**Providencia:** Tutela del 28 de octubre de 2015

**Radicación No.:** 66001-31-05-004-2015-00496-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** Sandra Luz Jaramillo Agudelo

**Accionado:** ICBF

**Juzgado de origen:** Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**Tema:**

**Medidas de restablecimiento de derechos: “***(...) En pocas palabras, las autoridades administrativas, al momento de decretar y practicar medidas de restablecimiento de derechos, deben “ejercer tales competencias legales de conformidad con la Constitución, lo cual implica proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad; lo contrario, paradójicamente, puede acarrear un desconocimiento de aquéllos (…)”[[1]](#footnote-1)*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Octubre 28 de 2015**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 1 de octubre de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Sandra Luz Jaramillo Agudelo,** en contradel **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF,** a través de la cual pretende que se ampare los derechos fundamentales a la **vida** e **integridad personal** de la menor **Soraya Gil Jaramillo.**

#### La demanda

Manifestó la actora que es madre de la menor Soraya Gil Jaramillo, la cual desde el mes de mayo del 2014 empezó a ausentarse de su casa, siendo encontrada por la Policía de Infancia y Adolescencia residiendo en las calles de Pereira. Ante tal situación, acudió al ICBF en procura de que su hija fuera llevada a alguna institución que le prestara asistencia, no obstante se le comunicó a la menor que se le daría la oportunidad de regresar a su casa, descartando su solicitud de llevarla a una institución que la ayudara.

Enunció que el 18 de julio de 2014 la menor se ausentó nuevamente de la casa, estando por fuera hasta que fue encontrada el 6 de agosto de 2014 por la Policía de Infancia y Adolescencia, y llevada al ICBF, para ser remitida a la institución Sirviendo Amor, en donde estuvo recluida recibiendo ayuda psicológica hasta febrero de 2015 que fue dejada con un familiar, no estando de acuerdo la madre con la decisión, pues la menor no mostraba mejoras en su comportamiento, afectando a sus hermanos menores de 8 y 9 años.

Expresó que pese a haber sido matriculada en la Institución Educativa Ciudadela Cuba, la menor regresó a las calles el 18 de abril de 2015, retornando a su casa el 29 del mismo mes y año, por lo que fue llevada el 5 de mayo de 2015 al ICBF, en donde la remitieron a un hogar de paso llamado “Esta es mi casa”, solicitando en su calidad de madre que se protegiera la vida de la menor y no se le permitiera salir, para que no pudiera volver a las calles. No obstante, el 10 de mayo de 2015, estando bajo custodia y cuidado del ICBF, Soraya Gil Jaramillo se retira de la institución, sin que se le informara de tal situación a la madre, la cual se enteró al haber sido vista la menor por un familiar consumiendo sustancias alucinógenas en la calle. Así al consultar al ICBF sobre lo ocurrido le es manifestaron que la menor no podía ser obligada a permanecer en un centro de protección, sin que pudieran darle mayor información sobre la salida de Soraya de la institución.

Agregó que el 3 de julio de 2015 al llevar a la menor al ICBF, reiteró la solicitud de que se le diera tratamiento en una institución donde no se le permitiera salir, pero ignorando la entidad su petición, llevaron a la menor a una institución de puertas abiertas llamada “Hogares Claret”, lugar de donde la menor volvió a ausentarse hasta la fecha de presentación de la tutela, visitando esporádicamente a su familia, quien la ha observado con heridas hechos por una cuchilla de afeitar.

Conforme a los hechos narrados anteriormente solicitó por medio de la acción constitucional que se tutelaran los derechos fundamentales de la menor, toda vez que las situaciones referidas atentan contra la vida y la integridad personal de Soraya Gil Jaramillo, por la falta de tratamiento adecuado y de límites a su libertad hasta que se recupere.

#### Contestación de la demanda

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de su directora regional, suministró respuesta a la acción incoada, afirmando que el caso de la menor Soraya Gil Jaramillo fue conocido por el Centro Zonal Pereira mediante radicado 1193463946, en virtud del cual la menor ha tenido varios ingresos a las medidas de protección del ICBF, garantizándosele los derechos que su medio familiar le ha vulnerado, pues en una ocasión fue necesaria la presentación de denuncia por presunto abuso sexual por parte de su padrastro, por lo que se le realizaron las valoraciones e intervenciones por parte del equipo interdisciplinario competente en la búsqueda de la familia extensa que asumiera su cuidado.

Afirmó que luego de brindársele varias veces la medida, Soraya decidió abandonar el programa de rehabilitación ofrecido por el ICBF, por lo que se citó a la progenitora con el fin de abordar el caso y buscar estrategias comunes para que continuara el proceso; sin embargo la madre no hizo presencia, de acuerdo a la constancia del 26 de agosto de 2015.

Argumentó que el principio de corresponsabilidad señalado en los artículos 10 y 14 de la Ley 1098 de 2006, se predica en primera instancia de la familia, por lo que los cuestionamientos de la actora frente al ICBF respecto al comportamiento de su hija, competen igualmente a su rol de progenitora, máxime que con las intervenciones de los diferentes equipos interdisciplinarios se ha dotado al grupo familiar de las herramientas para ello.

Finalmente, solicitó que se valore que la accionante como parte en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de su hija, pudo hacer uso de los recursos planteados en la ley 1098 de 2006 al presentar su inconformidad frente a las decisiones que se tomaron, con el fin de que el caso sea estudiado por el Juzgado de Familia. Por tanto consideró que no es procedente la acción de tutela, pues en la misma no es posible la revocatoria de actos administrativos o como en el caso objeto de estudio, la solicitud de vinculación a proceso de rehabilitación donde la principal actora es la joven, siendo necesaria su voluntad para la recuperación.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado tuteló los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Para llegar a tal conclusión la A-quo consideró que se está frente a una menor en estado de riesgo, que debe ser protegida, por lo que, si bien el ICBF inició el tramite administrativo para el restablecimiento de los derechos de la menor, no es de recibo que el mismo haya sido archivado por la Defensora de Familia, ante la manifestación expresa de la menor, pues dada la minoría de edad, la misma está en incapacidad de tomar decisiones sobre su propio destino, dejándola a su suerte.

No obstante, afirmó que no es procedente privarla de la libertad como es el deseo de la madre, por cuanto no se trata de una menor infractora de la ley, sino de una que requiere ser protegida hasta de ella misma, procediendo el amparo de sus derechos con el acompañamiento de su familia, la sociedad y el Estado, teniendo en cuenta que Soraya Gil Jaramillo no cuenta con un hogar seguro, no siendo tampoco las calles el mejor lugar para ella, máxime cuando se ha acreditado el consumo de estupefacientes.

En consecuencia, amparó los derechos de la menor, ordenando a la madre que acuda cuantas veces resulte necesario ante el ICBF en procura de atención y ayuda a su hija, cumpliendo a su vez sus obligaciones como progenitora; y a la entidad accionada que encuentre los mecanismos necesarios para garantizarle a la menor una vida en condiciones dignas, sea en su propio hogar o en una institución que le brinde dichas condiciones, evitando responsabilidades por omisión de sus funciones legales, hasta cuando la menor deje de estar en situación de riesgo.

#### Impugnación

La accionante interpuso recurso de apelación, argumentando su disenso en los siguientes términos:

Afirmó que le ha ofrecido a la menor apoyo y acompañamiento familiar, siendo matriculada en febrero de 2015 en la Institución Educativa Ciudadela Cuba, pese a haber estado en las calles y tener un comportamiento desafiante e indisciplinado. No obstante al regresar a las calles y por sus malos hábitos, que afectan a sus hermanos menores, ha solicitado reiteradamente al ICBF que la recluya en una institución de puertas cerradas, en donde se le ofrezca un tratamiento integral en busca de su rehabilitación, sin que este constituya una sanción.

Agregó que el presunto abuso sexual por parte de quien fuera su pareja nunca fue probado, siendo confrontados ambos y guardando silencio la menor, pues en varias oportunidades se ha visto involucrada en mentiras, y el presunto responsable solicitó que se abriera investigación penal al respecto, ante lo cual el ICBF no realizó gestión alguna. Además, aclaró que el mentado señor no reside en su casa desde septiembre de 2014.

Manifestó que el ICBF ha permitido que la menor retome las calles, dejándola desprotegida y a su suerte, pese a conocer que consume sustancias psicoactivas, adquiriendo hábitos que afectan su desarrollo y formación.

Asegura que la Jueza de primera instancia incurre en contradicción al considerar que el medio familiar parece adverso a la menor, que la misma corre peligro en la calle, que no tiene capacidad para tomar decisiones y que es un peligro incluso para ella misma, pero al mismo tiempo ignora la solicitud de ingresarla en una institución de puertas cerradas, concluyendo que no es procedente privarla de su libertad.

Finalmente reiteró la solicitud en cuanto a que la menor sea ubicada por la policía de infancia y adolescencia o el ICBF, para que se limite su libertad de locomoción en una institución de puertas cerradas hasta tanto se recupere.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Vulnera el ICBF los derechos fundamentales de la menor Soraya Gil Jaramillo al no limitar su libertad de locomoción, internándola en un hogar de puertas cerradas?

* 1. **De las medidas de restablecimiento de derechos de los menores.**

Sobre el particular dijo la Corte Constitucional en sentencia T-502 de 2011, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub:

*“Ha concluido la jurisprudencia constitucional, en relación con la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, que la adopción de estas medidas (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 pocas palabras, las autoridades administrativas, al momento de decretar y practicar medidas de restablecimiento de derechos, deben “ejercer tales competencias legales de conformidad con la Constitución, lo cual implica proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad; lo contrario, paradójicamente, puede acarrear un desconocimiento de aquéllos”*

Asimismo, en sentencia T-075 de 2013, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, el Alto Tribunal puntualizó las implicaciones y responsabilidades que acarrea el restablecimiento de los derechos de los menores frente a las autoridades:

*“El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, implica la restauración de su dignidad e integridad como sujetos de derechos y de la capacidad para realizar un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados. En ejercicio del restablecimiento, las autoridades deberán surtir procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y aplicarán oportunamente las medidas conducentes a ello. Aunado a lo anterior, es preciso señalar que conforme a la verificación de la garantía y protección del interés superior del niño, la niña o el adolescente, el defensor y el comisario de familia, como ejecutores del trámite de restablecimiento de los derechos y en cumplimiento de la función que debe ejercer el Estado para la protección de los derechos de los menores de edad, deben ir más allá del simple cumplimiento de los requisitos y las exigencias del trámite administrativo, para realizar una revisión de los requisitos sustanciales del asunto y establecer si la decisión viola derechos fundamentales de los niños involucrados, determinando si la medida adoptada es oportuna, conducente y conveniente, según las circunstancias que rodean al niño, niña o adolescente.”*

* 1. **Caso concreto**

 En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito de que se proteja los derechos fundamentales a la vida e integridad personal de la menor Soraya Gil Jaramillo, toda vez que la misma se encuentra residiendo en las calles, consumiendo sustancias sicoactivas, al haberse evadido tanto de su hogar como de las diferentes instituciones en donde ha sido internada con el propósito de restablecer sus derechos, manifestando expresamente su voluntad de abandonar el proceso.

 Así pues es necesario considerar inicialmente que lo que se presenta es un juicio de proporcionalidad entre dos mandatos constitucionales, siendo el primero la protección especial a la vida e integridad personal de la menor, y el segundo el respeto por la libertad, que solo puede limitarse cuando el interés mayor de la sociedad así lo exige o en caso de que se demuestre que es indispensable para salvaguardar otros derechos fundamentales, esto es cuando se está ante una persona que requiere de especial protección del Estado por contar con un diagnóstico de trastornos mentales o adicción a sustancias psicoactivas, que requiera de una medida de rehabilitación en medio cerrado, en procura de garantizar su recuperación y la protección de los terceros que puedan verse afectados. Igualmente el referido interés del estado por salvaguardar la libertad, trae consigo la garantía al libre desarrollo de la personalidad, que tanto ha sido amparado por la Corte Constitucional, exigiendo incluso, en el caso de tratamientos de rehabilitación para fármacos dependientes, no solo la orden y diagnóstico médico, sino el consentimiento del paciente.

De esta manera, resulta para Sala que dada la importancia de ambos mandatos constitucionales como valores y principios fundantes e ideales del Estado, deben coexistir, pues solo en los casos en que se está frente a un inminente resultado adverso, ha de prevalecer uno frente al otro. Así, si bien la menor Soraya Gil Jaramillo se encuentra desprotegida y en peligro por estar habitando las calles, su estado no permite concluir que sea pertinente su reclusión en un establecimiento en medio cerrado, pues se reitera, cuando no se está frente a un infractor de la ley penal, tal circunstancia resulta de aplicación excepcional y exclusiva en los casos en que mediante un diagnóstico y orden del profesional de la salud, se determina como el tratamiento más idóneo, el internamiento del paciente en procura de evitar la agravación de otras afecciones en la salud que éste padezca, ya sean de índole psiquiátricas o farmacodependientes. Así lo ha establecido la Corte Constitucional en sentencia T-538 de 2013, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, en donde puntualizó que el internamiento pierde toda legitimidad constitucional cuando tiene como objetivo único la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos practican, contradiciendo la autonomía, dignidad y el libre desarrollo de la persona, por lo que las medidas de rehabilitación se permiten exclusivamente cuando se cuente con orden de médico tratante y se preserve el consentimiento de las personas que se sometan a las mismas.

Por tanto, la petición de la accionante, como madre de la menor, debe negarse, toda vez que no encontró esta Corporación una opinión médica que mostrara la necesidad de que la joven se sometiera a tal procedimiento, pues no basta con las manifestaciones de su progenitora ni la aceptación de la menor de que ha consumido sustancias psicoactivas, para que se ordene el tratamiento en un medio cerrado, el cual, como se indicó es de aplicación excepcional, cuando las necesidades médicas así lo requieren. Igualmente, se aclara que no se está desconociendo los derechos fundamentales de Soraya, sino por el contrario, se busca la armonía entre todas las garantías constitucionales que la cobijan, evitando la dicotomía de amparar un derecho fundamental, en menoscabo de otro de igual rango.

Con todo, dado que la razón inicial del ICBF para archivar el proceso de restablecimiento de la menor, se debió a una manifestación de la voluntad de aquella, en la que aseguró no querer seguir con el proceso de rehabilitación, se aprecia a folio 69, fechado el 6 de octubre de 2015, que por iniciativa propia Soraya Gil Jaramillo acudió solicitando la protección del ICBF, con la firme intención de participar activamente en las medidas que sean asignadas para su recuperación, motivo por el cual la Defensora de Familia del Centro Zonal de Pereira reabrió la investigación de restablecimiento de derechos de la menor, ordenando su ubicación en una institución de protección-comunidad terapéutica, y cumpliendo igualmente con el fallo de tutela de primera instancia.

En este orden de días, procederá esta Corporación a confirmar la sentencia proferida el 26 de junio de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, toda vez que contando con la disposición de la menor, el proceso de rehabilitación en la institución terapéutica, resulta proporcional para la afectación de los derechos que venía sufriendo, pues con la misma se aleja de la amenaza a su integridad personal que proporcionaban las calles y el consumo de estupefacientes. Con la aclaración, que si bien debe tomarse en cuenta la decisión libre de la menor, esta no es motivo suficiente para que el ICBF se exonere de sus responsabilidades de cuidado y protección frente a la misma, pues al ser la institución revestida de la autoridad del estado para propender por el bienestar de los niños y adolescentes, cuenta con todas las herramientas que le permitan, con el acompañamiento de los familiares y un anexo interdisciplinario, adoptar las diferentes medidas que salvaguarden a sus protegidos, de manera que si la medida adoptada no cumple con su propósito, debe buscar una alternativa, teniendo en cuenta siempre las condiciones especiales de cada menor y su entorno social. En este sentido se adicionará la acción de tutela.

Corolario de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal tercero dela sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 1 de octubre de 2015, en el sentido de que si la medida adoptada inicialmente por el ICBF no cumple con su propósito, debe buscar una alternativa, teniendo en cuenta siempre las condiciones especiales de la menor y su entorno social, sin que sea motivo suficiente para exonerarse de sus responsabilidades de cuidado y protección, una manifestación libre de su protegida.

**SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia.**

**TERCERO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**CUARTO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

**Secretaria**

1. Sentencia T-502 de 2011, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-1)