ella y su compañero están en disposición de adelantar las gestiones administrativas y judiciales necesarias para normalizar la situación de Ismael.

2.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Buga

La Defensora de Familia del ICBF Centro Zonal Buga, solicitó denegar por improcedente la acción, por considerar que existe otro mecanismo de defensa de los derechos invocados por la accionante[9]. Relata la Defensora que “[e]l pasado 6 de los corrientes se apertura la petición No 323318597 contentiva de información suministrada por empleadas del Centro de Desarrollo Infantil El Molino respecto del cuidado personal del niño Ismael* nacido en fecha 12/12/2011, con la señora Clara* carente de vínculo filial hecho que originó al día siguiente iniciación de Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos tendiente a constatar la posible amenaza o vulneración de las garantías superiores del infante [...] de conformidad con lo dispuesto en el CAPITULO II, artículo 17 y siguientes y 99 de la Ley 1098 de 2006 “Código de la Infancia y la Adolescencia”[10]”

De acuerdo con la Defensora, la actora puede acudir al recurso de reposición establecido en los artículos 99 y 100 del Código de Infancia y Adolescencia toda vez que, en este tipo de procesos existe “plena observancia de la garantía fundamental al debido proceso”[11].

Manifiesta además, que “en lo que atañe al pedido ante su despacho por parte de la señora Clara* para que se ubique al niño Ismael* ella dicha (sic), dicha solicitud ya fue radicada en este centro zonal el pasado viernes 14 y será objeto de respuesta al momento de resolver el recurso de reposición”[12]. Anexa 48 folios correspondientes a las actuaciones adelantadas[13].

2.2. Procuraduría Novena Judicial para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Guadalajara de Buga

La Procuraduría Novena Judicial para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de Guadalajara de Buga, vinculada por el juez de instancia, se opuso a las pretensiones considerando que “no se configuró o se demostró el perjuicio eminente (sic) e irremediable, que permita acoger las pretensiones de la tutelante, y por ende apartarse del uso de los recursos de ley”, adicionalmente la Procuradora solicitó que se le excluyera como parte vinculada[14].

2.3. Otras actuaciones de instancia

Durante el trámite de la acción, el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Guadalajara de Buga ordenó la comparecencia de Clara[15], Marcela[16], Rosa[17] y Andrés[18] con el fin de llevar a cabo la ampliación de los hechos de la tutela y recepcionar los testimonios.

2.3.1. Testimonio de Marcela[19]

A las diez (10:00) horas del trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014), Marcela se presentó con el fin de rendir su declaración. Manifestó que conocía el objeto de la tutela presentada por la señora Clara, y respecto a la concepción del niño dijo que “[e]l señor Andrés y yo teníamos una relación extramatrimonial, y él fue que se encargó de todo lo relacionado con el embarazo, vivía incluso en una de las casas de su madre”[20]. Aseguró que su mamá (la señora Rosa) conocía toda la situación, incluso la relación extramatrimonial que sostenía con el señor Andrés. Frente a las razones que la llevaron a entregar a su menor hijo a los padrinos de bautismo manifestó: “[l]o primero que vi que mi hijo estaba mejor bajo el techo de su padre, ya que no se había revelado la paternidad de él, en segundo lugar no tengo estabilidad económica que me permita brindarle lo que necesita, para el niño era más próspero estar con sus hermanas y su padre que conmigo, por eso lo hice”[21].

Por último, declaró que no tiene ningún problema en entregar la patria potestad de su hijo al señor Andrés dado que ella tiene planeado salir del país y que está dispuesta a presentar los recursos de ley ante la actuación del ICBF, toda vez que el señor Andrés reconoció al menor como su hijo estando en el hospital.

2.3.2. Testimonio de Andrés[22].

A las once (11:00) horas del trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014), el señor Andrés, se presentó con el fin de rendir declaración juramentada. Expresó que es comerciante y que tiene una unión marital con la señora Clara desde hace muchos años, quien es accionante dentro del presente proceso. Que conoció a la progenitora del menor Ismael “hace unos cuatro años”.

Así mismo aseguró que la señora Marcela le contó sobre el embarazo y “[...] me dijo que ese niño era mío y entonces yo le dije que obráramos reservadamente, pues no quería perder mi hogar, nos continuamos viendo y yo le ayudé en todo ese periodo haciéndome cargo de lo del parto y demás, le dije que yo le pagaba un apartamento”[23]. Relató además que Marcela le entregó el niño “porque no tenía recursos, ella tiene otra hija que se la dejó a su mamá, [...] la única forma que me lo deje es haciendo papeles y pues yo como padre y padrino además, mis hijas lo quieren como su hermano que es y mi esposa lo trata como su hijo”[24]. Manifestó que aún no había reconocido al menor como su hijo para no alterar la estabilidad de su hogar.

2.3.3. Testimonio de Clara[25]

A las quince (15:00) horas del trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014), la actora, señora Clara, se presentó ante el juez con el fin de rendir la ampliación de los hechos de la tutela y testimonio. Manifestó que es comerciante de profesión y que vive en unión libre con el señor Andrés desde hace 22 años. Aseguró que presentó la acción de tutela con el fin de recuperar al niño Ismael a quien “considero mi hijo, se (sic) que biológicamente no lo tuve, pero así lo siento”[26]. Contó al despacho que conoció a la señora Marcela hace más o menos cuatro (4) años y que ha mantenido una buena relación con ella[27].

Agregó que “[e]lla (refiriéndose a la señora Marcela) cuando estaba en embarazo me dijo que quería que mi esposo y yo carguen a mi niño, con gusto iríamos al bautizo, a los dos meses de edad, me preguntó si siempre iba a cargarle al niño y lo bautizamos, a los dos meses siguiente (sic) ella me llevó el niño y me dijo que quería pedirme un favor, yo no tengo como mantener al niño y me están pidiendo la pieza, el muchacho con el que vivía me ha dejado y no me dejó platica. Cómo (sic) ustedes son los padrinos vienen a ser los segundos padres, me entregó todo lo de las vacuna (sic) y la ropita que tenía, estaba con una infección urinaria y lo sometimos a tratamiento y se le quitó. Ella lo visitaba con

regularidad y hubo un tiempo largo en que no lo visitó. La mamá de Marcela y la mamá de mi esposo también lo sabían, nunca hemos ocultado la condición en la que lo recibimos”[28].

Declaró que la progenitora del menor no lo ha reclamado y que de hecho “ella quiere que esté con nosotros”[29], así mismo, frente a la pregunta de si tenía conocimiento de que el padre del menor es su compañero permanente, el señor Andrés, respondió “[n]o lo sabía, me di cuenta a penas (sic) ahora”[30].

2.3.4. Testimonio de Rosa[31]

A las dieciséis (16:00) horas del trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014), la señora Rosa, abuela biológica de Ismael, se presentó ante el juez de instancia con el fin de rendir su testimonio. Relató que tuvo conocimiento del embarazo de su hija y que estuvo pendiente de ella hasta que el niño cumplió los cuatro meses, además que “[e]lla me dijo que muchas amigas sabían que ella lo entregaría a los padrinos; [...]. La nieta que está conmigo se llama Paula y hace unos 7 años la tengo a mi cargo[32]”.

Por último manifestó que “yo no quise hacerme parte de la situación, pues vi que el niño estaba en un sitio muy bueno y entonces ya me tocará actuar para que me lo den a mí entonces”[33].

3. Sentencia de única instancia

En providencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil catorce (2014), el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito Penitenciario y Carcelario de Guadalajara de Buga (Valle) declaró improcedente la acción de tutela al considerar que la misma no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa.

4. Actuaciones en sede de revisión

Mediante auto del dieciséis (16) de septiembre de dos mil catorce (2014) se ordenó:

“Primero.- ORDENAR que, por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficie al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal de

Guadalajara de Buga, para que, en el término cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación del presente auto, responda el siguiente cuestionario:

- a) ¿Cuál es el estado actual del Proceso de Restablecimiento de Derechos del menor Ismael, iniciado mediante Auto PARD N° 023 de 7 de febrero de 2014?
- b) ¿Se ha tomado alguna decisión respecto del recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por Marcela, como progenitora del menor y coadyuvada por la accionante y su esposo? En caso positivo envíen a la Corte copia del acto o los actos que contengan las decisiones adoptadas. Si estos recursos no han sido respondidos, explicar por qué razón.
- c) ¿Qué acciones ha desplegado el ICBF con el fin de garantizar el interés superior del menor en este caso?
- d) ¿Qué efectos tiene, para el Proceso de Restablecimiento de Derechos que actualmente se lleva a cabo, el reconocimiento de paternidad realizado por el señor Andrés, esposo de la accionante?
- e) Por último, se remita a esta Corte copia completa del expediente correspondiente al Proceso de Restablecimiento de Derechos del menor Ismael”.

Vencido el término probatorio, el ocho (8) de octubre de dos mil catorce (2014) la Secretaría General de esta Corporación informó que no se recibió respuesta alguna por parte de la entidad requerida.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Planteamiento del caso y problema jurídico

2. La Sala encuentra acreditado que en un principio, la presente acción fue elevada por la señora Clara, en su calidad de madre de crianza de Ismael. Que el menor es hijo biológico de la señora Marcela y que nació el doce (12) de diciembre de dos mil once (2011)[34]. Así mismo, que a los cuatro meses, la señora Marcela, entregó al niño a sus padrinos de bautismo Clara y Andrés[35], quienes lo acogieron como su hijo de crianza.

3. El menor permaneció en ese hogar por un lapso aproximado de trece meses[36] hasta el día siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), cuando la directora del Centro de Desarrollo Infantil El Molino lo trasladó hasta las instalaciones del ICBF, Centro Zonal Buga, sin dar aviso a los padres de crianza. La Defensora de Familia profirió Auto de Apertura de Investigación PARD N° 023, con el fin de restablecer los derechos del niño y dispuso como medida provisional, que el niño fuera ubicado en un Hogar Sustituto.

4. La progenitora interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra el mencionado auto. Paralelamente la señora Clara, invocando su condición de “madre de crianza”, acudió a la acción de tutela, con el fin de solicitar que se revoque la medida de protección y que se permita que el menor continúe conviviendo con sus “padres de crianza” mientras se adelantan las investigaciones administrativas pertinentes. En ese sentido, la decisión tomada por la Defensora de Familia del Centro Zonal Buga, afectó al niño, especialmente porque no consideró las condiciones en la cuales éste se encontraba con su familia de crianza, siendo entregado a un hogar de sustituto.

5. Durante el trámite de la acción de tutela, el esposo de Clara, el señor Andrés, reconoció ante el juez de instancia, la paternidad del menor[37]. La accionante busca a través de la acción de tutela que el menor sea puesto nuevamente con sus padres de crianza mientras se llevan a cabo todas las acciones administrativas dirigidas a legalizar la situación del menor.

6. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: se vulneran los derechos fundamentales de un niño, a tener una familia y a no ser separado de ella y el interés superior del menor cuando, dentro de una actuación administrativa de apertura de investigación, proferida por una Defensora de Familia (Centro Zonal Buga del ICBF), se ordena como medida provisional remitir al menor a un hogar sustituto, argumentando que este no se encuentra a cargo de sus padres sino de terceros

con los cuales no tiene parentesco legal o biológico (sus padrinos), sin tener en cuenta que estos le han garantizado sus derechos, tal y como se verifica en la Historia de Atención N° 1112404789.[38]

7. Para efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala deberá abordar los siguientes temas: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra las actuaciones administrativas del defensor de familia; (ii) el principio de interés superior del menor y su derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella (reiteración de jurisprudencia); (iii) el análisis del caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra las actuaciones administrativas del defensor de familia

8. El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política determina como regla general, que la tutela no procede cuando existen mecanismos ordinarios de defensa judicial, salvo que esta sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No obstante, la jurisprudencia de esta Corte ha determinado que en relación con las actuaciones administrativas realizadas por los funcionarios del ICBF, “cuando se ha violado o se encuentra amenazado un derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial, o de existir su utilización puede permitir que se ocasione un perjuicio de carácter irremediable”[39], estas son susceptibles de ser controvertidas ante el juez de tutela.

Así mismo, en la sentencia T-941 de 1999[40] la Corte sostuvo que el uso de este mecanismo de protección de derechos no significa “que el juez constitucional haya suplantado a la Autoridad administrativa”.

9. La intervención del juez constitucional se encuentra justificada en la defensa eficaz de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional como lo son los niños y niñas. Es importante recalcar que para este tipo de casos, ha considerado la Corte que “la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, obligan al juez constitucional a adoptar un enfoque decisorio especial, que debe centrarse en la protección del interés prevalente y superior del menor. Antes que cualquier otra consideración, el criterio que deberá guiar la motivación de este pronunciamiento es la protección integral y la promoción superior del bienestar del menor involucrado”[41].

10. A pesar de que en este caso, la accionante como madre de crianza tiene a su alcance los correspondientes recursos contra el acto administrativo[42] de la Defensora de Familia, y en última instancia, podría acudir ante la justicia ordinaria, se considera que frente a las particulares circunstancias que rodean este asunto, en donde se busca el amparo de los derechos de un sujeto de especial protección constitucional, y que adicionalmente son derechos fundamentales considerados constitucionalmente como prevalentes, “se impone la verificación urgente de sus condiciones y la necesidad de su protección, con el propósito de determinar la inminencia de la imposición de medidas que contrarresten sus efectos, hasta tanto la autoridad judicial correspondiente decida sobre el fondo del asunto[43]”.

11. Concluye la Sala que en este caso se cumple con los requisitos de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra la decisión de la defensora de familia del Centro Zonal Buga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por lo que está habilitada para estudiar el fondo del asunto.

El principio del Interés Superior y Prevalente del menor y el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella. Reiteración de jurisprudencia

12. Los niños y niñas se han constituido como sujetos de una especialísima protección. De acuerdo al artículo 44 de la Constitución Política, esta protección le corresponde a la familia, la sociedad y el Estado. Se sostuvo en la sentencia T-292 de 2004 que los menores, dadas sus características físicas, cognitivas, emotivas, psicológicas y sociales necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos fácticos como jurídicos, con el fin de “garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad”[44].

13. Y se continuó diciendo en la misma sentencia que: “[r]ecogiendo este axioma básico, consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; al interpretar este mandato, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta –entre otros efectos- en el carácter superior y

prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna”[45]. En ese sentido es importante resaltar que el principio de interés superior del menor, existente en los instrumentos internacionales y recogido en el artículo 44 de la constitución política no es un simple agregado simbólico; como principio está orientado a permear el ordenamiento jurídico, las actuaciones de los jueces, de las autoridades administrativas y en general a la sociedad, dadas las dos dimensiones de la protección del menor (jurídica y fáctica). En este orden de ideas, el interés superior del menor tiene un papel orientador de la sociedad misma respecto del cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes.

14. Este principio fue consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y posteriormente, se ha incluido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Así también lo ha recogido el denominado Corpus Juris desarrollado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que se encuentra compuesto por el artículo 19[46] de la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo VII[47] de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 16[48] del Protocolo de San Salvador; la Convención sobre los Derechos del Niño y las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños[49].

15. La Opinión Consultiva 017 del 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor [...] En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”.

16. Así mismo, la Corte Interamericana en el caso Fornerón e Hija Vs. Argentina determinó que: “Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos,

con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección” [...] Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”[50].

17. De la misma manera, la Corte Constitucional ha considerado que, “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”[51].

18. Así pues, cualquier decisión que sea tomada respecto de un menor por autoridad administrativa o judicial, debe consultar el principio de interés superior del menor y para ello, esta Corte ha reiterado la necesidad de analizar por lo menos las siguientes reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales[52]:

(i) Garantía del desarrollo integral del menor. El desarrollo integral presupone la concurrencia de factores físicos, psicológicos, afectivos, intelectuales y éticos, así como la plena evolución de la personalidad del menor[53] y son responsables de ello, la familia, la sociedad y el Estado conforme a lo establecido en el artículo 44 Superior. Así mismo, el artículo 7 del Código de la Infancia y la Adolescencia define esta protección integral como “el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior”.

(ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. El pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor implica que los mismos sean reconocidos de manera amplia, es decir, “se debe garantizar el ejercicio de los

derechos fundamentales del menor consagrados en las leyes, en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, y especialmente aquéllos señalados en la Constitución, no sólo en el artículo 44 que se refiere a los derechos de los menores, sino en todas las disposiciones que aluden a derechos con tal naturaleza”[54].

(iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Dadas las características, físicas, emocionales, psicológicas y cognitivas de los menores, existe el deber de resguardarles de cualquier tipo de condición que ponga en peligro su integridad personal, su desarrollo armónico y, en general, sus derechos fundamentales, que como se dijo anteriormente, deben ser vistos de manera amplia. Dentro de estos riesgos prohibidos se encuentran “el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”[55].

(iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. En principio, los derechos del menor y los de sus padres, deberán permanecer en equilibrio. No obstante, en aquellos casos en los cuales hay una ruptura de dicho equilibrio, existe una regla de prioridad en favor de los derechos del menor y será necesario verificar “las circunstancias de cada caso particular y sin que pueda, en ningún caso, poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, so pena de que el Estado intervenga para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo”[56].

(v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. De acuerdo con el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella”. Así mismo, las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños prevén que “[a]l ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos. El Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora [...]”. La existencia de un ambiente familiar apto depende no solo de las propias familias (padres, madres, familia extendida), sino de la comunidad y del Estado. Las Directrices de Riad para

la prevención de la delincuencia juvenil aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas[57] determinaron que “[t]oda sociedad deberá asignar elevada prioridad a las necesidades y el bienestar de la familia y de todos sus miembros (...) los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental”.

(vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales. En cualquier caso, la intervención del Estado dentro de las relaciones de los niños con sus familias debe ser excepcional y sustentarse en “motivos adicionales poderosos, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica”[58]. Al respecto cabe recordar que existe una protección especial a la familia y a una vida familiar libre de injerencias ilegítimas tanto en nuestra Carta Política (artículos 13 y 44) como en los instrumentos internacionales[59].

19. El reciente Informe “El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas” publicado el trece (13) de octubre de dos mil trece (2013), en el cual participaron la UNICEF, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de Estados Americanos OEA, pusieron de manifiesto que “[e]xiste en el derecho internacional de los derechos humanos el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta”. (Negrilla fuera de texto).

20. La Corte Constitucional ha proferido una extensa jurisprudencia en la cual, reconociendo la diversidad cultural presente en el país, considera que es indispensable admitir la existencia de formas diferentes de familia. Así entonces, la protección de la familia y del derecho del menor a no ser separado de ella, puede tener lugar por fuera de la familia biológica, para ello se aplica, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte una “[t]raslación del ámbito de operancia del derecho del niño a la familia hacia la familia de crianza con la cual el menor ha desarrollado vínculos afectivos cuya perturbación afectaría

su interés superior”[60]. En esa oportunidad la Corte tuteló los derechos de la menor Susana a tener una familia y no ser separada de ella, así como principio de interés superior del Menor. La niña había permanecido por un lapso de año y nueve meses con sus padres de crianza, luego de ser entregada voluntariamente a estos por sus padres biológicos. La Defensora de Menores después de una queja elevada por la abuela biológica de la menor, decidió como medida provisional ubicarla en un hogar sustituto. Los padres de crianza interpusieron acción de tutela. En esa ocasión la Corte ordenó mantener a la menor en su hogar de crianza considerando que “debe preservarse la estabilidad de la ubicación familiar actual de Susana, puesto que cualquier ruptura o perturbación adicional podría incidir en forma negativa sobre su proceso de desarrollo”.

21. Esa traslación no es más que el reconocimiento jurídico de un facto social. El hecho de que algunos menores son dejados al cuidado de otros familiares o de familias conocidas es una conducta que aunque no es deseable, ha permitido a muchos niños acceder a una forma de protección, afecto, y cuidado diverso a la familia biológica.

22. Esta Corte ha determinado que: “[e]n numerosas oportunidades, la jurisprudencia constitucional –en concordancia con la jurisprudencia de tribunales internacionales tales como la Corte Europea de Derechos Humanos- ha considerado que, cuandoquiera que (i) un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia, y (ii) la afectación de tales vínculos no promueve el interés superior del menor implicado, entonces el ámbito de protección del derecho de tal menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada hacia su grupo familiar de crianza. En otras palabras: en casos en los cuales se han consolidado lazos de apego entre un niño y su familia de hecho, cuya ruptura amenaza el interés superior del menor y la estabilidad de su proceso de desarrollo, la presunción constitucional a favor de la familia biológica cesa de operar, y se considera, para todos los efectos legales, que el grupo familiar digno de protección constitucional es el constituido por la familia de crianza de dicho menor. Se trata, así, de lazos familiares de hecho que, por su carácter excepcional y su trascendencia para la estabilidad y el desarrollo de los niños implicados, son merecedores de protección constitucional”.[61]

23. Al momento de tomar la decisión de separar a un niño de su hogar de crianza deben

entonces tenerse en cuenta las implicaciones que dicha separación puede tener sobre su desarrollo. La Corte ha sido clara en asumir que existe un cambio de ámbito de protección de la familia biológica a la de crianza, “cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y puesto al cuidado de una familia distinta durante un lapso lo suficientemente largo como para que se hayan formado vínculos afectivos entre el menor y esa familia de crianza, la separación del menor de esa familia, lo afecta psicológica y emocionalmente y perturba la promoción del interés superior del menor, razón por la cual, el ámbito de protección del derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada, preferiblemente, hacia su grupo familiar de crianza”[62].

24. En este mismo sentido, la sentencia T-580A de 2011 recordó que el hecho de que un menor sea recibido y cuidado por una familia diferente a la biológica es una manifestación del principio de solidaridad y que tal manifestación solidaria es objeto de protección constitucional. Dijo entonces: “Esta Corporación ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que si un menor carece de una familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos o porque no cumplan con las obligaciones que tienen para con sus menores hijos, de forma subsidiaria corresponde al Estado el deber de brindar asistencia y protección. No obstante, los niños también son objeto primordial de la solidaridad social y en esa medida, ante la falta de su familia de origen tiene derecho que otras personas le presten solidaridad. El artículo 44 de la Carta consagra expresamente la trascendencia de la solidaridad establecida a favor de los menores, al considerar que es innegable que la integridad física, moral, intelectual y espiritual de la niñez, y la garantía de la plenitud de sus derechos son asuntos de interés general que no admite excepciones”[63].

25. Las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños[64] clasifica este tipo de hogares de crianza como formas de acogimiento alternativo informal[65] y por lo tanto, susceptibles de protección en atención al interés prevalente del menor. Así “[l]as decisiones relativas a los niños en acogimiento alternativo, incluidos aquellos en acogimiento informal, deberían tener en cuenta la importancia de garantizar a los niños un hogar estable y de satisfacer su necesidad básica de un vínculo continuo y seguro con sus acogedores, siendo generalmente la permanencia un objetivo esencial. || [...] [r]econociendo que, en casi todos los países, la mayoría de los niños carentes del cuidado parental son acogidos informalmente por parientes u otras personas, los Estados deberían tratar de

establecer los medios apropiados, compatibles con las presentes Directrices, para velar por su bienestar y protección mientras se hallen bajo tales formas de acogimiento informal, respetando debidamente las diferencias y prácticas culturales, económicas, de género y religiosas que no estén en contradicción con los derechos ni el interés superior del niño” (Negrillas fuera de texto).

El caso concreto: la decisión de la defensora de familia del Centro Zonal Buga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF de poner al niño Ismael en un Hogar Sustituto diferente al de sus padres de crianza lesionó gravemente sus derechos fundamentales a tener una familia y no ser separado de ella, y no consultó el interés prevalente y superior del menor.

26. Del examen del expediente y de los antecedentes jurisprudenciales y legales expuestos, esta Sala encuentra que se vulneran los derechos a tener una familia y no ser separado de ella, así como el principio del interés superior del menor Ismael, por parte de la Defensora del Familia del Centro Zonal Buga del ICBF y en este sentido, es procedente conceder el amparo solicitado por la madre de crianza, señora Clara.

27. En efecto, el menor fue entregado por su progenitora Marcela a sus padrinos de bautizo, desde que contaba con cuatro meses de vida y permaneció en dicho hogar por un periodo de trece (13) meses en los cuales fue aceptado como un miembro más de la familia. Sobre las razones que dieron lugar a la entrega, esta Sala no entrará a pronunciarse, no obstante es importante mencionar que no es deseable la ocurrencia de este tipo de situaciones y mucho menos que no se informe a las autoridades administrativas con el fin de que estas tomen las medidas conducentes a garantizar adecuadamente los derechos de estos niños y niñas.

28. No obstante cabe resaltar que en medio de este escenario, el menor Ismael contó, en su hogar de crianza con los cuidados y el afecto de una familia. De hecho, en la Historia de Atención N° 1112404789, a folio 7, la defensora de familia anota respecto del concepto valoración integral “AL VERIFICAR LOS DERECHOS DEL NIÑO ISMAEL* DE DOS AÑOS DE EDAD SE ENCUENTRA QUE HAN SIDO GARANTIZADOS POR SUS CUIDADORES, QUIENES LOS TIENEN BAJO SU RESPONSABILIDAD DESDE QUE CONTABA CON 7 MESES DE NACIDO DEJADO POR SU MADRE QUIEN SE AUSENTA DE SUS OBLIGACIONES Y DEBERES”[66]. No

encuentra la Sala entonces justificación alguna que hubiera llevado a la Defensora de Familia a tomar la decisión de alejarlo de este hogar de crianza y, en su lugar, remitirlo a un hogar sustituto.

29. Como se enunció anteriormente, existen en el derecho internacional de los derechos humanos, en el ordenamiento jurídico colombiano y en la jurisprudencia de esta Corte, un sinnúmero de elementos de análisis que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades administrativas y judiciales con el fin de garantizar el interés superior del menor y evitar así la grave afectación de sus derechos. Cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (énfasis por fuera de texto).

30. En los asuntos en los que los menores tienen amenazados sus intereses superiores, deben analizarse las circunstancias fácticas y jurídicas del caso y procurarse que la medida de protección contemple aspectos como los vínculos afectivos creados. En este asunto luego de cerca de trece (13) meses, de ser acogido el niño por la familia de crianza, el menor desarrolla lazos de afecto en un hogar que le ofrece un espacio que contribuye a su seguridad y desarrollo, y por lo tanto, su permanencia en ese entorno, hasta tanto se definiera su situación, conforme al Código de la Infancia y la Adolescencia, hubiera resultado menos lesivo para sus intereses que ubicarlo en un hogar sustituto.

31. Por lo anterior, encuentra esta Sala que la decisión tomada por la Defensora de Familia como medida provisional de restablecimiento de derechos[67] de enviar al niño a un hogar sustituto resultó desproporcionada e irrazonable porque con ella no se atendió al interés superior y prevalente del menor quien recibía cariño, atención, y cuidado de un núcleo familiar que lo acogía con amor, vulnerando los derechos del menor a permanecer en el.

32. No se pronunciará esta Sala respecto del reconocimiento de paternidad expresada por el señor Andrés, toda vez que ello corresponde a las autoridades competentes según el caso.

33. Es importante señalar que, en el asunto, la Defensora de Familia debió tener en cuenta las alternativas más favorables para el niño Ismael y que a pesar de que le asiste un grado

de discrecionalidad para evaluar las opciones que tiene un menor para su adecuado desarrollo debió considerar, como lo ha sostenido la Corte, “que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar 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”[68].

Conclusión y órdenes

34. Visto lo anterior, la Sala estima que la Defensora de Familia del Centro zonal Buga (Valle del Cauca) vulneró los derechos del niño Ismael a tener una familia y no ser separado de ella en el momento en que, sin consultar el interés prevalente y superior del menor, dispuso como medida provisional la remisión del niño a un hogar sustituto diferente del de sus padres de crianza, donde había permanecido por trece (13) meses recibiendo cariño y cuidado y con el cual ha desarrollado lazos de afecto.

35. En este sentido, en el caso del niño Ismael se procederá, de manera transitoria, a la protección de sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella ordenando, en primer lugar, que sea devuelto a su hogar de crianza compuesto por la actora, señora Clara y Andrés, hasta tanto se lleven a cabo las acciones administrativas o judiciales que sean necesarias para regularizar la situación del menor. En segundo lugar, se ordenará al Centro Zonal Buga del ICBF llevar a cabo el respectivo acompañamiento, tanto a la madre biológica como a los padres de crianza con el fin de realizar los trámites necesarios para normalizar la situación de Ismael. En tercer lugar, se solicitará al señor Personero Municipal de Guadalajara de Buga que acompañe el respectivo proceso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida en única instancia, por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito Penitenciario y Carcelario de Guadalajara de Buga (Valle) que declaró improcedente la acción de tutela al considerar que la misma no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa y, en su lugar TUTELAR de manera transitoria los derechos fundamentales del niño Ismael a tener una familia y a no ser separado de ella, mientras la autoridad competente decide sobre el caso.

Segundo.- ORDENAR a la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Guadalajara de Buga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, que inicie los trámites administrativos dirigidos a devolver a Ismael a su hogar de crianza, es decir, al cuidado de Clara y Andrés, trámites que no podrán exceder un término de quince (15) días calendario, hasta tanto se lleven a cabo todas las gestiones necesarias para regularizar la situación del niño.

Tercero.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al Defensor del Pueblo de Buga para que realicen el respectivo acompañamiento con el fin de garantizar, en todo caso, los derechos del niño Ismael.

Cuarto.- SOLICITAR a la Personería Municipal de Guadalajara de Buga el acompañamiento tanto a la madre biológica, señora Marcela, como a los padres de crianza del niño con el fin de llevar a cabo las actuaciones administrativas y judiciales que sean indispensables para garantizar los derechos de Ismael, a tener una familia y no ser separado de ella.

Quinto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] La Sala aclara que para proteger el derecho a la intimidad de la tutelante, su nombre y el del menor serán suprimidos del presente fallo para evitar su identificación y reemplazados por unos ficticios.

[2] Según el Registro Civil de Nacimiento el niño nació el doce (12) de diciembre de dos mil once (2011), fue registrado con los apellidos de su madre biológica. Folio 85 del cuaderno principal (En adelante siempre que se haga mención a un folio, se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa).

[3] El menor estuvo bajo el cuidado de sus padres de crianza desde los cuatro meses de edad hasta el día siete (7) de febrero de dos mil catorce (2014) de acuerdo con lo manifestado por la demandante en el texto de la acción de tutela y de las ampliaciones de la misma realizadas ante el juez de instancia obrantes a folios 71 a 78.

[5] Señora Eider Enilsa Córdoba Chamorro.

[6] Folio 3.

[7] Folio 3.

[8] Folio 4.

[9] Folio 80.

[10] Folio 80.

[11] Folio 80.

[12] Folio 80.

[13] Folios 81-128.

[14] Folio 32.

[15] Como accionante, folio 64.

[16] Madre biológica del menor, folio 67.

[17] Abuela biológica del menor, folio 68.

[18] Compañero permanente de la accionante y padre de crianza del menor, folio 69.

[19] Folios 71 y 72.

[20] Folio 71.

[21] Folio 71.

[22] Folios 73 y 74.

[23] Folio 73.

[24] Folio 73.

[25] Folios 75 y 76.

[26] Folio 75.

[27] La señora Clara tiene cinco (5) hijas biológicas con el señor Andrés, según la declaración juramentada prestada por la accionante ante del despacho de la Defensora de Familia del Centro Zonal Buga. Sus hijas son: Ana (20 años); Piedad (18 años); Soledad (17 años); Julieta (14 años) y Diana (12 años). Folio 93.

[28] Folio 75.

[29] Folio 76.

[30] Folio 76.

[31] Folios 77 y 78.

[32] Folio 77.

[33] Folio 78.

[35] El texto de la acción de tutela se encuentra contenido en los folios 1 al 9.

[36] El niño estuvo bajo el cuidado de sus padres de crianza desde los cuatro meses de edad hasta el día siete (7) de febrero de dos mil catorce (2014) de acuerdo con lo manifestado por la demandante en el texto de la acción de tutela y de las ampliaciones de la misma realizadas por el juez de instancia obrantes a folios 71 a 78 del cuaderno principal.

[37] Folio 134.

[38] Folio 85.

[39] Sentencia T-497 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

[40] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[41] Sentencia T-497 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

[42] Auto de Apertura del Investigación PARD N° 23 de siete (7) de febrero de dos mil catorce (2014). Folio 10.

[43] Sentencia T- 580A de 2011 (MP. Mauricio González Cuervo).

[44] MP. Manuel José Cepeda Espinosa. En este caso, la Corte tuteló los derechos de la menor Susana a tener una familia y no ser separada de ella, así como principio de interés superior del Menor. En esa ocasión la Corte ordenó mantener a la menor en su hogar de crianza considerando que “debe preservarse la estabilidad de la ubicación familiar actual de Susana, puesto que cualquier ruptura o perturbación adicional podría incidir en forma negativa sobre su proceso de desarrollo”. La niña había permanecido por un lapso de año y

nueve meses con sus padres de crianza, luego de ser entregada voluntariamente por sus padres biológicos. La Defensora de Menores después de una queja elevada por la abuela biológica de la menor, decidió como medida provisional ubicarla en un hogar sustituto. Los padres de crianza interponen acción de tutela.

[45] *Ibíd.*

[46] “Artículo 19. Derechos del Niño. 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”.

[47] “Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

[48] “Artículo 16. Derecho de la Niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

[49] Estas últimas aprobadas por la Asamblea General de la Naciones Unidas el dieciocho (18) de Diciembre de dos mil nueve (2009).

[50] Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil doce (2012). El caso se originó en diversos procesos judiciales relativos a la guarda judicial y posterior adopción de M por parte del matrimonio B-Z sin contar con el consentimiento del señor Fornerón, padre biológico de M, así como a la falta de establecimiento de un régimen de visitas a favor de aquel, y a la falta de investigación penal sobre la supuesta “venta” de la niña al matrimonio B-Z. Se declaró, que el Estado de Argentina resultó internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija M, así como a los derechos del niño en perjuicio de esta

última.

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

[52] Ver entre otras las sentencias T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-689 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa).

[53] Sentencia T- 689 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa).

[54] Sentencia T-497 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

[55] Sentencia T-689 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa).

[56] Ibíd.

[57] Aprobadas mediante Resolución 45/112 del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

[58] Sentencia T-689 de 2012.

[60] Sentencia T-292 de 2004, ya citada.

[61] Ibíd. Al respecto es importante señalar entre otras las sentencias T- 217 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-278 de 1994 (MP. Hernando Herrera Vergara); T-049 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-715 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-941 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz); T-843 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T- 510 de 2003 y T-292 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinoza); T-497 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y más recientemente la T- 580A de 2011 (MP. Mauricio González Cuervo).

[62] Sentencia T-497 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En este caso la corte decidió amparar los derechos fundamentales de la menor Lucía quien había sido separada del hogar de crianza conformado por Juana y Antonio (accionantes). Dispuso entonces la entrega de la menor a los accionantes; en calidad de Hogar Amigo con el fin de que fueran tenidos en cuenta como familia adoptante, siempre y cuando llenaran los requisitos exigidos por la ley. Ordenó además que dicho procedimiento se hiciera en el menor tiempo

posible con el fin de evitar impactos negativos e irreversibles para el desarrollo integral de la menor.

[63] MP. Mauricio González Cuervo. En este caso la Corte tuteló los derechos fundamentales de la menor Lorena en su carácter de prevalentes y ordenó que fuera ubicada en el medio familiar en la modalidad de hogar amigo de los señores Julio y Ofelia (accionantes) de donde había sido separada por decisión administrativa del ICBF.

[64] Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el dieciocho (18) de diciembre de dos mil nueve (2009).

[65] Estas directrices definen como acogimiento informal “toda solución privada adoptada en un entorno familiar, en virtud de la cual el cuidado del niño es asumido con carácter permanente o indefinido por parientes o allegados (acogimiento informal por familiares) o por otras personas a título particular, por iniciativa del niño, de cualquiera de sus padres o de otra persona sin que esa solución haya sido ordenada por un órgano judicial o administrativo o por una entidad debidamente acreditada”. Adicionalmente, las directrices formulan, respecto de este tipo de acogimiento: “Por lo que respecta a las opciones de acogimiento informal del niño, bien dentro de la familia extensa, o bien con amigos o terceros, los Estados, si corresponde, deberían alentar a esos acogedores a que notifiquen la acogida a las autoridades competentes a fin de que tanto ellos como el niño puedan recibir cualquier ayuda financiera y de otro tipo que contribuya a promover el bienestar y la protección del niño. Cuando sea posible y apropiado, los Estados deberían alentar y autorizar a los acogedores informales, con el consentimiento del niño interesado y de sus padres, a que formalicen el acogimiento una vez transcurrido un plazo adecuado, en la medida en que el acogimiento haya redundado hasta la fecha en favor del interés superior del niño y se espere que continúe en un futuro previsible”.

[66] Folio 85. Mayúsculas en el texto.

[67] Auto de Apertura del Investigación PARD N° 23 de siete (7) de febrero de dos mil catorce (2014). Folio 10.

[68] Sentencia T-292 de 2004, ya citada.