

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, nueve (9) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Providencia: Sentencia.
Proceso: Acción de Tutela.
Radicación: 73001-31-03-005-2021-00188-00
Accionante: Sindicato de Madres Comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "SINTRACIOHOBI"
Accionado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y otros.

Tema a Tratar: **DERECHOS FUNDAMENTALES:** El ordenamiento jurídico ha reconocido la existencia de intereses individuales y de carácter colectivo o difuso, en los primeros la titularidad se predica del individuo afectado, mientras que la segunda es una titularidad difusa; los dos tienen diferentes mecanismos para su protección, de naturaleza constitucional. Entonces como el eje de amparo es la protección de los derechos de la persona, fundamento y base del ordenamiento político; se intenta superar las limitaciones de un modelo liberal clásico de individualidad y con base en el principio de solidaridad, se diseñan una serie de garantías para el resguardo de las colectividades. Así las cosas, de intereses difusos se arroja la titularidad de derechos indivisibles o supraindividuales.

I. OBJETO DE DECISIÓN:

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela interpuesta por **Sindicato de Madres Comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "SINTRACIOHOBI"** contra **el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio del Interior.**

II. ANTECEDENTES:

Sindicato de Madres Comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "SINTRACIOHOBI" promovió la presente Acción de Tutela contra **el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio del Interior,** efectos de obtener las siguientes

III. PRETENSIONES:

Se ordene al ICBF para que se suspenda la orden de regreso a las actividades de los hogares comunitarios.

IV. HECHOS:

El accionante - ***Sindicato de Madres Comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "SINTRACIOHOBÍ"*** -, indica que es el sindicato de las madres comunitarias del ICBF, quienes debido a la pandemia el ICBF suspendió el servicio de hogares comunitarios. Que, el Ministerio del Interior, profirió el Decreto No. 580 de 2021, del 31 de mayo de 2021, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID -19, y el mantenimiento del orden público, se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable y la reactivación económica segura que regirá en la República de Colombia, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID19, que en el artículo 4 de dicha norma se dispuso el aislamiento selectivo en municipios con ocupación de Unidades de Cuidados Intensivo -UCI- superior al 85% por causa del Coronavirus COVID -19.

Que, únicamente los alcaldes en los municipios y distritos con ocupación de Unidades de Cuidados Intensivo - UCI superior al 85%, previo concepto del Ministerio de Salud y Protección Social y con la debida autorización del Ministerio del Interior, podrán restringir algunas actividades, áreas, y zonas para el control y manejo de la pandemia ocasionada por el Coronavirus COVID 19. Que el último reporte del Ministerio de Salud, entregado el 4 de Julio del 2021, informo de 26.928 nuevos casos de coronavirus en el territorio nacional; se registraron 582 pacientes fallecidos en las últimas 24 horas, para un total de 108.896, que adicionalmente, hay 181.978 casos activos.

Expone que el ICBF a partir de julio del 2021 ordeno nuevamente que las madres comunitarias volvieran sus labores abriendo los hogares para los menores que cumplan con los requisitos del programa de cero a siempre, por lo que el sindicato SINTRACIOHOBÍ elevo un derecho

de petición al ICBF solicitando que se suspendiera el regreso de las madres comunitarias debido a la pandemia. Refiere que con este desgarrador panorama la organización sindical insto al ICBF para la implementación de la Directiva 05 del 17 de junio de 2021, la cual establece orientación para el regreso a la prestación del servicio educativo de manera presencial, pues de manera directa lesiona el principal de los derechos Superiores como lo es el de la vida a someter a la comunidad educativa a un inminente riesgo de contagio por el rebrote que presenta en estos momentos la enfermedad lo que indudablemente traerá como consecuencia el colapso en la prestación de los servicios médicos asistenciales el cual desde ya se están anunciado por los diferentes especialistas en la materia.

Aduce que, a la situación actual de la pandemia se suman aspectos de trascendente importancia los cuales fueron advertidos por la organización sindical al ICBF, tales como, -La edad de las madres comunitarias que oscilan entre 55 y 80 años, son sujetos con un grado de contagio mayor y consecuencias catastróficas si les llegan a dar el virus. -El lugar de prestación del servicio del programa el ICBF el cual se realiza en la casa de cada madre comunitaria en un espacio reducido, no adecuado para ello, sin adecuado suministro de agua y debida ventilación de espacios. No se cuenta con la infraestructura en relación con aulas, restaurante escolar etc., que permita el distanciamiento obligatorio entre madres comunitarias, menores y padres usuarios. -No se cuentan con las medidas de prevención para evitar el contagio del virus como son baños, guantes, alcohol, tapabocas y demás elementos de bioseguridad, el ICBF no ha realizado dichas labores para que se pueda prestar el servicio de hogares comunitarios. -No se puede garantizar un retorno seguro de los niños y niñas a los hogares de bienestar, el ICBF y los hogares comunitarios no cuentan con la implementación, de los protocolos ni les ha sido suministrado los de elementos mínimos de Bioseguridad que garantice un retorno a actividades presenciales sin riesgo de contagio por Covid-19.

A la fecha las madres comunitarias no han recibido su esquema de vacunación completa tal y como lo ordena la resolución 777, ni mucho menos el esquema de inmunidad que se prevé después de completado el mismo, como quiera que las diferentes casas farmacéuticas tienen coberturas diferentes en cada una de sus vacunas.

Así mismo indica que se ha omitido por parte del ICBF diseñar los procedimientos e impartir, las estrategias que deban ser aplicadas por los operadores y madres comunitarias para responder al deber de cuidado de todos sus niños siquiera para minimizar los riesgos del contagios y tampoco ha dado a conocer las medidas adoptadas y recursos dispuesto para garantizar las regularidad de las condiciones de bioseguridad en cada uno de los hogares, tales como termómetros digitales; bases para dispensadores de gel; dispensadores de toallas de manos; lavamanos portátiles autónomos con dispensador; tapetes con biocomponentes y tapabocas en material textil lavable para los estudiantes, etc. como tampoco equipos de aseo para la desinfección de las aulas y pupitres en cada cambio de clase, de los baños, los servicios de cafetería, espacios de actividad física, disposición de tapabocas o pañuelos usados, etc. poniéndose en riesgo la salud y la vida de la comunidad del programa de cero a siempre.

V. TRÁMITE PROCESAL:

Correspondió por reparto a este Juzgado el trámite de la presente acción, admitida mediante proveído del diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021), corriéndosele traslado a la parte accionada para que se pronunciaran sobre los hechos vulnerantes alegados en su contra:

El Ministerio de Salud y Protección Social, sostuvo que no ha violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno. Toda vez, que dicho ente Ministerial, en respuesta dada a esta acción Constitucional indica que el COVID-19 desde el año 2020 ha generado la emergencia sanitaria en la que nos encontramos, por ello y conforme a la dinámica epidemiológica se han adoptado diferentes medidas de prevención, entre la adopción del Plan Nacional de Vacunación, por medio del Decreto 109 de 2021, acto administrativo en el que se definieron los criterios de priorización de los diferentes grupos poblacionales, apuntando a proteger los daños más graves e inmediatos sobre la vida, la salud y la dignidad de los habitantes del territorio colombiano, por ello, nadie fue excluido, lo que sucede es que la vacunación se ira ejecutando gradualmente, con el objetivo de lograr la reducción de la mortalidad por COVID-19, la

disminución de la incidencia de casos graves y la protección de la población que tiene alta exposición al virus, entre otras, cuyo orden ha sido establecido a partir de unos criterios éticos, epidemiológicos y demográficos, que priorizan a las personas con más riesgo de enfermarse gravemente y morir por COVID-19.

Resalta que el orden para acceder a la aplicación del biológico ha sido establecido a partir de unos criterios éticos, epidemiológicos y demográficos, que priorizan a las personas con más riesgo de enfermarse gravemente y morir por COVID-19, por lo que los docentes fueron incluidos en la Fase 1 Etapa 3 del Plan Nacional de Vacunación, y con ello ese grupo poblacional fue protegido en su vida y salud, disminuyendo los riesgos graves por contagio de Covid-19. Referido a la aplicación de la Resolución 777 de 2021 y sus anexos técnicos, indica que es importante tener en cuenta que a nivel nacional se reactivara el Sector Educación, cumpliendo las medidas de protección y el esquema de vacunación según biológico suministrado, de esa manera en cada ente territorial planearan y determinaran el retorno presencial.

Señala que, las competencias constitucionales y legales de esta cartera Ministerial se encuentran limitadas por la Constitución y la Ley, donde se deriva que dicha norma ni ninguna otra le haya atribuido competencia para regular temas, competencia del Ministerio de Educación o las Secretarías de Educación, tales como la modificación de la fecha de regreso presencial de los docentes a sus labores, de igual forma, no compete a esta cartera validar la bioseguridad de las instituciones educativas. Precisa que dichas solicitudes se escapan de la órbita de las competencias funcionales de esta Cartera Ministerial, la misma, es una responsabilidad que le compete única y exclusivamente al Ministerio de Educación y a las Entidades Territoriales.

Frente a la materialización de la vacuna, precisa que, de acuerdo a los lineamientos técnicos existentes, los cuales se encuentran basados en evidencias científicas, para el caso en concreto, es necesario que la aplicación para completar los esquemas de dos dosis, cuenten con un periodo de aplicación desde la 1 dosis para obtener la aplicación de la segunda dosis de la vacuna. Termina que no ha sido establecido de manera

caprichosa, sino por el contrario, el mismo, lo que busca es garantizar la efectividad de los biológicos, tal y como lo prevé la Resolución 430 de 2021. Que, de acuerdo a las directrices en materia de presencialidad académica, son competencia de cada ente territorial; en virtud de ello y atendiendo a los lineamientos generales emitidos por parte de esta Cartera Ministerial, es la secretaria de Educación en cabeza de la Institución Educativa quien debe proceder a dar aplicación a los actos administrativos emitidos en dicha materia. Elio con el fin de atender, garantizar y preservar el Derecho a la educación y a la salud en un conjunto. Que el avance del Plan Nacional de Vacunación contra el COVID-19 definió la priorización de los docentes y profesores, apuntando a proteger los daños más graves e inmediatos sobre la vida, la salud y la dignidad de los habitantes del territorio colombiano con el objetivo de lograr la reducción de la mortalidad por COVID-19, la disminución de la incidencia de casos graves y la protección de la población que tiene alta exposición al virus.

Este avance, permite que se activen diferentes sectores de la sociedad, entre ellos, los sectores educativos. Que, un protocolo de bioseguridad es un conjunto de normas y medidas de protección personal, de autocuidado y de protección hacia las demás personas, que deben ser aplicadas en diferentes actividades que se realizan en la vida cotidiana, en el ambiente laboral, escolar, etc., que se formulan con base en los riesgos de exposición a un determinado agente infeccioso y, que están orientados a minimizar los factores que pueden generar la exposición al agente y su transmisión. Que la medida más efectiva para prevenir el COVID-19 es lavarse las manos correctamente y de forma frecuente con agua y jabón. Hacerlo frecuentemente reduce hasta en 50% el riesgo de contraer coronavirus. De igual manera, se recomiendan otras medidas preventivas cotidianas para ayudar a prevenir la propagación de enfermedades respiratorias. Informa que el Decreto Legislativo 539 del 13 de abril de 2020 estableció que durante el término de la Emergencia Sanitaria el Ministerio de Salud y Protección Social es el competente para expedir los protocolos que sobre bioseguridad se requieran para todas las actividades económicas, sociales y sectoriales que se encuentren autorizadas, a fin de mitigar, controlar y evitar la propagación de la pandemia y realizar su adecuado manejo. Es así como, mediante la Resolución 777 del 02 de junio de 2021 el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó el protocolo

general de bioseguridad para todas las actividades económicas, sociales y sectores de la administración pública, el cual está orientado a minimizar los factores que pueden generar la transmisión de la enfermedad y deberá ser implementado por los destinatarios de este acto administrativo en el ámbito de sus competencias y cuyo cumplimiento debe ser estricto. Que el retorno a la presencialidad académica del cuerpo Docente, ciertamente se encuentra en cabeza de la secretaria de Educación y los Centros educativos en particular. No obstante, son ellos quienes tienen la responsabilidad de dar aplicación a los actos administrativos emitidos en dicha materia, asimismo, deberán cumplir con todos los protocolos dispuestos por esta Cartera. Que de conformidad con lo establecido en el mencionado Decreto Legislativo 539 de 2020, la vigilancia del cumplimiento del protocolo general, así como de aquellos especiales que se hayan expedido para determinadas actividades, es competencia de las autoridades departamentales o municipales. Que el Covid-19, es una enfermedad altamente infecciosa causada por un virus respiratorio, conocido como síndrome respiratorio agudo grave coronavirus 2 (SARSCoV-2), que produce síntomas parecidos a los de una gripe, como lo son: fiebre, tos, dificultad respiratoria, cansancio, dolor en los músculos, entre otros.

Que el riesgo de contagio por Covid-19 es mayor en espacios interiores, las autoridades de salud reconocen tres vehículos de transmisión del coronavirus : las pequeñas gotitas al hablar o toser, que pueden acabar en los ojos, boca o nariz de las personas que se encuentran cerca; las superficies contaminadas (fomites), aunque los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de EE. UU. indican que esta es la forma menos probable de contraer el virus, una conclusión respaldada por la observación del Centro Europeo para el Control y la Prevención de Enfermedades (ECDC) de que no se ha observado un solo caso de Covid-19 causado por fomites; luego, finalmente, está la transmisión por aerosoles: la inhalación de partículas infecciosas invisibles exhaladas por una persona infectada que, una vez que salen de la boca, se comportan de manera similar al humo. Sin ventilación, los aerosoles permanecen suspendidos en el aire y se vuelven cada vez más densos a medida que pasa el tiempo.

Finalmente indica que el accionante a través de este mecanismo constitucional solicita se amparen sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF sin precisar, argumentar ni demostrar la afectación alegada, al respecto, es preciso tener en cuenta que esta Entidad no es responsable por la pandemia del COVID-19 ni los efectos que ha ocasionado en los diferentes sectores de la población mundial. Que sumado a lo anterior, la parte actora tampoco probó que terceros presuntamente afectados se encontraran en alguna condición especial o de disminución para hacer valer sus derechos de manera particular y concreta teniendo en cuenta que, en sus pretensiones solicita un amparo para los estudiantes, padres y demás familiares ni reunir los elementos objetivos que le permitan actuar en su nombre como agente oficioso. Que, corolario de lo anterior, la acción popular es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos. Como se indicó, mediante su ejercicio, se pueden adoptar medidas cautelares, decretar pruebas y en la sentencia emitir las ordenes necesarias para detener o conjurar la afectación real, concreta e inminente, ya sea para prevenir el daño, volver las cosas al estado anterior, o cesar la vulneración, que es claramente la pretensión que el actor intenta mediante el ejercicio de la presente acción de tutela. Que, bajo ese contexto, del escrito de tutela se desprende que se ejerce la acción de tutela con el objeto de que se protejan los derechos fundamentales a la vida, la salud y la igualdad del personal de las empresas de transporte terrestre especial de pajeros, es decir, no pretende se le proteja un derecho fundamental e individual sino el de un grupo poblacional.

Que hay que tener en cuenta que la Resolución 777 de 2021, faculta a las secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas para organizar el retorno de actividades académicas presenciales de los docentes, directivos docentes, personal administrativo y personal de apoyo logístico con esquema completo de vacunación, sin que dicha norma faculte o le atribuya al Ministerio de Salud y Protección Social, la responsabilidad de las citadas actividades, por lo que solicita se declare improcedente el presente mecanismo Constitucional.

El Ministerio del Interior, indica que la legitimación en la causa es un deber de requisito de procedencia para proferir sentencia de fondo y así está establecido en el Decreto 2591 de 1991. Al respecto, sobre el texto en comento la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-1101/06 manifestó que la legitimidad e interés es un presupuesto para entablar las Acciones de Tutela, de suerte que corresponde la carga de la prueba a quien instaure dicha acción, por lo que la falta de legitimación dará un resultado adverso a las pretensiones que quieren ampararse. En efecto, la identificación del demandado que posiblemente este vulnerando un derecho fundamental es una exigencia que reconoce nuestra Constitución Política y el mismo Decreto 2591 de 1991, debe tener una calidad subjetiva con el interés sustancial que se discute en esta acción.

Para la prosperidad de una Acción de Tutela resulta indispensable que se indique en forma concreta, ya demás se pruebe, la acción u omisión con conllevó a la vulneración de los derechos fundamentales indicados por el accionante. En el presente asunto no existen acciones u omisiones por parte del Ministerio del Interior tendientes a vulnerar o amenazar los derechos fundamentales del accionante. Se concluye de los mismos argumentos planteados por quien solicita el amparo, que el Ministerio del Interior no ha intervenido en la vulneración de los derechos invocados. Así, cuando no se es responsable del quebrantamiento de los derechos fundamentales invocados, surge para ante el Juez Constitucional la evidencia de que la tutela no puede concederse en contra de quien no vulnera ni amenaza tales garantías.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF en replica hecha por esta entidad indica que no es cierto que se haya suspendido el servicio de atención a la primera infancia, pues el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ha atendido cada una de las recomendaciones emitidas por el Gobierno Nacional, por lo tanto, lo que se suspendió de forma transitoria y excepcional fue la atención presencial de las niñas y los niños en las unidades de servicio - UDS., por cuanto ante la presencia en Colombia de casos confirmados por el COVID19, el Ministerio de Salud y Protección Social, como órgano rector de los lineamientos en salud y competente para generar acciones de vigilancia epidemiológica,

expidió la Resolución 385 de 2020, donde declare la emergencia sanitaria en el territorio nacional desde el 12 de marzo de 2020 hasta el 30 de mayo de 2020; posteriormente, fue a través del de la resolución No. 844 del 26 de mayo de 2020 donde se resolvió prorrogar la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 31 de agosto de 2020, y por su parte dentro de las medidas sanitarias decidió "2.5. Ordenar a todas las autoridades del país y a los particulares, de acuerdo con su naturaleza y en el ámbito de su competencia, cumplir en lo que les corresponda, con la estrategia, de respuesta para enfrentar la pandemia, formalizada mediante la Resolución 779 de 2020, o la norma que la modifique o sustituya".

Que, de acuerdo con la misionalidad del ICBF, que es brindar atención integral a niñas y niños de manera oportuna, eficaz, adecuada y de calidad, en las condiciones más adecuadas teniendo en cuenta la prevalencia de sus derechos frente a los derechos de los demás, así como el interés superior que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos, se ha promovido la adopción de medidas de prevención, manejo y contención ante el COVID-19 en los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral de niñas y niños de primera infancia y mujeres gestantes en el territorio nacional. Que, con base en lo anterior, la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, emitió las circulares 002 y 003 del 12 de marzo de 2020, en las que realizaron recomendaciones generales e impartió instrucciones específicas para la prevención, el manejo y la contención del COVID-19 en los servicios de Bienestar Familiar del ICBF.

Refiere que expidió la Resolución No. 2900 del 16 de marzo 2020, "Por la cual se adoptan medidas transitorias y excepcionales en la prestación de los servicios de Bienestar Familiar del ICBF, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19", la cual fue donde inicialmente se adoptaron medidas en los diversos servicios del ICBF para la prevención, manejo y contención ante el COVID19, así como el memorando con radicado No. 202016000000054373 del 16 de marzo de 2020, de la Dirección de Primera Infancia del ICBF. Que posteriormente, desde la Dirección General del ICBF, se expidió la Resolución 3286 del 20 de abril de 2020, donde decide, "Ampliar la suspensión de forma transitoria y excepcional hasta el 31 de julio de la presente anualidad, de la

atención presencial en las Unidades de Servicio -UDS-, Unidades Comunitarias de Atención -UCA- y Grupo de Atención -GA- de todas las modalidades y servicios de atención a la Primera Infancia que presta el ICBF a las niñas y los niños entre 0 a 5 años de edad, y mujeres gestantes", la cual se adoptó en aras de garantizar los derechos fundamentales a la vida, la integridad y la seguridad personal de las niñas y los niños, como medida de urgencia para la protección integral de sus derechos y contrarrestar el riesgo de contagio de coronavirus COVID-19, con miras a privilegiar el principio de su interés superior.

Que, como consecuencia de esto, se presentó la imperiosa necesidad de intensificar las acciones de prevención de posibles situaciones de amenaza o vulneración de derechos, garantizar la educación inicial y el adecuado aporte nutricional, de allí que fue importante recordar a las EAS, su responsabilidad frente a la materialización de la atención durante la suspensión de la atención presencial, la cual se logra a través de estrategias operativas de atención y acompañamiento familiar, conforme a los seis componentes de calidad de la educación inicial y en el marco de la atención integral, los cuales señala.

Del mismo modo, predica que teniendo en cuenta que mediante la Resolución 3500 del 23 de junio el ICBF, modifica el artículo primero de la Resolución 7024 del 31 de diciembre de 2020, en el sentido de retornar a la atención de forma presencial de manera progresiva en las Unidades de Servicio -UDS, Unidades Comunitarias de Atención -UCA y Grupo de Atención GA- de todas las modalidades y servicios de atención a la Primera Infancia que presta el ICBF a las niñas y los niños entre 0 a 5 años, y mujeres gestantes, de conformidad con los criterios y condiciones regulados en la Resolución 777 del 2 de junio de 2021, del Ministerio de Salud y Protección Social y, en general, con la normativa y lineamientos que la modifiquen o sustituyan. que expida dicho ente regulador junto con el Gobierno Nacional en las presencial.

Así mismo en el párrafo se indicó que, (...) Durante el término del retorno a la atención presencial en los servicios dirigidos a la Primera Infancia del ICBF, de forma progresiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo cuarto y sexto de la Resolución 777 de 2021 del

Ministerio de Salud y Protección Social, se mantendrá transitoriamente la atención remota (...). Que, partiendo de la premisa que en el marco de las funciones que le otorga la ley 1804 de 2016 al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para promover el desarrollo integral de las niñas y los niños de cero a cinco años, mediante la implementación de los servicios de educación inicial con enfoque de atención integral, durante el año 2020, se garantizó el derecho a la educación inicial de las niñas y los niños en primera infancia atendidos por el ICBF a través de la estrategia Mis Manos Te Enseñan, reconociendo a la familia como agente corresponsable potenciador de su desarrollo. Sin embargo, tal y como la evidencia científica en este tema lo plantea, se hace también innegable que la suspensión de la educación inicial presencial ha incidido directamente en el desarrollo integral y las habilidades socioemocionales de las niñas y los niños.

Que, en ese sentido, la evidencia científica ha demostrado que el cierre de los entornos educativos puede tener un efecto directo en el nivel de estrés que enfrentan las niñas y los niños debido al aislamiento de sus amigos y maestros, cambios repentinos y extremos en sus rutinas diarias habituales y preocupaciones sobre su salud y la de su familia. Que es cierto que el sindicato interpuso un derecho de petición en la Regional Tolima bajo el radicado No. 202159400000047 como consta en archive adjunto cuyo asunto es Rechazo a la Presencialidad. Sin embargo, con el radicado 202159300000046381 del 27 de julio se otorgó respuesta por parte del director Regional del Tolima, la cual fue remitida a la señora Shirley Yolanda Gómez.

Que no se tiene conocimiento que textualmente la organización sindical haya instado al ICBF para la implementación de la Directiva 05 del 17 de junio de 2021; sin embargo, resalta que este documento fue expedido por la Ministra de Educación y contiene las orientaciones para el regreso seguro a la prestación del servicio educativo de manera presencial en los establecimientos educativos oficiales y no oficiales en concordancia con el contenido de la resolución 777 de 2021 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, situación que desde el ICBF también se acogió mediante la resolución 3500 del 23 de junio del presente año, tal como se expuso, por lo que teniendo en cuenta

lo anterior, la mencionada Directiva, no es vinculante para los servicios de atención a la Primera Infancia del ICBF, toda vez que, está dirigida a Gobernadores, Alcaldes, Secretarios de Educación de Entidades Territoriales Certificadas y no Certificadas en Educación, Jefes de Talento Humano, Docentes, Directivos Docentes y Comunidad Educativa de establecimientos oficiales y no oficiales. Que, por lo anterior, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de los actos administrativos expedidos por la Dirección General es quien imparte las acciones y orientaciones para la implementación de los servicios de educación inicial en el marco de su Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia del ICBF, Manuales Operativos de las cuatro modalidades de educación inicial y Anexos técnicos. Esto teniendo en cuenta que los servicios del ICBF no hacen parte del sistema educativo formal regulado por la Ley 115 de 1994.

Que en ese sentido, siempre se ha considerado que la población mayor de 60 años es más vulnerable ante el contagio por COVID-19, por tanto, se reconoce como un criterio de excepción para la atención presencial, bajo las condiciones expuestas anteriormente. Frente a las observaciones relacionadas con que el lugar de prestación del servicio del programa el ICBF el cual se realiza en la casa de cada madre comunitaria en un espacio reducido, no adecuado para ello, sin adecuado suministro de agua y debida ventilación de espacios. No se cuenta con la infraestructura en relación con aulas, restaurante escolar etc., que permita el distanciamiento obligatorio entre madres comunitarias, menores y padres usuarios, se informa que en el Manual Operativo de la Modalidad Comunitaria Versión 6, adoptado por la Resolución 3500 de 2021.

Que, de acuerdo con lo anterior, los Hogares Comunitarios de Bienestar que no cumplen con los criterios para la atención presencial y con las condiciones definidas en el Protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo de coronavirus COVID-19 en los servicios de atención a la primera infancia del ICBF y en el Manual Operativo de la Modalidad Comunitaria V6, en comité operativo del contrato de aporte se debe decidir si la atención se mantiene de manera remota o en atención presencial bajo el esquema de alternancia; que en lo relacionado con que, no se cuentan con las medidas de prevención para evitar el contagio del

virus como son varios, guantes, alcohol, tapabocas y demás elementos de bioseguridad, el ICBF no ha realizado dichas labores para que se pueda prestar el servicio de hogares comunitarios, se resalta que, desde la Resolución 1111 de 2021, del primero de marzo de 2021 y posteriormente en la resolución 3500 del 23 de junio de 2021, se han publicado y socializado las orientaciones técnicas, operativas y financieras para el cumplimiento de las medidas de Bioseguridad definidas en los protocolos expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. Específicamente se ha diseñado, publicado y socializado el Protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo de coronavirus COVID-19 en los servicios de atención a la primera infancia del ICBF (Versión 1 bajo las orientaciones de la resolución 1721 del MSPS y la versión 2 bajo las orientaciones de la resolución 777 de 2021 del MSPS).

Que en la versión más reciente de este documento están descritas las medidas de bioseguridad orientado a minimizar factores que puedan generar la transmisión de la enfermedad COVID19 en los servicios de atención a la Primera Infancia del ICBF, teniendo en cuenta el protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo de COVID-19 en el marco de la atención presencial. Este protocolo presenta las medidas que debe adoptar el talento humano de las Entidades Administradoras del Servicio (EAS), las Unidades de Servicio (UDS), Grupos de Atención (GA), Unidades Comunitarias de Atención (UCA), familias, niñas, niños y mujeres gestantes en la atención presencial, soportado por la resolución 777 de 2021.

Del mismo modo indica que no es cierta la afirmación que, no se puede garantizar un retorno seguro de los niños y niñas a los hogares de bienestar, el ICBF y los hogares comunitarios no cuentan con la implementación, de los protocolos ni les ha sido suministrado los elementos mínimos de Bioseguridad que garantice un retorno a actividades presenciales sin riesgo de contagio por Covid-19. Al respecto indica que, todos los servicios de atención a la primera infancia cuentan con una estructura de costos que está dada por el presupuesto asignado en la canasta de atención o valor cupo niño año de los recursos aportados por el ICBF.

Refiere que vienen realizado videoconferencias masivas y webinar para su divulgación y socialización. Todos los documentos se encuentran publicados en la página web del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Pone en evidencia que contrario a lo afirmado por la parte actora, el ICBF, ha venido desplegando acciones afirmativas en pro de los derechos de los NNA, entre ellas, la Resolución 1111 de 2021, que plantea la continuación de acciones de promoción de los derechos y prevención de posibles situaciones de amenaza, vulneración e inobservancia a estos mismos, que permitan continuar con la garantía del derecho impostergable a la educación inicial, el adecuado aporte nutricional, entre otras estrategias de atención descritas en los anexos adoptados por la resolución.

Que esta Resolución en sus considerandos es clara en indicar que la adopción del "Anexo de orientaciones técnicas, operativas y financieras para la atención presencial en los servicios de Primera Infancia del ICBF bajo el esquema de alternancia" fue construido en cumplimiento de las disposiciones de los Ministerios de Salud y Protección Social y bajo los resultados de la evaluación de los Pilotos de Apertura Presencial Excepcional - PAPE, realizada por Unicef y Econometría.

Que dicha Resolución resalta las condiciones de obligatoriedad, oportunidad, calidad y efectividad que se deben cumplir en el desarrollo de las estrategias que se adopten a través de los documentos, cuyo objetivo es propender por el cumplimiento de las normas constitucionales de garantía de los derechos de niñas y niños y adolescentes y de prevalencia de los derechos de la niñez, establecidos en el artículo 44 de la Constitución, la Ley 12 de 1991, los principios de protección integral, el interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes, corresponsabilidad, exigibilidad de los derechos y perspectiva de género.

Posteriormente hace un recuento de los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela, de la inexistencia de un perjuicio irremediable y solicita se declare improcedente dicho mecanismo constitucional.

VI. DE LA PRIMERA INSTANCIA:

Adelantado el trámite de la acción y estando el despacho dentro del término para decidir, se procede a resolverla luego de las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES:

1. De los Presupuestos Procesales de la Acción:

No se observa causal de nulidad que invalidare lo actuado, encontrándose acreditados los presupuestos de la acción, pues es este despacho competente para resolver la presente acción, y la misma cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 86 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas Jurídicos:

¿Se vulnera los derechos de salud, educación y vida digna, de las madres comunitarias al no suspender transitoria el regreso a actividades?

3. Desenvolvimiento de la problemática planteada.

En el presente asunto, previo a determinar si en el caso sometido a estudio existe la vulneración alegada por los tutelante así como determinar si se atenta contra los derechos fundamentales de las madres comunitarias al no suspender la orden de regreso a las actividades de los hogares comunitarios.

3.1. Procedencia general de la acción de tutela:

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia prescribe: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

De acuerdo con la anterior disposición, la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la acción de tutela procede cuando (i) se invoca la protección de un derecho constitucional fundamental, (ii) que ha sido amenazado o vulnerado, (iii) cuya titularidad está en cabeza del sujeto afectado o, sea en virtud de una representación legal, apoderamiento judicial o agencia oficiosa (legitimidad por activa), (iii) por una autoridad pública o un particular –en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991- (legitimidad por pasiva), y, (iv) cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial. A continuación, la Sala abordará los anteriores puntos para determinar la viabilidad jurídica del amparo constitucional en el caso concreto.

La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro de ordenamiento constitucional

para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental.

De alii que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido este último como aquel que tan solo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6°. Del Decreto 2591 de 1991).

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares". Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental.

De alii que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

irremediable entendido este último como aquel que tan solo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (Artículo 6°. del Decreto 2591 de 1991). Así, pues, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha la acción ordinaria. Invocan los accionantes la protección de sus derechos fundamentales y en tal efecto, se ordene al ICBF para que se suspenda la orden de regreso a las actividades de los hogares comunitarios, indicando que con ello se lesiona de manera directa el principal de los derechos Superiores como lo es el de la vida a someter a la comunidad educativa a un inminente riesgo de contagio por el rebrote que presenta en estos momentos la enfermedad lo que indudablemente traerá como consecuencia el colapso en la prestación de los servicios médicos asistenciales el cual desde ya se están anunciando por los diferentes especialistas en la materia.

Por su parte el ente accionado, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en respuesta dada esta acción Constitucional indica que con la expedición de las Resoluciones 1111 de 2021 del primero de marzo de 2021 y 3500 del 23 de junio de 2021, se han publicado y socializado las orientaciones técnicas, operativas y financieras para el cumplimiento de las medidas de Bioseguridad definidas en los protocolos expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Que ha diseñado, publicado y socializado el Protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo de coronavirus COVID-19 en los servicios de atención a la primera infancia del ICBF, que desde el mes de marzo ha venido realizando la socialización del Protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo de coronavirus COVID-19 en los servicios de atención a la primera infancia del ICBF, y ha implementado acciones de asistencia técnica virtuales en las 33 Direcciones Regionales y Centros Zonales del ICBF y a las Entidades Administradoras del Servicio.

Que contrario a lo afirmado por la parte actora, ha venido

desplegando acciones afirmativas en pro de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre ellas, la Resolución 1111 de 2021, que plantea la continuación de acciones de promoción de los derechos y prevención de posibles situaciones de amenaza, vulneración e inobservancia a estos mismos, que permitan continuar con la garantía del derecho impostergable a la educación inicial, el adecuado aporte nutricional, entre otras estrategias de atención descritas en los anexos adoptados por la resolución, la cual en sus considerandos indica que la adopción del "Anexo de orientaciones técnicas, operativas y financieras para la atención presencial en los servicios de Primera Infancia del ICBF bajo el esquema de alternancia" fue construido en cumplimiento de las disposiciones de los Ministerios de Salud y Protección Social y bajo los resultados de la evaluación de los Pilotos de Apertura Presencial Excepcional - PAPE, realizada por Unicef y Económetra.

Que dicha Resolución resalta las condiciones de obligatoriedad, oportunidad, calidad y efectividad que se deben cumplir en el desarrollo de las estrategias que se adopten a través de los documentos, cuyo objetivo es propender por el cumplimiento de las normas constitucionales de garantía de los derechos de niñas y niños y adolescentes y de prevalencia de los derechos de la niñez, establecidos en el artículo 44 de la Constitución, la Ley 12 de 1991, los principios de protección integral, el interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes, corresponsabilidad, exigibilidad de los derechos y perspectiva de género.

De otro lado, es de público conocimiento, de acuerdo con la evidencia disponible, que las niñas y los niños no son hipertransmisores y que tienen menor riesgo de contagiarse y menor tasa de transmitir el virus, lo cual se debe a una menor expresión del receptor de la enzima convertidora de angiotensina -ECA que constituye la vía de entrada del virus a la célula. Así mismo, las niñas y los niños son bajos diseminadores del virus por los menos efectiva, su talla los hace no estar en contacto directo con la vía aérea de los adultos y los niveles de anticuerpos por infecciones previas o cruzadas por otros coronavirus genera una protección cruzada.

Así mismo, se tiene que conforme a lo manifestado por el ente accionado ICBF, en articulación con el Ministerio de Salud y Protección Social han avanzado en el proceso de vacunación de la primera y segunda dosis de la vacuna contra COVID-19, donde todos los agentes educativos, madres y padres comunitarios vinculados a los servicios de primera infancia se encuentran priorizados en la plataforma Mi Vacuna en el desarrollo de la etapa 3 - fase 1 del Plan Nacional de Vacunación contra el COVID-19, etapa que inicio para esta población en la última semana del mes de mayo, además de los agentes educativos, madres y padres comunitarios priorizados con anterioridad por edad o comorbilidades de base.

Como en el presente caso se involucran derechos de menores de edad, diremos que los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho, ello dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma.

Entre los instrumentos internacionales en los cuales se encuentran consagrados los derechos de los menores se destacan los siguientes:

La Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones pública 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 niños y en el artículo 3-2, establece que "los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que "todo niño tiene derecho, sin

discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado", en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición".

Así mismo, el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozaran de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomaran en cuenta al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior de los niños como su principal criterio de orientación. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que "la maternidad y la infancia deben derecho a cuidados de asistencia especiales" y que "todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tiene derecho a igual protección social".

La protección de los derechos de los niños ha sido objeto de un completo análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias y en especial de la Opinión Consultiva No. 0017/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados" en relación a niños, y asimismo solicito la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Estos son algunos de los parámetros internacionales que fijan las conductas que deben adoptar los estados frente a la niñez, de donde deviene que corresponde al Estado colombiano atenderlas llevando a cabo acciones en procura del bienestar de este grupo de personas y dando cumplimiento estricto a los compromisos internacionales a los que se ha obligado. En virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, los niños necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Conforme a esta norma contenida 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 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

De contera, el artículo 44 de nuestra Carta Política dispone, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Así 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 prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les compete.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

La Constitución en el artículo 44 dispone que los derechos de los niños¹ prevalecen sobre las garantías de los demás y, además, prevé la protección especial de la que son objeto por parte de la familia, la

¹ De acuerdo con el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

sociedad y el Estado, quienes tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, entre los cuales destaca como fundamentales la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Asimismo, el artículo en mención estipula que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual y explotación, y que gozarán de todos los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En igual sentido, el artículo 45 superior establece que los adolescentes tienen derecho a la protección y formación integral, para lo cual, el Estado y la sociedad deben garantizar la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Así mismo, ha señalado que el interés de los niños "debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo", no obstante, ha dicho que igualmente ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para los niños, las niñas y los adolescentes en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con ellos, en especial los de sus padres. Por el contrario, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos.

Igualmente, expresa:

El sentido mismo del verbo "prevalecer" implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (et del

menor) debe prioridad en case de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor. De hecho, solo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que estos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley"

Por su parte el actual Código de la infancia y la adolescencia, respecto del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su prevalencia en toda decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza que deba adoptarse señala:

"... ARTICULO 8. INTERES SUPERIOR DE LOS NINOS, LAS NINAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultanea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

"... ARTICULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. 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..."

Como vemos, el interés superior del menor, consagrado como se vio tanto en el ámbito internacional como en el ordenamiento

interno, deberá orientar cualquier actuación que se tome al momento de determinar las políticas de acceso de los niños, niñas y adolescentes a la sociedad de la información y el conocimiento, a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral.

Del mismo modo, debemos dejar en claro que el ente accionado, conforme a las pruebas allegadas, ha desplegado las acciones pertinentes tendientes a dar cumplimiento a la normativa expedida por el ente regulador de salud, para garantizar el regreso a las actividades presenciales de los menores de edad y su respectiva divulgación.

En este orden de ideas, haciendo la ponderación de los derechos de los menores frente a los demás derechos cuya protección se solicita en sede Constitucional, claramente vemos que estos últimos ceden frente a los de los primeros, lo cual hace que el presente mecanismo se torne improcedente.

De otro lado, dada la naturaleza subsidiaria que caracteriza esta clase de actuaciones, diremos que, dado que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario, para la protección de los derechos fundamentales de quien acude al mismo y dado que como se trata de un acto administrativo, como es la Directiva No. 05 del 17 de junio de 2021, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la cual establece orientación para el regreso a la prestación del servicio educativo de manera presencial, los accionantes cuentan con las acciones pertinentes ante la Jurisdicción Administrativa, en la que, entre otros aspectos, pueden solicitar la suspensión del mismo como medida provisional.

Sobre el particular tema, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando se trata de objetar o controvertir actos administrativos, en principio se debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la acción de tutela, salvo que el juez determine que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden salvaguardar o se esté ante la posibilidad que se configure un perjuicio irremediable, pero en todo caso las acciones judiciales contencioso administrativas no pueden haber caducado al momento de interponerse la acción de tutela.

En ese orden de ideas, por regla general la acción de tutela contra actos administrativos es improcedente, porque el legislador ha establecido para verificar la legalidad de los mismos las acciones contencioso administrativas de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que han sido especialmente diseñadas para garantizar y proteger los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados o amenazados por manifestaciones de voluntad de la administración. Sin embargo, en casos excepcionales cuando dichos mecanismos judiciales de defensa por las circunstancias del caso en concreto no resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales, la acción de tutela por su carácter preventivo e inmediato se convierte en el mecanismo idóneo de protección.

3.2. Conclusión:

Así las cosas, es claro que para la protección de cada uno de los derechos que asevera la actora fueron conculcados por la accionada, cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, a los que debe de antemano acudir para su protección, porque la tutela, a voces del numeral 1º del artículo 6º del decreto 2591 de 1991, no procede cuando se cuenta con otros recursos o medios de defensa judicial, razón de suyo suficiente para desestimar el amparo.

VII. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el ***Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué - Tolima***, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE:

1. Negar el amparo de tutela solicitado por ***Sindicato de Madres Comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "SINTRACIOHOBI"*** contra ***el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio del Interior*** de conformidad con la parte motiva.

2. Notificar por los medios más hábiles e idóneos a las partes interesadas, conforme lo dispuesto en el Art. 30 Decreto 2591/91.

3. Remitir las presentes diligencias ante la Honorable Corte Constitucional, si la presente providencia no fuere impugnada, a efectos de su eventual revisión y de conformidad con lo previsto en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,



HUMBERTO ALBARELLO BAHAMON