

Sentencia T-015/18

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

MEDIDAS DE PROTECCION CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Deber de las Comisarías de Familia, de analizar las condiciones especiales que tenga un miembro del núcleo familiar, que pueda resultar afectado con medida de protección que se adopte en el proceso

MEDIDAS DE PROTECCION CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Imposición de medidas a favor de las víctimas, según ley 294 de 1996

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Al referirse al defecto procedimental, la jurisprudencia constitucional ha advertido que “está viciado todo proceso en el que se pretermiten eventos o etapas señaladas en la ley para asegurar el ejercicio de todas las garantías que se le reconocen a los sujetos procesales de forma tal que, por ejemplo, (i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado –en los eventos en los que sea necesario –, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comunique de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo”.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Procedencia por defecto procedimental, por cuanto Comisaría de Familia, de manera arbitraria e infundada, no accedió a la reprogramación de la audiencia

La Comisaría configuró, de manera clara, un defecto procedimental, pues no solamente actuó al margen del procedimiento establecido en la Ley 294 de 1996, sino que, al no reprogramar la audiencia de verificación de cumplimiento, no se le permitió participar a la

accionante en dicha oportunidad y, de contera, se le cercenó su derecho a controvertir las pruebas con base en las cuales se declaró su incumplimiento.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por vulneración del debido proceso que garantiza a toda persona el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra

La Comisaría incurrió en dos graves defectos fácticos: (i) le dio valor probatorio y fundó su decisión en una prueba desconocida por la accionante y (ii) valoró indebidamente dicho informe, a partir de una interpretación tendenciosa y contraevidente del mismo.

Referencia: Expediente T-6380680

Acción de tutela promovida por GPPC, en nombre propio y en representación de sus dos hijas menores de edad, en contra de la Comisaría Once de Familia de Suba I.

Procedencia: Juzgado 26 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de la prevista en los artículos 241.9 de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia proferido el 18 de julio de 2017 por el Juzgado 26 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que confirmó la decisión de 2 de junio de 2017 emitida por el Juzgado 76 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en el marco de la acción de tutela promovida por la señora GPPC, en nombre propio y en representación de sus dos hijas menores de edad, en contra de la Comisaría Once de Familia de Suba I, Bogotá.

Aclaración previa

1. Con fundamento en el artículo 62 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional) y en aras de proteger la intimidad de las menores involucradas en este asunto, así como para garantizar su interés superior, esta Sala de Revisión emitirá dos copias del mismo fallo, con la diferencia de que, en aquella que se publique, se utilizarán las iniciales de sus nombres y los de sus padres y abuelos.

I. ANTECEDENTES

2. El día 18 de mayo de 2017, mediante apoderada judicial, la señora GPPC, en nombre propio y en representación de sus hijas menores de edad, interpuso acción de tutela en contra de la Comisaría Once de Familia de Suba I (en adelante, la Comisaría). En su escrito, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y los de sus hijas al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, “a vivir una vida libre de violencias”, al interés superior del menor y a tener una familia. Adujo que la entidad accionada desconoció los derechos antes mencionados, por cuanto (i) el 11 de mayo de 2017, declaró su incumplimiento de la medida de protección y abrió un incidente de desacato en su contra, a pesar de que ella aportó una incapacidad médica que daba cuenta de su imposibilidad para asistir a dicha audiencia, y, además, (ii) el 17 de mayo del mismo año, decidió entregar temporalmente la “tenencia y cuidado personal”[1] de sus menores hijas a los abuelos paternos.

1. Hechos probados[2]

3. El 12 de mayo de 2006, GPPC y JALO contrajeron matrimonio[3]. De dicha unión nacieron las menores VLP y SLP, quienes en la actualidad tienen 11 y 8 años de edad, respectivamente.

4. En el mes de enero de 2011, GPPC y JALO “terminaron su vínculo matrimonial”[4].

5. El 3 de junio de 2011, GPPC y JALO, de mutuo acuerdo, decidieron fijar la cuota de alimentos para sus dos hijas, así como el régimen de custodia y visitas[5].

6. El 18 de junio de 2012, el señor JALO radicó ante la Comisaría una solicitud de

medida de protección en favor suyo y de sus hijas y en contra de la señora GPPC, en la que relató hechos de presunta agresión física y psicológica por parte de esta última. En su escrito indicó que “el día 18 de junio de 2012, la señora GPPC llegó a mi casa, la misma de mis padres, y en la que me encontraba con mis hijas y mis padres, llegó a perturbar la paz y tranquilidad. Ella exigió que yo bajara a la portería para hablar con ella y que si no bajaba, no corría el carro en el que venía, que lo dejaba obstruyendo el paso de los residentes y que eso era culpa mía. Accedí a hacerlo para evitar el escándalo. De una manera inadecuada e indecente, osea (sic) hablando en voz alta y gesticulando de una manera agresiva me exigió que le diera el resto de la plata de la mensualidad \$700.000, ya le había consignado \$800.000 (...)”[6].

7. Mediante el auto de 26 de junio de 2012, la Comisaría admitió y avocó “conocimiento de la solicitud de Medida de Protección impetrada por el señor JALO [...] en nombre suyo y de sus hijas VLP y SLP quienes al parecer son objeto de presuntos actos de violencia intra familiar por parte de su cónyuge la señora GPPC”[7].

8. El 26 de julio de 2012, la Comisaría avaló el “acuerdo conciliatorio propuesto por las partes, consistente en: JALO, como GPPC, en su condición de accionante y accionado en cesar entre ellos todo acto de violencia física, verbal, psicológica o emocional, así como en contra de sus menores hijas, absteniéndose de involucrar a las niñas en los conflictos entre ellos”[8] (Sic). Así mismo, la Comisaría resolvió “emitir medida de protección por violencia intrafamiliar a favor de las niñas: VLP y SLP, consistente en prohibir a los padres JALO y GPPC abstenerse de proferir cualquier acto de agresión o maltrato en contra de las niñas, o involucrarlas en los conflictos entre ellos ya sea como testigos o pretendiendo buscar alianzas que favorezcan a uno y otro de los progenitores”[9].

9. El 20 de marzo de 2013[10], la señora GPPC presentó un memorial a la Comisaría, en el que relató otro incidente con el señor JALO ocurrido el 19 de febrero de ese mismo año, mientras esperaba con su hija menor la ruta escolar. En su escrito, narró que a las 6.35 am, se presentó JALO “quien empieza [a] discutirme fuertemente llegando a los gritos, insultos y amenazas y en presencia de la menor quien se asusta y comienza a llorar, para proteger a mi hija y protegerme a mí misma y en vista de que el señor JALO no quería abandonar el edificio llamé al CAI de la Alambra quienes nunca se presentaron (...)”.

10. Con ocasión del escrito anterior, mediante auto de “Marzo, dos mil trece”[11], la Comisaría ordenó el tratamiento terapéutico a los padres de las menores, con el fin de conocer “sus avances o retrocesos”. Su fundamento fue la información aportada por GPPC en el memorial de 20 de marzo de 2013, así como las órdenes adoptadas en la medida de protección proferida el 26 de julio de 2012. Esta prueba se decretó de manera previa al trámite de cumplimiento.

11. Varios meses después, y debido a la inconformidad manifestada por la señora GPPC por el escaso impulso que se le había dado a su solicitud[12], mediante el auto de 18 de noviembre de 2013[13], la Comisaría dispuso avocar y dar trámite al “posible primer incumplimiento a lo ordenado en el Fallo de la Medida de Protección, de la Referencia, de fecha 26 de Julio del año 2012”. Este es el primer trámite de cumplimiento promovido por GPPC.

12. Después de practicar las pruebas pertinentes, como la entrevista psicológica realizada a la menor VLP, la recepción del testimonio de LCP y la incorporación de varias pruebas documentales[14], en la audiencia de 19 de diciembre de 2013[15], la Comisaría declaró probado el incumplimiento de la medida de protección No 147-2012 por parte de JALO y le impuso una sanción de multa, por dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. Adicionalmente, “[s]e le Ratifica al señor JALO (...) la Obligación de Acudir a tratamiento Reeducativo y Terapéutico (...) con el objeto de controlar la ira, los impulsos, minimizar sus conductas agresivas, mejorar su relación de pareja y parental e implementar mecanismos de resolución pacífica de sus conflictos a través del diálogo y la comunicación. Y prevenir nuevos hechos de Violencia Intrafamiliar a fin de garantizarle a su Ex cónyuge GPPC, y a sus menores hijas VLP, y SLP, su paz, su tranquilidad y una Vida Libre de Violencias”. Esta decisión fue confirmada el 11 de febrero de 2014, en desarrollo del grado jurisdiccional de consulta, por el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá[16].

13. El 7 de mayo de 2015[17], la señora GPPC presentó una nueva solicitud de incumplimiento en contra del señor JALO, por hechos ocurridos el 31 de marzo de ese mismo año. Según su relato, “El señor JALO me llamó en varias ocasiones (...) utilizando palabras soeces en contra de mi persona, debido a que según él le estoy afectando su derecho como padre al impedirle ver a las niñas y compartir con él, conforme a ello, él tan pronto he recibido comunicaciones de él (sic) (telefónicas - electrónicas) les informo a las

niñas VLP y SLP de 8-5 años de edad que su padre quiere verlas, inmediatamente se colocan a llorar e indican que no quieren verlo (...)"'. El mismo 7 de mayo de 2015, y en atención a este escrito, la Comisaría dispuso admitir, avocar el conocimiento y dar trámite a la audiencia por "posible segundo incumplimiento"[18]. Este es el segundo trámite de cumplimiento promovido por GPPC.

14. El 1 de junio de 2015[19], JALO presentó, en contra de GPPC, una solicitud de incumplimiento a la medida de protección No 147-2012 -este es el tercer trámite solicitado dentro de la actuación y el primero iniciado por él-. En su escrito indicó que "La señora GPPC en forma arbitraria, sistemática, sucesiva y concurrente ha venido incumpliendo la medida de protección, ha involucrado a mis menores hijas VLP y SLP en su desmedido y agresivo comportamiento hacia mi, poniendo a mis hijas en mi contra sin ninguna justificación, manipulándolas, diciéndoles mentiras de mi comportamiento hacia ellas (...)". Debido a estas manifestaciones, en esta misma fecha, la Comisaría admitió, avocó conocimiento y dio apertura a este trámite de cumplimiento[20].

15. Mediante el auto de 2 de junio de 2016[21], la Comisaría decidió acumular las anteriores solicitudes de incumplimiento de la medida de protección No. 147-2012, es decir el segundo trámite de cumplimiento promovido por GPPC (párr. 13) y el primero promovido por JALO (párr. 14). Esta decisión se adoptó "como quiera que existe unidad en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se han presentado los hechos, que denuncia cada uno de los actores y se trata de los mismos extremos procesales, se dispone que, por economía, se tramiten bajo una misma cuerda procesal, los dos Incidentes de Posible Incumplimiento".

16. El 25 de octubre de 2016[22], la Comisaría celebró "la audiencia de fallo dentro de la acción de medida de protección No. 147-2012". En esta audiencia, la Comisaría solo declaró probado el incumplimiento de la señora GPPC, respecto de los hechos informados por el señor JALO, y decidió sancionarla con una multa de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por el contrario, no declaró probado el incumplimiento del señor JALO.

17. En dicha audiencia, la Comisaría señaló que, en atención a la valoración realizada por el Grupo de Psiquiatría y Psicología Forense de la Regional Bogotá del Instituto

Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a todo el grupo familiar, “se tiene acreditado que la señora GPPC, haciendo caso omiso de las Medidas de Protección otorgadas en el marco de la Acción de la referencia, continúa involucrando a sus hijas, las niñas VLP y SLP en sus conflictos con el señor JALO, instrumentalizándolas y determinando la ruptura del vínculo paterno – filial, lo cual constituye DESACATO a la Medida de Protección contenida en el numeral segundo de la parte resolutive del fallo del 26 de julio de 2012, proferido dentro de la Acción de Violencia Intrafamiliar M.P. No. 147-2012”.

18. Adicionalmente, en la misma audiencia de fallo, la Comisaría decidió: “Como Medida De Protección Complementaria a favor de las niñas VLP y SLP, se ordena a la señora GPPC, vincular, a su cargo, a sus dos hijas y al señor JALO, a un tratamiento en sistemas humanos para que las niñas VLP y SLP, puedan restablecer su relación con su progenitor, superando los hechos que se han venido presentando y desligándose de los conflictos que han protagonizado sus padres a raíz de su separación. Los resultados de este tratamiento deben ser efectivos, debiéndose restablecer la relación entre padre e hijas en un término máximo de seis meses, de lo contrario el Despacho establecerá que la señora GPPC continúa impidiendo el restablecimiento del vínculo paterno – filial, por lo cual, en aras de evitar que las niñas continúen siendo objeto de abuso emocional de parte de su progenitora, se contemplará la posibilidad de retirarle la custodia provisional de las niñas VLP y SLP, a su progenitora”.

19. En la misma audiencia, el apoderado de la señora GPPC interpuso recurso de apelación en contra de dicha decisión, el cual fue sustentado directamente ante el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá.

20. El 24 de noviembre de 2016[23], el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá “decide el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación remitido por la Comisaría Once de Familia Suba I”. En esta decisión, el Juzgado disminuyó la sanción de multa a dos salarios mínimos y confirmó en todo lo demás la providencia de la Comisaría. Según el ad quem, “la medida adoptada por el a quo es apropiada, toda vez que es GPPC como figura materna quien debe propender por diferenciar su percepción respecto de JALO como excompañero, a su rol como padre; para que de este modo sus hijas logren visualizar a cada uno de su (sic) padres en la justa media (sic) y en el equilibrio emocional, propio de sus edades y vivencias”.

21. El 12 de diciembre de 2016, la señora GPPC interpuso acción de tutela en contra de la Comisaría y del Juzgado Sexto de Familia de Bogotá. Mediante esta acción buscaba la protección de sus derechos fundamentales y los de sus hijas, al debido proceso, la vida, la igualdad y la integridad física. Con dicho objetivo, solicitó revocar las referidas decisiones de 25 de octubre y de 24 de noviembre, ambas de 2016, proferidas por las autoridades accionadas.

22. Mediante la sentencia de 17 de enero de 2017, la Sala de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá decidió denegar el amparo de los derechos fundamentales alegados por la accionante[24]. El Tribunal sostuvo que las autoridades accionadas “actuaron dentro de los parámetros establecidos en la Constitución y la ley, resolviendo oportunamente las peticiones elevadas ante ellos con relación al caso propuesto, sin que se observe en su actuación vía de hecho alguna que amerite la protección de los derechos invocados”[25]. Asimismo, el Tribunal argumentó que “la accionada no logró desvirtuar la existencia de los hechos constitutivos de incumplimiento que se le endilgaron en el trámite incidental, al punto que la determinación que adoptó la Comisaría y el juzgador en sede de consulta, se hizo con fundamento en las pruebas, entre ellas, el dictamen de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que se concluyó entre otros aspectos, que no existían elementos que impidieran al padre de las niñas un adecuado ejercicio paterno, de quien se dijo había ejercido su rol durante los primeros años de vida de sus hijas”[26].

23. Tras la impugnación promovida por la accionante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia de 3 de marzo de 2017, confirmó la decisión del Tribunal Superior de Bogotá. Sostuvo que “tanto la autoridad administrativa como la judicial acusadas, acerca de la sanción que a su cargo fue impuesta, y lo ordenado como medida de protección complementaria, tuvieron como fundamento argumentos jurídicos que en manera alguna pueden considerarse caprichosos o absurdos, lo que descarta la posibilidad de censurar esas decisiones en el campo de la acción de tutela, dado que no se trata, entonces, de un comportamiento ilegítimo que claramente se oponga al ordenamiento legal”[27].

24. Mediante el escrito radicado el 6 de abril de 2017[28], el señor JALO solicitó a la Comisaría dar inicio a un nuevo trámite de cumplimiento – cuarto dentro del proceso, y segundo interpuesto por él- a las medidas de protección definitivas y complementarias

adoptadas el 26 de julio de 2012 y el 25 de octubre de 2016, respectivamente. En su escrito, el señor JALO sostuvo que “la señora GPPC, no ha demostrado ningún interés en cumplir lo estipulado en la Medida de protección complementaria (...) Es clara la actitud de negligencia por parte de la señora GPPC, sin asistir a la reunión del 5 de abril de 2017 programada por la trabajadora social (...) y por no ayudar y guiar a mis hijas en este proceso, incumpliendo nuevamente con la medida de protección 147-2012”.

25. Por medio del auto de 24 de abril de 2017[29], la Comisaría dispuso que “la diligencia de verificación de cumplimiento de la medida de protección No. 147-2012” se realizaría el 11 de mayo del mismo año. Esto, “en atención al escrito radicado por el señor JALO el día 6 de abril de 2017, y considerando que el día 25 de abril de 2017 se cumple el plazo establecido en la medida de protección complementaria otorgada a favor de las niñas VLP y SLP mediante fallo del 25 de octubre de 2016”.

26. El 10 de mayo de 2017[30], la accionante solicitó el aplazamiento de la audiencia programada para el día 11 de mayo del mismo año. Dicha solicitud se fundó en la incapacidad médica de cinco días emitida el mismo 10 de mayo por MedPlus Medicina Prepagada, en la que se le diagnosticó bronquitis aguda. La copia de la incapacidad médica fue aportada en el formato propio de dicha entidad de medicina prepagada.

27. El 11 de mayo de 2017[31], la Comisaría realizó “la diligencia de verificación de cumplimiento al fallo de primer incidente dentro de la acción de Medida de Protección No. 147-2012”. Tras instalar esta diligencia, la Comisaría verificó que “la señora GPPC, justificó su inasistencia (...) [sin embargo, existen] Hechos, y situaciones que llevan al Despacho a establecer plenamente que no es necesario, fijar nueva fecha para esta Diligencia, toda vez que es claro, que la señora GPPC, no ha dado cumplimiento a la Medida de Protección Complementaria que se le impuso en favor de sus hijas (...)”. Adicionalmente, la Comisaría resolvió “ordenar, admitir y avocar el conocimiento de un segundo incidente de incumplimiento propuesto por el incidentante, señor JALO, en contra de la incidentada, señora GPPC dentro de la medida de protección No. 147-12”. Este es la segunda solicitud de incumplimiento presentada por el señor JALO[32], es decir, el cuarto y último en el presente asunto.

28. Los fundamentos de dicha decisión fueron los siguientes: (i) el Informe

Terapéutico de la Fundación Mujer y Familia aportado a este expediente el 9 de mayo de 2017, según el cual, “el caso no presenta avances, por la baja interiorización del proceso de intervención por parte de la señora GPPC”, (ii) el incumplimiento de la señora GPPC “a la audiencia de seguimiento realizada el día 5 de abril de 2017, a las 5 pm”, (iii) la solicitud de posible desacato presentada por el señor JALO, (iv) la solicitud de 20 de abril de 2017 del Juzgado Sexto de Familia de Bogotá de “informar si se ha dado cumplimiento a la medida de protección No. 147 de 2012”, y (v) el concepto de la psicóloga adscrita a la Comisaría, según el cual “la señora GPPC no ha cumplido con la medida de protección”.

29. Por medio del auto de 12 de mayo de 2017[33], la Comisaría “avocó conocimiento del segundo incidente de incumplimiento (...) en contra de la señora GPPC”, en relación con las referidas medidas de protección. Adicionalmente, citó a GPPC y a JALO para el día 23 de mayo de 2017, a las 12 am, “en esta diligencia, las partes deberán presentar los medios de prueba que pretendan hacer valer dentro del trámite incidental iniciado, siendo menester que la señora GPPC acredite en esta diligencia, a través de medios de prueba, que está dando cumplimiento a todas las medidas de protección que le fueron impuestas (sic)”.

30. Mediante el auto de 17 de mayo de 2017[34], la Comisaría dispuso que, dado el referido informe terapéutico de 9 de mayo de 2017, “es menester establecer la custodia provisional de las niñas VLP y SLP en cabeza de una persona distinta a su progenitora, por lo menos hasta tanto se restablezca efectivamente el vínculo paterno – filial entre las niñas VLP y SLP y el señor JALO”. En consecuencia, le ordenó a la señora GPPC “ENTREGAR provisionalmente la tenencia y cuidado personal de las niñas VLP y SLP a sus abuelos paternos los señores LMOL y JHLD, quienes deberán velar por la satisfacción de sus necesidades, así como por el restablecimiento efectivo del vínculo paterno – filial entre las niñas VLP y SLP y el señor JALO”.

31. El 18 de mayo de 2017[35], las menores VLP y SLP ingresaron a urgencias de la Clínica del Country de Bogotá, con un diagnóstico de “trastorno de ansiedad y depresión” y “trastorno emocional y ansiedad”, respectivamente. Debido a su condición de salud, se les dio dos días de incapacidad médica. Según la señora GPPC, la afectación psicológica de sus hijas se produjo “al conocer la decisión de la Comisaría, la ‘mora’ (sic) en el cumplimiento de la orden de hacerlas convivir con sus abuelos paternos y la separación de su madre”[36].

32. Además de los anteriores, con las pruebas allegadas en sede de revisión, se acreditaron los siguientes hechos:

34. Con su denuncia, GPPC aportó copia del Informe de Medicina Legal de 30 de junio de 2016, una Valoración Psicológica de Seguimiento del ICBF y el reporte de epicrisis de sus hijas menores expedido por la Clínica del Country. En el Informe de Medicina Legal se da cuenta de relatos de las menores sobre el mencionado abuso sexual. Por su parte, en la Valoración Psicológica de Seguimiento, el funcionario entrevistador del ICBF interrumpe la entrevista, “con el fin de no re victimizar” cuando las dos menores comienzan a dar cuenta de dicho abuso[37].

35. El 23 de mayo de 2017[38], la Comisaría adelantó una nueva audiencia de verificación, denominada como “diligencia audiencia de trámite por el posible segundo desacato a la medida de protección No. 147-2012”. En dicha diligencia, la apoderada de la señora GPPC cuestionó la idoneidad de la Fundación Mujer y Familia, que realizó la valoración psicológica que sirvió de fundamento a las decisiones referidas en los párr. 27, 28 y 30. Dicho cuestionamiento se fundó en que “la Secretaria Distrital de Salud, el 28 de noviembre de 2012, cancel[ó] el registro a esta fundación.”

Por dicho cuestionamiento, en el marco de esta audiencia, la Comisaría ordenó “[o]ficiar a la Fundación Mujer y Familia a fin de que informen sobre el certificado que la Secretaría distrital de Salud otorga a dichas entidades, sobre su vigencia y registro”[39]. En consecuencia, suspendió la audiencia, hasta tanto se conociera la respuesta de la mencionada Fundación y se diera traslado a las partes[40]; sin embargo, no se pronunció acerca de la medida provisional, la cual, por lo tanto, quedó en firme.

37. El 24 de mayo de 2017[41], la señora GPPC presentó una solicitud de reconsideración, en la cual solicitó que se dejara sin efectos la medida de protección ordenada el 17 de mayo de 2017.

38. El 5 de junio de 2017[42], el Procurador 246 Judicial I para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia solicitó a la Comisaría “dejar sin valor y efectos el auto proferido el 17 de mayo de 2017”[43], referido en el párr. 30.

Adicionalmente, concluyó que, “con fundamento en lo anterior, para este agente del Ministerio Público es claro que la Comisaría de Familia vulneró los derechos fundamentales y prevalentes de las niñas VLP y SLP, al ordenar la modificación de su custodia y cuidado personal dentro del trámite incidental”.

39. Dicha solicitud del Procurador se fundó en que “las medidas de protección adoptadas dentro del proceso de violencia intrafamiliar, no pueden afectar la estabilidad de las menores de edad que se pretende proteger, como en efecto sucedió en el presente caso, cuando se ordenó una medida de modificación de custodia de las niñas sin existir siquiera un concepto favorable por parte del trabajador social de la institución, ni una valoración psicológica a los abuelos paternos, ni mucho menos un proceso terapéutico previo con las menores de edad, que permitiere establecer un vínculo entre las menores de edad y su familia extensa”[44].

40. Finalmente, el Procurador le solicitó a la Comisaría que “se profiera auto aclaratorio dentro del presente trámite incidental, toda vez que dentro del expediente obran dos autos mediante los cuales se avoca conocimiento proferidos los días 11 y 12 del mes de mayo del año en curso, en los cuales además se incurre en un yerro al mencionar que se trata del incidente por el segundo incumplimiento de la medida de protección otorgada, sin tener en cuenta que su génesis es la petición radicada el 11 de mayo de 2017 por el señor JALO, misma que refiere exclusivamente a la medida de protección complementaria, respecto de la cual no se observa que se hubiese adelantado un incidente previo”.

41. Mediante el auto de 12 de junio de 2017[45], la Comisaría se pronunció sobre la anterior solicitud del Procurador 246 Judicial I. En esta providencia, la Comisaría sostuvo que “revisada la decisión de entregar la custodia provisional (...) se observa que esta no fue arbitraria o inmotivada, ni desconoció los derechos de las infantes, pues la misma atendió a situaciones claramente acreditadas dentro del trámite”. De todas maneras, a pesar de haberse proferido la medida provisional y continuar vigente, la Comisaría estimó pertinente “establecer claramente las condiciones habitacionales actuales, dinámica familiar, redes de apoyo y factores de riesgo y protección de las niñas VLP y SLP, y realizar la verificación de sus derechos, así como determinar las condiciones habitacionales y factores de protección y de riesgo que tendrían en el hogar de los señores LMOL y JHLD así como procurar identificar familia extensa de las niñas que pudiesen hacerse cargo de su cuidado personal durante el

proceso de restablecimiento efectivo de la relación paterno – filial”.

42. Además, en dicha providencia, la Comisaría resolvió “aclarar el auto de 24 de abril de 2017, en el sentido de que se avoca y admite el primer trámite incidental de incumplimiento a la medida de protección complementaria otorgada en fallo de 25 de octubre de 2016”.

43. Mediante el auto de 9 de junio de 2017, por solicitud de la señora GPPC, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos del ICBF abrió investigación de restablecimiento de derechos a favor de las niñas VLP y SLP. En este auto, la Defensoría de Familia resolvió “dar custodia y cuidado, provisional, de las niñas a la progenitora GPPC”[46]. La Defensoría de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos sostuvo que “de acuerdo a la denuncia y valoraciones que realizaron por parte del equipo psicosocial se puede establecer que las niñas al parecer han sido víctimas de abuso sexual”[47]. Por lo tanto, determinó que “las hermanas LP al parecer se encuentran en situación de riesgo, teniendo en cuenta la denuncia No. 110016000023-2017 noticia criminal y la valoración psicológica, que permite deducir que se debe restablecer los derechos a través de un proceso de Restablecimiento de derechos para proteger los derechos fundamentales o las condiciones en las que se encuentran las niñas podrían conducir a la concreción de un perjuicio grave e inminente que requiere la intervención inmediata del defensor de familia para tomar medidas de que se trata el artículo 53 del Código de la Infancia y Adolescencia”[48].

44. Mediante el auto de 10 de julio de 2017[49], la Comisaría resolvió acerca de la solicitud de reconsideración interpuesta en contra de la medida de protección provisional del 17 de mayo de 2017 (ver. párr. 37). En esta oportunidad, manifestó que “los alegatos de la parte incidentada no están llamados a prosperar, ya sea para revocar la decisión adoptada en el auto de 17 de mayo de 2017, o para suspender o finalizar el trámite incidental de incumplimiento en contra de GPPC”.

45. El 3 de agosto de 2017[50], la señora GPPC promovió un “incidente de nulidad de la actuación”, a partir del auto de 25 de enero de 2017, mediante el cual “se radicó y asignó” la solicitud de desatar el conflicto negativo de competencias en el Consejo de Estado.

46. El 13 de septiembre de 2017, el Procurador 246 Judicial I envió comunicación a la Comisaría, en la cual aportó la copia del auto referido en el párrafo anterior, “con el fin de que sean tenidas en cuenta dentro del presente trámite las decisiones adoptadas en materia de restablecimiento de derechos por parte de la autoridad administrativa competente”[51].

47. Mediante la Resolución No. 173 de 20 de septiembre de 2017, “por medio de la cual se ordena la práctica de pruebas y fallo”[52], la Defensoría de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos del ICBF resolvió, entre otras cosas, “DECLARAR en estado de vulneración los derechos de las niñas VLP y SLP (...) Confirmar la custodia y cuidado de las menores VLP y SLP, con su progenitora la señora GPPC”[53], así como ordenar que las niñas y sus progenitores se vinculen a tratamiento terapéutico especializado en la Fundación Creemos en Ti y Psico rehabilitar. Según la Defensoría, “de acuerdo con las pruebas aportadas en las historias socio – familiares de las menores (...) se evidencia que los progenitores están en un conflicto de demandas, denuncias y procesos administrativos, donde están inmersas, las menores siendo las más afectadas en estos sucesos”[54].

48. En esta Resolución, la misma Defensoría argumentó que “la prevalencia de los derechos de los niños al tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 9 del Código de la Infancia y Adolescencia, se debe prevalecer los derechos de los niños, en aras de prevenir el riesgo se debe continuar (sic) que las menores continúen con el tratamiento terapéutico en la asociación creemos en ti (...) Por tanto es disposición de este despacho ordenar a la asociación creemos en ti realizar el abordaje de las citadas menores con el fin de continuar con el proceso de apoyo terapéutico, así, como establecer condiciones que permitan el desarrollo de visitas supervisadas por parte del señor JALO, en procura de la garantía del derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes de tener una familia y no separada de ella”[55].

49. El 27 de septiembre de 2017[56], la Comisaría continuó con la “audiencia de trámite por el posible desacato a la medida complementaria tomada dentro de la acción de medida de protección No. 147-2012”. En esta audiencia, la Comisaría declaró probado el primer incumplimiento a la medida de protección complementaria adoptada el 25 de octubre de 2016 –que resuelve la segunda y tercera solicitud de incumplimiento de la medida de protección- y, en consecuencia, sancionó a GPPC con una multa de 6 salarios

mínimos legales mensuales vigentes. Adicionalmente, reiteró “la orden de la Medida de Protección Complementaria en favor de las niñas VLP y SLP, a la incidentada GPPC, de vincular a su costo en sistemas humanos a sus mencionadas hijas y al señor JALO, a Tratamiento Reeducativo y Terapéutico con el objeto, de que las niñas VLP y SLP, restablezcan su relación con su progenitor (...) Los resultados de este tratamiento deben ser efectivos, debiéndose restablecer la relación entre padre e hijas, en un término de seis (6) meses improrrogables a partir de la fecha, de lo contrario, el Despacho establecerá que la Incidentada señora GPPC, continua Incumpliendo (...) contemplando la posibilidad de retirarle la Custodia Provisional de las niñas VLP y SLP, a su progenitora (...)”.

51. Las actuaciones surtidas dentro del trámite ante la Comisaría, y relacionada con la medida de protección 147-2012, pueden ser resumidas de la siguiente forma:

Fecha

Actuación

Párrafo

Cno. Comisaría

Folio

18 de junio de 2012

Solicitud de medida de protección, promovida por el señor JALO.

6

1-3

26 de junio de 2012

La Comisaría avocó el conocimiento.

7

7-8

26 de julio de 2012

La Comisaría decretó la medida de protección 147-2012 (MP 147-2012).

8

35-39

18 de noviembre de 2013

Primera solicitud de incumplimiento de la MP 147-2012, promovida por GPPC en contra de JALO.

La Comisaría avocó el conocimiento.

9 a 11

50-62

19 de diciembre de 2013

En audiencia, la Comisaría encontró probado el incumplimiento del señor JALO.

104-111

11 de febrero de 2014

El Juzgado Sexto de Familia de Bogotá, en desarrollo del grado de consulta, confirmó la anterior decisión.

12

158-161

7 de mayo de 2015

Segunda solicitud de incumplimiento, promovida por GPPC en contra del señor JALO.

La Comisaría avocó el conocimiento.

13

182-190

1 de junio de 2015

Tercera solicitud de incumplimiento. Primera solicitud promovida por JALO en contra de GPPC.

La Comisaría avocó el conocimiento.

14

201-208

2 de junio de 2016

La Comisaría decidió acumular la segunda y la tercera solicitud de incumplimiento de la MP 147-2012.

15

216-220

25 de octubre de 2016

La Comisaría celebró la audiencia de fallo. Únicamente encontró probado el incumplimiento de la señora GPPC.

La accionante interpuso el recurso de apelación en contra de la decisión.

16 a 19

563-569

24 de noviembre de 2016

El Juzgado Sexto de Familia de Bogotá decidió (i) el grado jurisdiccional de consulta y (ii) el recurso de apelación. Confirmó la decisión.

20

667-669

6 de abril de 2017

Cuarta solicitud de incumplimiento. Segunda promovida por JALO en contra de GPPC.

24

703-705

24 de abril de 2017

Fijó para el 11 de mayo de 2017, la diligencia de verificación de la MP 147-2012

25

714

10 de mayo de 2017

La señora GPPC solicitó el aplazamiento de la audiencia. Aportó incapacidad médica.

26

734-735

11 de mayo de 2017

La Comisaría realizó la audiencia sin presencia de la señora GPPC y avocó el conocimiento de la cuarta solicitud de incumplimiento, y segunda presentada por JALO).

27 y 28

740-742

12 de mayo de 2017

La Comisaría citó a las partes a la audiencia de verificación de cumplimiento.

29

751

17 de mayo de 2017

La Comisaría declaró, como medida de protección provisional, “la entrega provisional de la tenencia y cuidado personal de las niñas a los abuelos paternos”

30

754-756

23 de mayo de 2017

La Comisaría adelantó audiencia de verificación del cumplimiento (respecto de la cuarta solicitud de incumplimiento, y segunda presentada por JALO).

35

763-765

24 de mayo de 2017

La señora GPPC interpuso una solicitud de reconsideración para que se dejara sin

efectos la medida de protección provisional del 17 de mayo de 2017.

37

770-819

12 de junio de 2017

Luego de recibir una solicitud del Procurador 246 Judicial para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, la Comisaría aclaró el auto de 24 de abril de 2017 y avocó el conocimiento de la primera solicitud de incumplimiento.

931-933

10 de julio de 2017

La Comisaría niega la solicitud de reconsideración y confirma la medida de protección provisional del 17 de mayo de 2017

44

918-922

3 de agosto de 2017

La señora GPPC promovió un incidente de nulidad, respecto de las actuaciones surtidas a partir del auto de 25 de enero de 2017.

45

1000-1005

27 de septiembre de 2017

La Comisaría declaró (i) probado el incumplimiento de la MP 147-2012 de la señora GPPC, (ii) sancionó con multa, y (iii) reiteró la orden de la medida de protección complementaria (ver. párr. 18).

1060-1063

24 de octubre de 2017

El Juzgado Sexto de Familia de Bogotá decidió el grado jurisdiccional de consulta, en los siguientes términos: (i) modificó la sanción impuesta por la Comisaría, el 27 de septiembre de 2017; y (ii) en lo demás, mantuvo incólume dicha decisión.

50

1090-1093

2. Pretensiones y fundamentos de la solicitud de acción de tutela

52. El 18 de mayo de 2017, la señora María Fernanda Herrera Burgos, abogada de la Corporación Sisma Mujer, en calidad de representante judicial de GPPC y de sus hijas, VLP y SLP, interpuso acción de tutela en contra de la Comisaría[58].

53. Mediante esta acción, solicitó el amparo de los derechos fundamentales de la señora GPPC y de sus dos hijas menores de edad, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, en concordancia con los derechos a vivir una vida libre de violencias, al interés superior del menor y a tener una familia. En su escrito de tutela, la accionante solicitó que se ordene revocar: (i) la decisión del 11 de mayo de 2017 proferida por la Comisaría, “por medio de la cual se ordenó admitir y avocar conocimiento del Segundo Incidente de Incumplimiento propuesto por el señor JALO, contra la incidentada la señora GPPC”, así como (ii) el auto del 17 de mayo de 2017 proferido por la misma autoridad, “por medio del cual entregó la tenencia y cuidado personal” de las niñas VLP y SLP a los señores LMOL y JHLD, abuelos paternos de las menores.

55. En concreto, la accionante manifestó que “la actuación arbitraria e irregular de la Comisaría accionada, en tanto desconoció el derecho fundamental al debido proceso de la señora GPPC y sus hijas y adelantó una audiencia sin la presencia de ella, negándole la posibilidad de rendir descargos y controvertir las pruebas, desconociendo además la forma misma del juicio, regulada en el artículo 17 de la Ley 294 de 1996”.

56. Además, cuestiona “la decisión de la Comisaría Once de Familia de Suba retirarle (sic) la custodia a la madre a toda costa como sanción por no lograr que las menores restablezcan el vínculo paterno filial con su agresor – lo cual a todas luces se escapa de sus manos – y tampoco otorga la custodia al padre por cuanto reconoce la voluntad de las niñas de convivir con él – pero niega los motivos, a pesar de conocer las valoraciones psicológicas que prueban la violencia – y de resultar relegándolas a vivir con sus abuelos paternos, con quienes nunca han convivido y tienen una mala relación, es una violación al derecho de las menores a no ser separadas de su familia”.

57. En concreto, la accionante resaltó que las providencias cuestionadas incurren en cuatro defectos, a saber: fáctico, sustantivo, violación directa de la Constitución y desconocimiento del precedente constitucional. El defecto fáctico se configuró, según la señora GPPC, porque “la Comisaria no cuenta con ninguna prueba que acredite el supuesto abuso emocional de la señora GPPC en contra de sus hijas, tampoco tiene pruebas respecto a la responsabilidad de la señora GPPC en la ineficacia del tratamiento psicológico para restablecer una relación entre padre e hijos, que lógicamente depende de las partes”.

58. El defecto sustantivo se materializó, en opinión de la accionante, en “la decisión tomada el 11 de mayo que desconoce abiertamente lo establecido en el artículo 17 de la Ley 294 de 1996”. En su criterio, dicha norma establece que las sanciones por incumplimiento “solo son procedentes luego de haberse practicado las pruebas pertinentes y oídos los descargos de la parte acusados, descargos que no pudo rendir al señor (sic) GPPC toda vez que la Comisaria, pese a existir una justificación válida para su inasistencia, realizó la audiencia”.

59. La violación directa de la Constitución se configuró en las providencias cuestionadas, por cuanto “el procedimiento en la Comisaría y el fallo de incumplimiento de las medidas de protección violan los derechos al debido proceso” (Sic). Por último, la accionante señaló que estas providencias desconocen el precedente constitucional sobre la protección de las mujeres en casos de violencia en el ámbito doméstico y garantías de no repetición frente a las violencias de género, la no aplicación de estereotipos de género por parte de la administración de justicia y los derechos de las niñas víctimas de violencia sexual y los estándares de prueba.

3. Admisión y contestación de la solicitud de tutela

60. El 19 de mayo de 2017, el Juzgado Setenta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá avocó conocimiento de la referida acción de tutela y ordenó notificar a la autoridad accionada.

61. En el escrito de 26 de mayo de 2017, la Comisaría se opuso a las pretensiones de la accionante. La entidad accionada adujo que “en el marco de la acción de Violencia Intrafamiliar No. 147-2012, ordenó valoración forense neuropsiquiátrica del señor JALO, de la señora GPPC, y de las niñas VLP y SLP, con el fin de establecer si se han presentado hechos de violencia de parte de alguno de los progenitores en contra de las niñas, así como el estado mental de cada uno (...) y si existe alienación parental por alguno de los progenitores”[59].

62. Según manifestó, a partir del informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el caso concreto, la Comisaría concluyó que se encontraban acreditados los siguientes hechos:

I. “Que el señor JALO, no incurrió en actos de agresión en contra de las niñas VLP y SLP, ni en conductas sexuales inadecuadas con éstas.

II. Que la señora GPPC, ha involucrado a las niñas VLP y SLP, en sus conflictos con el señor JALO, instrumentalizándolas y alienándolas en contra éste, lo cual supone una forma de maltrato en contra de éstas. Esta situación no ha cesado a pesar de la imposición de las Medidas de Protección otorgadas en el marco de la Acción de Violencia Intrafamiliar No. 147-2012.

III. Que la ruptura en la relación del señor JALO, con sus hijas las niñas VLP y SLP, la cual durante la convivencia era de afecto recíproco, es del todo imputable a la señora GPCC” [60].

63. Además, la entidad accionada sostuvo que, en la diligencia de verificación de cumplimiento de la medida de protección otorgada a favor de las niñas VLP y SLP, se concluyó que “encontrándose culminado el plazo de seis meses previsto en la Medida de Protección Complementaria otorgada en el fallo del 25 de octubre de 2016, por causa de la

baja interiorización del proceso por parte de la señora GPPC, el mismo no ha presentado avances, y por lo tanto a la fecha no se ha restablecido la relación entre el señor JALO, y sus hijas, las niñas VLP y SLP”[61]. Por esta razón, con base en la solicitud hecha por el señor JALO, la Comisaría decidió iniciar trámite incidental de incumplimiento de la Medida de Protección Complementaria en contra de la señora GPPC.

64. Finalmente, la entidad accionada argumentó que el auto de 17 de mayo de 2017, recurrido por la accionante, se encuentra debidamente motivado. Sostuvo que la decisión de entrega provisional de la custodia de las niñas VLP y SLP a sus abuelos paternos, “deriva del acreditado incumplimiento a la Medida de Protección Complementaria otorgada a favor de éstas en el fallo del 25 de octubre de 2016, [...] orden que la señora GPPC, conocía desde la fecha en que fue proferida, mostrándose por lo menos displicente, por no decir renuente a su cumplimiento”.

4. Intervención de las partes vinculadas

4.1. Intervención de JALO

65. Mediante el escrito radicado el 26 de mayo de 2017[62], el señor JALO solicitó que se denieguen las pretensiones de la acción, con base en las siguientes razones. Primero, sostiene que desde su separación con la señora GPPC, la relación que han sostenido “ha sido únicamente a través de acciones judiciales, por lo cual no he ejercido ningún tipo de violencia en su contra”[63].

66. Segundo, sostuvo que GPPC ha sometido a las dos menores a un proceso de alienación parental profundo, “con la finalidad que me repudien por temor, situación que fue advertida por la Comisaría de Conocimiento de Suba, donde pretendía hacer creer un supuesto abuso sexual, conducta reprochable que afecta no solamente el desarrollo psicológico de las menores, también la ética y moral que se me inculcó en el seno de mi familia”[64].

67. Tercero, JALO afirmó que no es cierto que la señora GPPC sea madre cabeza de familia, “toda vez que las menores cuentan con su padre, quien ha venido aportando desde el momento de su separación, los alimentos, educación, salud, vestido y recreación en forma constante y permanente, como lo demuestran los comprobantes de pago y el listado

de liquidación”[65].

68. Cuarto, recalcó que, con respecto a la afectación psicológica y emocional mencionada por la accionante, ha sido ella quien no ha permitido que sus hijas tengan algún tipo de contacto con él, “siendo el e-mail el único medio por el cual se comunican”. Además, mencionó que la accionante, “se dio a la tarea de transformar el juicio de raciocinio normal de las menores inculcando en ellas falsas apreciaciones en contra de su padre, llegando su infamia al punto de manipularlas para que sostuvieran un presunto delito de abuso sexual en su contra causado por su progenitor”[66].

69. Por último, aseveró en su escrito que la madre de sus hijas ha acudido a todo tipo de “artimañas, vejámenes y falsas imputaciones para desprestigiarme ante mis hijas y los operadores judiciales a los cuales acude”[67]. Además, sostuvo que la señora GPPC “se ha dado a la tarea de fomentar a través de las redes sociales (Facebook) una campaña de difamación y desprestigio de mi buen nombre y mi honra, haciendo falsas imputaciones en mi contra, utilizando y haciendo comentarios malintencionados”[68].

4.2. Intervención del Juzgado Sexto de Familia de Bogotá

70. Mediante el escrito radicado el 24 de mayo de 2017, el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá solicitó ser desvinculado del trámite constitucional y denegar el amparo de los derechos invocados en la acción de tutela. Sostuvo que la defensa de la accionante debe darse al interior del trámite incidental de la Comisaría, por lo que no es la acción de tutela el mecanismo llamado a dar solución a esta controversia. Adicionalmente señaló que el Juzgado “no ha tenido la oportunidad de proveer sobre las decisiones que son materia de protección constitucional y que corresponde a un segundo incidente de incumplimiento por parte de la progenitora”[69], como ocurre con el auto de 11 de mayo de 2017 adoptado por la Comisaría.

4.3. Intervención de LMOL y JHLD

71. En escritos radicados el 26 de mayo de 2017, LMOL y JHLD solicitaron que el vínculo entre las niñas con su hijo JALO y con ellos sea restablecido. En dichos escritos, los abuelos paternos afirmaron que la violencia tanto física como psicológica ha sido ejercida por la señora GPPC en contra de su hijo y no al contrario. Asimismo, niegan el presunto

maltrato psicológico que se les imputa en la tutela, pues según la señora LMOL, “en mi corazón solo cabe un inmenso amor y profundo cariño por mis nietas, acompañado de hermosas vivencias mientras tuve la dicha de tenerlas a mi lado”. Por su parte, el señor JHLD sostuvo que “para el año dos mil doce (2012) traían a mis nietas VLP y SLP los fines de semana en los cuales compartíamos momentos maravillosos. Contrario es que el closet al que se refieren, era el sitio donde jugaban las niñas nunca se encerraron, tampoco es cierto que haya existido un presunto abuso sexual además doy fe de que mi hijo JALO es un hombre amoroso responsable y respetuoso de sus hijas y de toda su familia”[70].

5. Decisiones objeto de revisión

5.1. Primera instancia

72. Mediante la sentencia de 2 de junio de 2017[71], el Juzgado Setenta y Seis Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá denegó por improcedente el amparo solicitado por las siguientes razones.

73. Primero, consideró que “este mecanismo de tutela no puede ser utilizado como una instancia adicional al previsto por la ley incluso usurpar competencias que le corresponden a la autoridad natural”. Además, en este caso no se acreditó la existencia de “algún defecto procedimental o que se hubiere causado un perjuicio irremediable”, que amerite la intervención del juez constitucional. Para ello, la accionante tiene la posibilidad de acudir ante el Juez de Familia, para que, en un proceso de única instancia, revise las decisiones administrativas que adoptó la Comisaría, conforme al artículo 119, numeral segundo, de la Ley 1098 de 2006.

74. Segundo, destacó que la Comisaría no incurrió en ninguno de los defectos aludidos en la solicitud de tutela, pues según el material probatorio aportado por las partes, “ha actuado en completa legalidad, en ejercicio de sus funciones y cumpliendo el debido proceso previsto en la ley, pues el fundamento para adoptar las decisiones atinentes, fue originado por el incumplimiento de la medida complementaria”[72].

75. Tercero, resaltó que la diligencia de 11 de mayo del 2017 se celebró con el

objetivo de verificar el cumplimiento de la Medida de Protección Complementaria otorgada en el fallo de 25 de octubre de 2016, “sin que se pueda preliminarmente apuntar, a que la Comisaría demandada profirió la decisión de conocer sobre el segundo incidente, con el pretexto de la inasistencia de la señora GPPC”[73]. Dicha decisión se fundamentó en el informe aportado por la Fundación Mujer y Familia, el cual daba cuenta de la baja interiorización del proceso por parte de la señora GPPC.

5.2. Impugnación

76. El 13 de junio de 2017, la accionante, por medio de su apoderada judicial, impugnó la decisión tomada por el juez de primera instancia, con base en tres argumentos.

77. Primero, la accionante argumentó que está frente a un caso de violencia institucional como violencia de género, lo cual implicaría una responsabilidad del Estado colombiano, a la luz de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos. Lo anterior, por cuanto la Comisaría accionada, “invalida los testimonios de las niñas bajo el concepto de ‘rechazo injustificado’ y el ‘síndrome de alienación parental’ y por sus decisiones y su tratamiento estereotipado frente a la violencia contra la mujer, que implica la invisibilización absoluta de la violencia que ha sufrido la señora GPPC y sus hijas, la segregación y exclusión de la señora GPPC del proceso de las medidas de protección, de manera que no se le escuchan los descargos ni se le permite aportar pruebas”[74].

78. Segundo, la accionante sostiene que no solo se les han lesionado los derechos invocados en la acción, sino que se encuentran en peligro cierto, grave e inminente de ser vulnerados los derechos fundamentales a la integridad física y psicológica de las menores, con la decisión de la Comisaría de entregar su custodia a los abuelos paternos. Además, sostiene que, “no existe mecanismo judicial con la capacidad de proteger a las accionantes de la violencia institucional de la Comisaría de Familia accionada que conoce de las medidas de protección, ante ello el juez de tutela es el competente para proteger y garantizar los derechos fundamentales de las accionantes”[75].

79. Por último, la accionante argumentó que el análisis hecho por el juez de primera instancia sobre el derecho al debido proceso dentro de los procesos de violencia intrafamiliar que se adelantan ante la Comisaría de familia, “fue insuficiente para resolver

negar la protección de los derechos fundamentales de las accionadas y que en manera alguna se corresponde al análisis jurídico y probatorio presentado en la acción de tutela”[76]. Asimismo, considera que se violó el derecho fundamental al debido proceso por “no haber escuchado los descargos, ni permitir el aporte y contradicción de las pruebas por parte de la señora GPPC”[77].

5.3. Segunda instancia

80. Mediante la sentencia de 18 de julio de 2017, el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá confirmó el fallo de tutela de primera instancia. Esta decisión se fundó en las siguientes razones. Primero, al tratarse de una tutela en contra de dos decisiones de una Comisaría de familia, el ad quem determinó que, en el presente caso, no se cumplen todos los requisitos de procedencia, “pues si bien es cierto se agotaron los recursos ordinarios y el grado de consulta, eventualmente podría acudir a la acción de revisión o de nulidad”[78]. Asimismo, señaló que no se identificaron los yerros de la autoridad judicial que originó la vulneración alegada, pues la accionante “omitió descender su planteamiento al caso concreto e identificar exactamente que procedimiento, trámite, acto, decisión etc., vulneraba tales derechos, únicamente esbozó tímidamente cuando habló de la vía de hecho en que supuestamente incurrió la Comisaría 11 de familia un defecto fáctico consistente en la omisión de soporte probatorio”[79].

81. Segundo, la acción de tutela es subsidiaria, por lo que no se puede convertir “en una tercera instancia o medio alternativo para atacar las decisiones de la administración o hacerlas cumplir”[80]. En el caso bajo estudio, en criterio del ad quem, la accionante tenía la posibilidad de acudir “por la vía ordinaria a las instancias correspondientes y demandar de ella la protección de sus derechos, siendo al interior de dicho proceso donde se encuentran los medios y mecanismos idóneos para los fines perseguidos”[81].

82. Tercero, destacó que, dentro del expediente, obran informes y dictámenes que determinan que “no existe desde la perspectiva psicológica impedimento alguno para que JALO el adecuado ejercicio paterno o evidencia que éste haya atentado contra la libertad e integridad sexual de sus hijas”[82]. Adicionalmente, tampoco existe ningún impedimento para que los abuelos paternos de las menores asuman su cuidado transitorio, como lo ordenó la Comisaría en providencia de 17 de mayo de 2017. Más cuando esta última

decisión, “goza de la presunción de acierto y legalidad” y fue confirmada posteriormente por el “Juzgado 3 (sic) de Familia, por tanto, hasta este momento la misma se presume legal”.

83. Por último, concluyó que, “al no verificarse que la accionante se encuentre dentro de una de las condiciones especiales que hacen procedente, en virtud del principio de subsidiariedad la acción de tutela y menos aún, que las circunstancias de procedibilidad se cumplan, conllevan, pese al esfuerzo argumentativo de la apoderada de la actora en la impugnación, a confirmar la nugatoria del amparo solicitado”[83].

5. Actuaciones en sede de revisión

84. El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante el Auto de 13 de octubre de 2017[84], proferido por la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional[85] y se repartió al despacho del Magistrado Ponente de la presente providencia.

6.1. Medida provisional

85. El 27 de noviembre de 2017[86], la Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional ordenó la suspensión, en caso de que continuara surtiendo efectos, de la decisión de entrega de “la tenencia y cuidado personal” de las menores VLP y SLP, adoptada por la Comisaría, mediante auto de 17 de mayo de 2017. Adicionalmente, mantuvo la custodia de las menores en cabeza de su madre, GPPC, y advirtió a todas las autoridades de familia que se abstuvieran de emitir pronunciamiento alguno respecto de la custodia de estas menores, “hasta tanto esta Corte emita sentencia en el presente asunto”.

6.2. Pruebas decretadas y escritos allegados en sede de revisión

86. Con el objeto de contar con elementos de juicio adicionales, la Sala Primera de Revisión, mediante el auto de 9 de noviembre de 2017, decretó las siguientes pruebas:

86.1. A la Comisaría, se le ordenó remitir al despacho del suscrito magistrado, “copia completa del expediente de los procesos de violencia intrafamiliar RUG números 880 – 2012 y 1535 – 2015, de JALO contra GPPC, incluyendo todo lo referente a las actuaciones

realizadas hasta el día de hoy dentro de la medida de protección No. 147 - 2012”.

86.2. Al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, se le ordenó remitir al despacho del suscrito magistrado, “copia del expediente de la acción de tutela instaurada por la señora GPPC en contra del Juzgado Sexto de Familia de Bogotá y la Comisaría Once de Familia de Suba I, con número de expediente 11001-22-10-000-2016-00798-00 (2304)”.

87. Mediante los Oficios de 15 y 21 de noviembre de 2017[87], la Comisaría remitió, en medio magnético, copia integral del expediente RUG. 880-12 y 1535-15.

88. Por medio del Oficio No 3163-L de 21 de noviembre de 2017[88], el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión de Familia, remitió, en calidad de préstamo, el expediente de tutela No 11001-22-10-000-2016-00798-00.

89. El 12 de diciembre de 2017, GPPC presentó escrito ante la Secretaría de esta Corte, mediante el cual solicitó la ampliación de la medida provisional dictada por esta Sala de Revisión, “con el propósito de que se extienda sus efectos al fallo de 12 de septiembre de 2017 dictado por la Comisaría, dentro del trámite de segundo incidente de incumplimiento”[89]. En esta última providencia, la Comisaría le impuso una sanción de 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes y le ordenó nuevamente el inicio de un tratamiento terapéutico, a su cargo, para todo el grupo familiar. En su criterio, esta decisión y, en particular, la nueva medida “vulnera flagrantemente los derechos Fundamentales de las menores VLP y SLP, por cuanto las niñas se encuentran protegidas por el sistema de protección del I.C.B.F., centro Zonal Barrios Unidos, con prohibición de régimen de visitas, el cual depende del avance del tratamiento ante la Asociación CREEMOS EN TI, entidad encargada del tratamiento de rehabilitación emocional de las menores por presunto AS (...)”.

90. El 19 de diciembre de 2017[90], la abogada María Fernanda Herrera Burgos, en representación de la accionante, presentó un escrito en el que se analizó el contenido de varias pruebas que, en su criterio, fueron desconocidas o distorsionadas por la Comisaría, como, por ejemplo, la Valoración Psicológica de Seguimiento de 17 de mayo de 2016 y el Informe de Medicina Legal de 30 de junio del mismo año. Adicionalmente, aportó copia del fallo de 15 de diciembre de 2017 proferido por el Juzgado Octavo de Familia de Bogotá,

mediante el cual se homologa la Resolución No 173 de 20 de septiembre de 2017 dictada por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Barrios Unidos (Bogotá) del ICBF, así como las valoraciones psicológicas practicadas a las menores VLP y SLP por la Asociación Creemos en Tí.

91. El 23 de enero de 2018, la accionante presentó un nuevo memorial, mediante el cual aportó dos escritos elaborados por la psicóloga clínica Sonia Vaccaro y el abogado argentino Carlos Rozanski junto con sus hojas de vida, en los que se explica la falta de validez y respaldo científico del síndrome de alienación parental[91]. Este síndrome, según lo indicado por la accionante, fue mencionado en el Informe de Medicina Legal de 30 de junio de 2016. Igualmente, aportó copia de dos informes de resumen de historia clínica de sus dos hijas, de fecha 22 de enero de 2018, rendidos por la doctora Isabel Cuadros Ferré, en los que se consignan algunos reportes de episodios de abuso sexual narrados por las menores y en los que se señala a su padre como el autor de los mismos. En relación con la menor VLP, se presenta como impresión diagnóstica “maltrato infantil, abuso físico, abuso emocional, abuso sexual, estrés postraumático” y respecto de la menor SLP los mismos diagnósticos de su hermana, excepto estrés postraumático.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

92. Esta Sala de Revisión es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia. La competencia que se ejerce está prevista por el inciso 2° del artículo 86 y por el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos y metodología

93. Habida cuenta de los hechos y antecedentes procesales de esta actuación, le corresponde a esta Sala pronunciarse y responder el siguiente problema jurídico: ¿La acción de tutela promovida por la señora GPPC, en nombre propio y en representación de sus dos hijas, en contra de las decisiones de 11[92] y 17[93] de mayo de 2017, adoptadas por la Comisaría Once de Familia de Suba I, cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales?

94. En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, esta Sala resolverán los siguientes problemas jurídicos: ¿La acción de tutela presentada por GPPC en contra de los autos de 11 y 17 de mayo de 2017 proferidos por la Comisaría Once de Familia de Suba I, mediante los cuales se dio apertura a un nuevo trámite de cumplimiento y se adoptó una medida de protección provisional, cumple con al menos uno de los requisitos específicos de procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales? Y ¿Las providencias cuestionadas vulneran los derechos al debido proceso de la accionante e interés superior de sus menores hijas?

95. En el presente caso se cuestionaron dos decisiones de la Comisaría Once de Familia de Suba I en el marco de un proceso de medida de protección, tramitado a luz de la Ley 294 de 1996. Esta autoridad, en estricto sentido, tiene una naturaleza administrativa. Sin embargo, la Corte ha reconocido que “en casos de violencia intrafamiliar, actúan en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por lo cual tienen competencia para imponer medidas de protección a favor de las víctimas de actos de violencia intrafamiliar”[94]. Estas funciones jurisdiccionales de las Comisarías de familia tienen fundamento en la Ley 575 de 2000, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución de 1991[95]. Por lo anterior, habida cuenta de que las decisiones sub judice fueron expedidas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, esta Sala las analizará con la metodología definida por la jurisprudencia constitucional para resolver los casos de acciones de tutela en contra de providencias judiciales.

96. Para resolver los interrogantes de los párr. 93 y 94, esta Sala de Revisión reiterará, en primer lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Posteriormente, se referirá la naturaleza a la medida de protección en el marco de la violencia intrafamiliar prevista por la Ley 294 de 1996. Por último, se analizará el asunto sub examine, para lo cual determinará si se cumplen: (i) los requisitos de legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y (iii) al menos uno de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que haga necesaria la intervención del juez constitucional para garantizar los derechos fundamentales cuya protección solicita la accionante.

97. Esta Sala seguirá dicha metodología y, por lo tanto, se concentrará en el análisis de la presunta vulneración del derecho al debido proceso de la accionante. Esto por dos razones. Primera, la presunta vulneración de sus derechos deviene de la actuación señalada, por lo cual resulta necesario aplicar la metodología descrita en el párrafo anterior y analizar si se vulneró su derecho al debido proceso en el trámite ante la Comisaría. Segunda, la presunta vulneración de los otros derechos señalados por la accionante, en particular del interés superior del menor, está relacionada con la vulneración al debido proceso. Por lo tanto, en el análisis de los defectos específicos, se verificará si se configura la alegada vulneración al derecho al debido proceso y sus implicaciones en relación con el interés superior de las menores.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

3.1. Requisitos generales de procedencia

98. Los artículos 86 de la Constitución y 5º del Decreto 2591 de 1991 disponen que toda persona puede acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

99. La Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones de los jueces, en su calidad de autoridades públicas, cuando incurran en graves falencias que las hagan incompatibles con la Constitución y afecten los derechos fundamentales de las partes[96]. En todo caso, dicha procedencia es excepcional, “con el fin de que no se desconozcan los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y la naturaleza subsidiaria que caracteriza al mecanismo”[97].

100. Para tal efecto, la jurisprudencia constitucional[98] introdujo los siguientes requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales deben cumplirse en su totalidad: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del afectado, salvo que se

trate de evitar un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, o sea, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que se trate de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia que se impugna[99]; (v) que el actor identifique de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

3.2. Requisitos específicos de procedencia

101. Además de los requisitos generales, la jurisprudencia constitucional ha definido unos requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionados con graves defectos que las hacen incompatibles con los preceptos constitucionales[100]. De estos, al menos uno debe cumplirse para que la acción de tutela sea procedente. Así mismo, debe tenerse en cuenta que una misma irregularidad puede dar lugar a la configuración de varios de estos defectos.

102. Defecto orgánico: se configura cuando el juez que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia. Ha dicho la Corte Constitucional que, entre otros supuestos, este defecto se produce cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, así como cuando adelantan alguna actuación o emiten un pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones[101].

103. Defecto material o sustantivo: la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el defecto sustantivo se presenta cuando: (i) la providencia judicial se basa en una norma inaplicable al caso concreto, ya sea porque no se ajusta a este, no está vigente por haber sido derogada o fue declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución les reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso, que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, (iv) la norma pertinente es inobservada e inaplicada[102] o (v) no se hace uso de la excepción de inconstitucionalidad y, por el contrario, se emplea una interpretación normativa sin tener en cuenta que resulta contraria a los derechos y principios consagrados

en la Constitución[103]. En estos eventos, el juez de tutela debe intervenir excepcionalmente, para garantizar la vigencia de los preceptos constitucionales, a pesar de la autonomía que, en principio, tienen los jueces para definir las normas en las que se fundamenta la solución del caso puesto a su consideración[104].

104. Defecto fáctico: se configura cuando la providencia judicial es el resultado de un proceso en el que (i) dejaron de practicarse pruebas determinantes para dirimir el conflicto, o que (ii) habiendo sido decretadas y practicadas, no fueron apreciadas por el juez bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional, o que (iii) carecen de aptitud o de legalidad, bien sea por su inconducencia, impertinencia o porque fueron recaudadas de forma inapropiada[105].

105. Defecto procedimental: se presenta cuando el juez, al dictar su decisión o durante los actos o diligencias previas, desatiende o deja de aplicar las reglas procesales pertinentes. La Sentencia T-781 de 2011 explicó que se han reconocido dos modalidades de defecto procedimental: (i) absoluto, cuando el juez sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia, pretermite etapas sustanciales del procedimiento, pasa por alto el debate probatorio o dilata injustificadamente tanto la adopción de decisiones como su cumplimiento[106], y (ii) por exceso ritual manifiesto, esto es, cuando arguye razones formales a manera de impedimento, que implican una denegación de justicia.

106. Esta segunda modalidad, de acuerdo con la Sentencia SU-215 de 2016, se puede dar cuando el juez (i) aplica disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exige el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva, que en determinadas circunstancias pueden constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; (iii) incurre en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas, o (iv) se omite el decreto oficioso de pruebas cuando haya lugar a ello.

107. Decisión sin motivación: el juez no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, o lo hace apenas de manera aparente, a pesar de que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que le compete proferir. Al respecto, ha dicho esta Corte que solo cuando “la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas,

inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado”[107].

108. Desconocimiento del precedente: el juez desconoce el precedente jurisprudencial sobre determinado asunto, sin exponer una razón suficiente para apartarse. En estos casos, es necesario: (i) determinar la existencia de un precedente o grupo de precedentes aplicables al caso y distinguir las reglas decisionales contenidas en ellos; (ii) comprobar que la providencia judicial debió tomar en cuenta tales precedentes, pues, de no hacerlo, desconocería el principio de igualdad, y (iii) verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente, bien por encontrar diferencias fácticas entre este y el caso analizado, bien porque la decisión debía ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica con los principios constitucionales y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales[108].

109. Error inducido: se configura cuando la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia, cuyo manejo irregular induce a error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, son requisitos de esta causal los siguientes: (i) la providencia que contiene el error está en firme; (ii) la decisión se adopta respetando el debido proceso, por lo que no hay una actuación dolosa o culposa del juez; (iii) no obstante, la decisión resulta equivocada, pues se fundamenta en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas en las cuales hay error; (iv) ese error es atribuible al actuar de un tercero (órgano estatal u otra persona natural o jurídica), y (v) la providencia judicial produce un perjuicio ius fundamental[109].

110. Violación directa de la Constitución: el juez adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Constitución, ya sea porque (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto o (ii) aplica la ley al margen de los preceptos Superiores.

4. La medida de protección en el marco de las actuaciones por violencia intrafamiliar

111. El artículo 42 de la Constitución dispone, entre otros, que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto

recíproco entre todos sus integrantes. En particular, su inciso 5 prevé que “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”.

112. Mediante la Ley 294 de 1996, el Legislador se propuso de manera explícita regular el citado artículo 42.5 constitucional “mediante un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad”. Con tal objetivo, esta Ley prevé normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Sus objetivos principales son, de esta manera, propiciar y garantizar la armonía y la unidad familiar, por lo que proscribire toda forma de violencia en la familia. Esta ley ha sido modificada por las Leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008, así como reglamentada por el Decreto 4799 de 2011.

113. En efecto, uno de los mecanismos previstos por la Ley 294 de 1996 es la denominada medida de protección. El artículo 5 de esta normativa dispone que siempre que la autoridad competente determine que el solicitante o cualquier persona dentro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, “emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar.” Justamente en esto consiste la medida de protección.

114. Esta medida podrá ser dictada por el Comisario de Familia[110], o, a falta de este, por el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, a favor de “[t]oda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar”[111]. De esta manera, esta medida de protección tiene por objeto ponerle “fin a la violencia, maltrato o agresión o evit[ar] que esta se realice cuando fuere inminente.”

116. En consecuencia, después de recibir la petición de una medida de protección, el Comisario de Familia dispondrá la realización de una audiencia, en la cual escuchará a las partes y ordenará la práctica de las pruebas que se estimen útiles y pertinentes para esclarecer los hechos informados, según lo previsto por el artículo 12 de la Ley 294 de 1996. Las partes podrán excusarse de asistir por una sola vez a esta diligencia y, de

encontrarse justificada, se procederá a programar una nueva fecha para su desarrollo. En esta audiencia, el Comisario también “deberá procurar por todos los medios legales a su alcance, fórmulas de solución al conflicto intrafamiliar entre el agresor y la víctima, a fin de garantizar la unidad y armonía de la familia, y especialmente que el agresor enmiende su comportamiento”[114].

117. La decisión sobre la petición de una medida de protección se proferirá al finalizar la audiencia, la cual se les notificará a las partes en estrados y, de no estar presentes, mediante aviso, telegrama o por cualquier otra forma supletoria idónea de notificación, según lo previsto por el artículo 16 de la Ley 294 de 1996.

118. De igual forma, la medida de protección puede ser de carácter provisional o definitivo. En el primer caso, el artículo 11º de la Ley 294 de 1996 prevé que esta medida puede adoptarse, incluso, dentro de las cuatro horas siguientes a la recepción de la petición, “si estuviere fundada en al menos indicios leves”. En el caso de la medida definitiva, el juez deberá “mediante providencia motivada, [...] [ordenar] al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja”[115]. Solo la decisión definitiva sobre una medida de protección será susceptible de controvertirse mediante el recurso de apelación, el cual se concederá en el efecto devolutivo[116]; por su parte, las medidas provisionales no son susceptibles de recurso alguno.

119. El artículo 5 de la misma normativa presenta un listado no taxativo de las medidas que se pueden imponer dentro de este tipo de actuaciones, tales como ordenar que, a costa del agresor, se asista a un tratamiento reeducativo y terapéutico o decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos, entre otras. De todas maneras, el funcionario competente es autónomo para dictar la medida de protección que considere pertinente para conjurar la situación de violencia o amenaza. Por esta razón, en la sección (n) de esta misma disposición, se previene que podrá adoptarse “[c]ualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley”. Este artículo dispone además, en su párrafo 3, que “La autoridad competente deberá remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos”.

120. En todo caso, de dictarse una medida de protección, el mismo funcionario es

competente para vigilar su ejecución y cumplimiento, según lo dispuesto por el artículo 17 ibídem. En consecuencia, de advertir o tener conocimiento que la medida fue inobservada, el Comisario de Familia procederá a convocar a una nueva audiencia, en la que, previamente, se escucharán a las partes y se practicarán las pruebas necesarias para adoptar una decisión de fondo, la cual podrá finalizar con la imposición de una sanción de incumplimiento. Este trámite de cumplimiento se desarrollará según lo previsto por el mencionado artículo 17, así como el Decreto 2591 de 1991 en lo pertinente. En efecto, de acuerdo con lo previsto por el artículo 18 de la Ley 294 de 1996, “[s]erán aplicables al procedimiento previsto en la presente ley las normas procesales contenidas en el Decreto número 2591 de 1991, en cuanto su naturaleza lo permita”.

121. La naturaleza, características y procedimiento aplicable a una solicitud de medida protección, se pueden resumir de la siguiente manera:

Medida de protección

Objeto

Es un desarrollo del artículo 42.5 de la C.P., y desarrollado por la Ley 294 de 1996. Su objeto es “prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”.

Solicitud

La puede presentar el agredido, un tercero que actúe en su nombre, o el defensor de familia.

Puede ser presentada de manera escrita, verbal o por cualquier medio idóneo.

Requisitos de la solicitud

Debe contener:

- Relato de los hechos.
- Identificación de las personas involucradas en el conflicto de violencia

intrafamiliar.

- Señalar las pruebas que deberían practicarse.

Término para presentar la solicitud

Dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia de los hechos constitutivos de violencia, y que son objeto de la medida de protección.

Autoridad competente

(i) Comisario de familia

(ii) a falta de Comisario, el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal

Requisitos

(ii) Debe estar fundamentada, al menos, en indicios leves que den cuenta de la agresión.

Modalidades

(i) Definitiva. Susceptible de ser controvertida por medio del recurso de apelación, concedido en efecto devolutivo.

(ii) Provisional. No es susceptible de ser controvertida.

Trámite de la medida de protección

1. Presentación de la solicitud. De conformidad con los requisitos señalados anteriormente.

2. Notificación de la citación a audiencia de verificación del cumplimiento. Se debe notificar personalmente a las partes, o en su defecto, de conformidad con las reglas previstas por el Decreto 4799 de 2011.

3. Audiencia ordenada por el Comisario de Familia. Esta audiencia prevé:

- La intervención de las partes.
- La posibilidad de ordenar la práctica de pruebas.
- El comisario debe procurar el alcance de fórmulas de arreglo entre las partes.
- La posibilidad de que las partes se excusen de asistir, por una única vez. En este caso, se debe proceder a programar una nueva fecha.

4. Decisión sobre la medida de protección. Se realizará al finalizar la audiencia.

5. Notificación de la decisión sobre la medida de protección: en estrados, o, en su defecto, por cualquier otra forma idónea de notificación (art. 16 de la Ley 294 de 1996).

6. Recurso de apelación. En contra de la decisión que ordena una medida de protección definitiva procede el recurso de apelación. Si la medida de protección es de carácter provisional no procede recurso alguno.

7. Vigilancia de la ejecución y cumplimiento de la medida de protección. Competencia del Comisario de Familia.

Trámite de verificación del cumplimiento

1. Inicio. El trámite incidental de cumplimiento se iniciará de oficio o a solicitud de parte.

2. Notificación de la citación a audiencia de verificación del cumplimiento. Se debe notificar personalmente a las partes, de no ser posible, esta deberá ser notificada de conformidad con las reglas previstas por el Decreto 4799 de 2011.

3. Audiencia de verificación del cumplimiento. Aplican reglas procesales de los artículos 17 y 18 de la Ley 294 de 1996 y del Decreto 2591 de 1991.

En esta audiencia, el Comisario deberá:

- Escuchar a las partes
- Practicar las pruebas necesarias
- Podrá imponer sanción de incumplimiento. En este caso, la decisión se debe notificar personalmente o por aviso.

4. Grado jurisdiccional de consulta. En contra de la decisión que tome el comisario sobre el incumplimiento de la medida de protección, únicamente en lo relacionado con la imposición de sanción, procederá el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo previsto por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

5. Análisis del caso sometido a revisión

5.1. Legitimación en la causa

122. En el presente caso, se encuentran cumplidos los requisitos de legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva.

123. De un lado, la señora María Fernanda Herrera Burgos, abogada de la Corporación

Sisma Mujer, presentó la acción de tutela obrando en calidad de apoderada judicial de la señora GPPC, quien, a su vez, es la madre y representante legal de las menores VLP y SLP. Para tales efectos, allegó como prueba el poder conferido por su representada[117]. Asimismo, se encuentra acreditado que la señora GPPC y sus dos hijas menores de edad son las titulares de los derechos fundamentales que presuntamente la Comisaría ha vulnerado. En este sentido, se encuentra legitimada en la causa por activa para presentar esta acción de tutela.

124. Del otro, esta acción se interpuso en contra de la Comisaría que profirió las providencias de 11 y 17 de mayo, ambas de 2017, cuestionadas en el presunto asunto, por la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a vivir una vida libre de violencias, al interés superior del menor y a tener una familia. En este orden de ideas, esta autoridad se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva.

5.2. Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales

125. Esta Sala de Revisión verificará el cumplimiento de cada uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en el caso sub examine.

a) Relevancia constitucional

126. Esta Sala considera que la acción de tutela sub judice tiene relevancia constitucional habida cuenta de: (i) los derechos fundamentales objeto de la solicitud de amparo; (ii) la condición de los sujetos demandantes; y (iii) la naturaleza y alcance de las decisiones cuestionadas.

127. Primero, este asunto involucra principalmente la posible violación del derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 de la CP) y el interés superior del menor (Art. 44 de la CP) [118]. La presunta vulneración de estos derechos tiene origen en las providencias de 11 y 17 de mayo de 2017, que, aparentemente, sin permitir la controversia de las pruebas ni de los cargos de incumplimiento, declaró la violación de la medida de protección, inició un nuevo trámite de incumplimiento y entregó la “la tenencia y cuidado personal” de las menores a cargo de sus abuelos paternos. La afectación de tales derechos fundamentales

per se tiene la relevancia constitucional suficiente que permite al Juez constitucional verificar, de fondo, si las decisiones impugnadas adolecen de los defectos alegados.

128. Segundo, la señora GPPC solicita la protección de sus derechos fundamentales, pero también de los derechos de sus hijas, que son menores de edad. A nivel legislativo y jurisprudencial, se ha avanzado en el reconocimiento y desarrollo del principio de igualdad y no discriminación en materia de género. De igual forma, la jurisprudencia constitucional, al interpretar la diversa normativa internacional y doméstica sobre las garantías de los niños y niñas, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, debe prevalecer su interés superior.

129. En relación con el primer tema, el Estado tiene obligaciones concretas dirigidas a eliminar cualquier tipo de violencia o discriminación ejercida en contra de una persona por razón de su género. Tanto en el ordenamiento foráneo[119] como en el nacional[120] se reconoce la necesidad urgente de reforzar las garantías de igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad a favor de las mujeres, quienes tradicionalmente han sido estigmatizadas y sometidas a relaciones desequilibradas de poder. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que el “Estado debe (...) investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras.” Esta última obligación, en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la Rama Judicial del Poder Público (...) Sin embargo, como quedó evidenciado, una de las mayores limitaciones que las mujeres encuentran para denunciar la violencia, en especial la doméstica y la psicológica, es la tolerancia social a estos fenómenos, que implica a su vez la ineficacia de estos procesos (...)” [121].

130. Lo anterior exige que, en cualquier actuación judicial que se adelante por hechos de presunta violencia doméstica o psicológica en contra de una mujer, el funcionario de conocimiento aplique criterios de interpretación diferenciada, que permitan ponderar, de manera adecuada, los derechos de la víctima frente a los del agresor. Así mismo, la valoración que realice de los hechos y pruebas debe estar desprovista de cualquier estigma social o estereotipo de género, en particular, respecto de la familia o de la mujer víctima de estos comportamientos, que genere su revictimización. En consecuencia, “en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente por encima de los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de

violencia”[122].

131. En este caso, la accionante presentó acción de tutela, al estimar que la Comisaría valoró indebidamente varias de las pruebas incorporadas a la actuación y desconoció la entidad de los episodios de violencia física y psicológica a los que fueron sometidos tanto ella como sus dos hijas menores de edad. En su criterio, la Comisaría adelantó la actuación de familia sin tener en cuenta una perspectiva de género, lo que impidió que se les ofreciera una solución integral, desprovista de estereotipos culturales discriminatorios. Esta situación es de evidente relevancia constitucional, en tanto se refiere a la necesidad de proteger a mujeres y niñas víctimas de presunta violencia doméstica, lo cual demanda una actuación pronta del Estado, incluida la administración de justicia.

132. En relación con el segundo tema, los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección que requieren de la salvaguarda y promoción efectiva de sus derechos por parte del Estado, la sociedad y la familia. De su condición de menores deviene necesario que las actuaciones de las autoridades públicas tengan en cuenta la prevalencia de sus derechos y el principio del interés superior del menor[123]. A nivel doméstico e internacional, el ordenamiento jurídico ha previsto que los niños, niñas y adolescentes requieren de un especial trato y protección en la garantía de sus derechos[124].

133. Como lo ha explicado esta Corte, existen sujetos que, por su situación de vulnerabilidad, merecen de un especial tratamiento y protección por parte del Estado, como ocurre con los niños, niñas y adolescentes. La garantía de los derechos y la especial protección a estos sujetos se fundamenta en “la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, 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”[125].

134. En el caso concreto, se solicita la protección constitucional de dos menores, de 8 y 11 años de edad, respecto de quienes se reconoció su “estado de vulnera[bilidad]”[126] por parte de la Defensoría de Familia dentro de un proceso de restablecimiento de derechos,

habida cuenta de sus condiciones y relaciones familiares. Dicho estado de vulnerabilidad se acentúa por los presuntos episodios de maltrato y abuso sexual de los que fueron víctimas las niñas, según se documenta en varios informes obrantes en el expediente, así como en algunas actuaciones. Ello ha dado lugar a que, por ejemplo, se inicien investigaciones penales y a que la Defensoría adopte medidas a favor de las menores “en aras de prevenir el riesgo”. Pues bien, en razón de su condición de sujetos de especial protección constitucional, así como de su estado de vulnerabilidad, se hace necesaria la inmediata intervención del Juez Constitucional.

135. Tercero, las providencias de 11 y 17 de mayo de 2017 consolidaron situaciones jurídicas relevantes que, no solo tuvieron incidencia en el trámite de incumplimiento y en el ejercicio de diversas garantías sustanciales por parte de los sujetos procesales, sino también impacto directo en el bienestar y en la protección de dos menores de edad. La primera providencia da apertura a un trámite de cumplimiento que no solo busca verificar si se cumplió o no la medida de protección, sino que tiene vocación sancionatoria, en términos análogos al incidente de desacato en la acción de tutela. La segunda providencia adopta la medida de protección provisional de entregar “la tenencia y cuidado personal” de las menores VLP y SLP a sus abuelos paternos, decisión que esta Sala advierte sensible y trascendental para sus derechos fundamentales.

136. Las consideraciones anteriores permiten concluir que el caso sometido al estudio de esta Sala de Revisión es constitucionalmente relevante, habida consideración del carácter fundamental y prevalente de los derechos que se solicita proteger, de la condición de sujetos de especial protección constitucional de las menores involucradas en el litigio y de las decisiones adoptadas en las providencias cuestionadas.

137. De acuerdo con el artículo 86 Superior, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta exigencia ha sido definida por la jurisprudencia constitucional como requisito de subsidiariedad. En todo caso, la propia jurisprudencia ha precisado que el examen del cumplimiento de este requisito no se agota con corroborar la existencia de otro medio de defensa, sino que implica, además, verificar que este sea idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, pues, en caso contrario, la tutela resultaría excepcionalmente procedente.

138. Esta Corte ha advertido que, cuando se trata de acciones de tutela en contra de providencias judiciales, es necesario que el accionante haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, para que la acción de tutela sea procedente[127]. Es decir que este mecanismo solo puede operar cuando todos los mecanismos anteriores han fallado y siempre que la persona haya acudido a ellos de manera diligente, toda vez que, si han operado adecuadamente, “nada nuevo tendrá que decir el juez de tutela, pues los jueces ordinarios habrán cumplido a cabalidad con la tarea de garantizar los derechos fundamentales concernidos”[128].

139. En los términos de la Sentencia SU-424 de 2012, “[L]a acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”. En este sentido, la Corte ha reiterado que el amparo constitucional no es procedente cuando, mediante la acción de tutela, se pretende reabrir etapas procesales que están debidamente cerradas porque no se presentaron los recursos respectivos, ya sea por negligencia, descuido o distracción de las partes[129].

140. En el caso que se analiza, los jueces de tutela de primera y segunda instancia consideraron que la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que, a su juicio, debe ser el juez de familia el encargado de revisar las decisiones que aquí se discuten. En la primera instancia, el Juzgado 76 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá argumentó que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, dado que “la accionante tiene la posibilidad de acudir ante el Juez de Familia, para que en un proceso de única instancia, revise las decisiones administrativas que tomó la Comisaría en mención, conforme al artículo 119 numeral segundo de la ley 1098 de 2006”[130]. Al resolver la impugnación, el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá sostuvo que, en relación con el requisito de agotamiento de los recursos ordinarios, “si bien es cierto se agotaron los recursos ordinarios y el grado de consulta, eventualmente podría acudir a la acción de revisión o de nulidad”[131].

141. En relación con los argumentos expuestos por el a quo, el artículo 119 de la Ley 1098 de 2006 dispone que una de las competencias del juez de familia es la de revisar las

decisiones adoptadas por los comisarios de familia, “en los casos previstos por esta ley”. Pues bien, esta Sala advierte que, según la Ley 294 de 1996 y sus normas complementarias, la providencia que dispone la apertura de un nuevo trámite de cumplimiento –Auto de 11 de mayo de 2017– y la que ordena la adopción de una medida provisional de protección –Auto de 17 de mayo de 2017–, no son susceptibles de ser controladas, por medio de recursos, por el Juez de Familia.

142. De un lado, tal como se señaló en el párr. 118, solo las medidas de protección definitivas son susceptibles de recurso de apelación (Art. 18 de la Ley 294 de 1996), pero no así con las provisionales. Del otro, en relación con las sanciones por el incumplimiento de las medidas de protección previstas por el artículo 17 de la Ley 294 de 1996, procede el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con los artículos 52 del Decreto 2591 de 1991 y 12 del Decreto 652 de 2001–que remite al anterior decreto respecto de este tipo de sanciones-. En los autos de 11 y 17 de mayo de 2017 no se impuso ninguna sanción de esta naturaleza, ni tampoco se adoptó una medida definitiva de protección, por lo que estas decisiones no eran susceptibles de ser revisadas por el Juez de Familia mediante el recurso de apelación ni en el marco del grado jurisdiccional de consulta.

143. En la parte resolutive del auto de 11 de mayo de 2017, además de admitir y avocar el conocimiento del “Segundo Incidente de Incumplimiento”[132], no se advirtió que esta providencia pudiera ser controlada por su superior jerárquico. Sin embargo, tal como se señaló en el párrafo anterior, tampoco era procedente interponer recurso o someterlo al grado jurisdiccional de consulta. Por su parte, el numeral tercero de la parte resolutive del auto de 17 de mayo de 2017 dispone expresamente que “[c]ontra el presente no procede recurso alguno”[133].

144. De lo anterior, esta Sala concluye que la señora GPPC no tenía a su disposición recursos judiciales mediante los cuales pudiera discutir las providencias anteriores. Del mismo modo, salta a la vista que ella hizo lo posible para obtener la revocatoria de aquellas actuaciones, por lo que presentó el 24 de mayo de 2017 una “solicitud de reconsideración”[134], para que se dejara sin efectos la medida de protección provisional ordenada el 17 de mayo del mismo año. Así mismo, el 3 de agosto de 2017, promovió un “incidente de nulidad de la actuación”[135], a partir del auto de 25 de enero de 2017, mediante el cual la Comisaría propuso un conflicto negativo de competencias con la

Defensoría de Familia y remitió las diligencias al Consejo de Estado. Estas peticiones fueron rechazadas, respectivamente, por medio del Auto de 10 de julio de 2017[136] y en el curso de la audiencia de 27 de septiembre de 2017[137].

145. Por otra parte, para esta Sala, el ad quem erró al considerar que la tutela era improcedente porque la accionante había podido acudir a “la acción de nulidad” para controvertir las decisiones de la Comisaria. En efecto, según el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011, la jurisdicción de lo contencioso no conocerá de “las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales”. Tal como se señaló en el párr. 95, las actuaciones de las comisarías en el marco de las medidas de protección son de naturaleza jurisdiccional, por lo que el medio de control de nulidad resulta improcedente en su contra.

146. En conclusión, en el presente caso, se encuentra acreditado este requisito genérico de procedibilidad de la acción de tutela en contra de las decisiones cuestionadas. Por lo tanto, (i) en contra de los Autos de 11 y 17 de mayo de 2017 no procedía el grado jurisdiccional de consulta ni el recurso de apelación; (ii) en todo caso, la accionante intentó controvertir dichas decisiones mediante sus solicitudes de “reconsideración” y “nulidad”; y (iii) lejos de lo sostenido por los jueces de instancia, en contra de dichas decisiones no procede recurso de revisión ni acción de nulidad alguna.

c) Requisito de inmediatez

147. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la vulneración, en este caso, la adopción de la providencia judicial que se estima violatoria de derechos fundamentales.

148. Sin otra consideración adicional, la Corte constata que, en el asunto objeto de estudio, la acción de tutela se interpuso el 18 de mayo de 2017, esto es, un día después de la providencia de la Comisaría que entregó temporalmente “la tenencia y cuidado” de las niñas VLP y SLP a sus abuelos paternos (Auto de 17 de mayo de 2017) y 6 días después de la providencia de la misma autoridad que ordenó admitir y avocar el conocimiento del segundo incidente de incumplimiento de la medida de protección No. 147-2012 (Auto de 11 de mayo de 2017).

149. Con base en lo anterior, y a la luz de lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a juicio de esta Sala de Revisión, el término en el que se interpuso la acción de tutela contra las providencias mencionadas es, a todas luces, razonable y proporcional, por lo que se entiende satisfecho el requisito de inmediatez.

150. Esta Corte también ha advertido que cuando se trata de irregularidades procesales, estas deben tener un efecto decisivo o determinante en la providencia judicial que se cuestiona, para que sea procedente la acción de tutela. Lo anterior implica que esas irregularidades deben ser de tal magnitud que afecten la decisión que se cuestiona, así como los derechos fundamentales de los accionantes, cuestión que debe entrar a corregir el juez constitucional[138].

151. En el caso que se analiza, tal como se presentará en las secciones posteriores, las presuntas irregularidades presentadas en relación con el Auto de 11 de mayo de 2017[139] fueron (i) la denegación del derecho a participar en la audiencia de verificación de cumplimiento de la medida de protección, (ii) la indebida valoración de una prueba no sometida a contradicción, y (iii) la valoración de una prueba inexistente en el expediente. Ahora, respecto del Auto de 17 de mayo de 2017[140], la Comisaría (i) no valoró los informes que obran en el expediente, (ii) omitió el decreto y la práctica de pruebas determinantes, y (iii) desconoció el interés superior de las menores.

152. De lo anteriormente expuesto, para esta Sala resulta claro que, de acreditarse, estas irregularidades procesales tuvieron efectos decisivos y determinantes en las providencias aquí cuestionadas, así como en los derechos fundamentales de la señora GPPC y sus menores hijas.

153. Por lo anterior, esta Sala considera que la acción de tutela sub examine cumple este requisito.

e) Identificación razonable de los hechos

154. Para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, también es necesario que la parte actora identifique razonablemente tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados. Además, resulta indispensable que hubiere alegado esa vulneración en el proceso ordinario, siempre y cuando haya tenido oportunidad

de hacerlo[141]. Tales cargas están satisfechas en el presente asunto.

155. Primero, en la solicitud de tutela, la accionante señaló los hechos en relación con los cuales considera vulnerados sus derechos fundamentales y los de sus hijas, e identificó claramente las dos providencias que estima violatorias de esas garantías[142]. Del mismo modo, la accionante expresó las razones de derecho por las cuales estima vulnerados los derechos antes mencionados y expuso los defectos que, en su opinión, se configuraron en las providencias recurridas[143].

156. Segundo, la vulneración de sus derechos fundamentales y los de sus hijas fue puesta de presente por la accionante en el trámite ante la Comisaría. Tal como se señaló en los párr. 37, 44 y 45, tras las decisiones cuestionadas, la accionante presentó los memoriales de “reconsideración” y “nulidad”, en los que advirtió a la Comisaría sobre la vulneración de sus derechos fundamentales como consecuencia de las decisiones adoptadas en los autos sub examine.

157. Debido a lo anterior, este requisito genérico de procedibilidad también se satisface en el presente asunto.

f) No se trata de una sentencia de tutela

158. Además, es necesario que la providencia judicial cuestionada no sea una sentencia de tutela, pues los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que esta restricción general no impide que, “bajo ciertas y especialísimas circunstancias”, esta Corporación “module e interprete el alcance de otras decisiones de tutela que llegan a su conocimiento en desarrollo de su función de revisión”[144].

159. En el asunto que se examina, es evidente que esta acción no se dirige en contra de una sentencia de tutela, sino en contra de dos decisiones proferidas por la Comisaría, mediante las cuales, primero, se decidió admitir y avocar el conocimiento del segundo incidente de incumplimiento de la medida de protección No. 147-2012 y, segundo, se resolvió entregar “la tenencia y el cuidado personal” de las dos hijas menores de edad de la accionante a sus abuelos paternos.

160. Así las cosas, esta Sala de Revisión considera satisfecho este requisito, así como todos los demás requisitos generales y, por lo tanto, procede a estudiar el cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso sub judice.

161. Lo anterior, se puede resumir de la siguiente manera:

Requisitos generales de procedencia

Relevancia Constitucional

En atención a (i) los derechos, a (ii) los sujetos y a (ii) la naturaleza de las decisiones

Agotamiento de recursos

La accionante no tenía a su disposición recursos judiciales.

Inmediatez

Cumple. La solicitud de tutela se presentó 6 días después del primer auto y un día después del segundo.

Efecto decisivo de la irregularidad

Cumple. Efectos determinantes en las providencias cuestionadas, así como en los derechos fundamentales de la accionante y sus hijas.

Cumple. Se expuso de manera clara los hechos, las razones de derecho y los defectos que configuraron los autos cuestionados.

No se trata de una sentencia de tutela

Cumple. La acción de tutela se dirige en contra de dos autos proferidos por una Comisaría de Familia.

5.3. Cumplimiento de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela en contra de las providencias sub examine

162. En su solicitud, la accionante señaló que las providencias cuestionadas incurren en

los defectos (i) sustantivo, (ii) fáctico, (iii) violación directa de la Constitución y (iv) desconocimiento del precedente constitucional. Tales defectos se configuraron, en su criterio, de la manera señalada en los párr. 57, 58 y 59. Los jueces de primera y de segunda instancia en el presente asunto no se pronunciaron al respecto, por cuanto declararon improcedente la solicitud de amparo con fundamento en la supuesta existencia de otros mecanismos ordinarios de defensa judicial.

163. Con base en lo señalado en la solicitud de tutela, esta Sala constata tres (3) graves irregularidades en el auto de 11 de mayo y otras tres (3) que afectan el auto de 17 de mayo, ambos de 2017, proferidos por la Comisaría Once de Familia de Suba I, Bogotá, en el marco del trámite de cumplimiento de la medida de protección No. 147 de 2012. A continuación se presentarán, una a una, las referidas irregularidades y se identificarán los correspondientes defectos específicos de procedibilidad que se configuran en relación con cada una de estas providencias.

5.3.1. Irregularidades del auto de 11 de mayo de 2017

164. Tal como se señaló en los párr. 27 y 28, el 11 de mayo de 2017[145], la Comisaría realizó “la diligencia de verificación de cumplimiento al fallo de primer incidente dentro de la acción de Medida de Protección No. 147-2012”. Una vez se instaló esta diligencia, la Comisaría verificó que “la señora GPPC, justificó su inasistencia (...) [sin embargo, existen] Hechos, y situaciones que llevan al Despacho a establecer plenamente que no es necesario, fijar nueva fecha para esta Diligencia, toda vez que es claro, que la señora GPPC, no ha dado cumplimiento a la Medida de Protección Complementaria que se le impuso en favor de sus hijas (...)”. Adicionalmente, la Comisaría resolvió “ordenar, admitir y avocar el conocimiento de un segundo incidente de incumplimiento propuesto por el incidentante, señor JALO, en contra de la incidentada, señora GPPC dentro de la medida de protección No. 147-12”.

165. Esta decisión se fundamentó en los siguientes elementos, a saber: (a) el Informe Terapéutico de la Fundación Mujer y Familia aportado a este expediente el 9 de mayo de 2017, según el cual, “el caso no presenta avances, por la baja interiorización del proceso de intervención por parte de la señora GPPC” (párr. 28, 63 y 75); (b) el incumplimiento de la señora GPPC “a la audiencia de seguimiento realizada el día 5 de abril de 2017, a las 5 pm”

(párr. 28); (c) la solicitud de posible desacato presentada por el señor JALO (párr.28); (d) la solicitud de 20 de abril de 2017 del Juzgado Sexto de Familia de Bogotá de “informar si se ha dado cumplimiento a la medida de protección No. 147 de 2012” (párr. 28); y (e) el concepto de la psicóloga adscrita a la Comisaría, según el cual “la señora GPPC no ha cumplido con la medida de protección”[146] (párr. 28).

166. A juicio de esta Sala, en relación con el auto de 11 de mayo de 2017, la Comisaría incurrió en las siguientes irregularidades: (i) le impidió a la señora GPPC participar en la audiencia de verificación de cumplimiento de la medida de protección y, además, tuvo por acreditado su incumplimiento; (ii) valoró indebidamente una prueba desconocida por GPPC y respecto de la cual nunca tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción, esto es, el informe de 9 de mayo de 2017 de la Fundación Mujer y Familia; y (iii) se fundó en una prueba inexistente en el expediente, esto es, el pretendido concepto psicológico de la doctora Eunice Arias Jiménez. Todas estas irregularidades constituyen graves defectos específicos en esta decisión.

(i) Denegación del derecho a participar en la diligencia de verificación de cumplimiento

167. Tal como se relató en el párr. 26, el 10 de mayo de 2017, la señora GPPC presentó el memorial mediante el cual solicitó el aplazamiento de la audiencia de trámite de cumplimiento programada para el 11 de mayo de 2017, debido a una incapacidad médica por 5 días[147]. Para acreditar tal incapacidad, adjuntó copia de la certificación expedida por MedPlus Medicina Prepagada, en la que se le diagnosticó bronquitis aguda.

168. Al respecto, la Sala encuentra acreditado en el expediente que, el 11 de mayo de 2017, la Comisaría instaló la “diligencia de verificación de cumplimiento al fallo de primer incidente dentro de la acción de medida de protección”[148]. Además, se verifica que, al momento de confirmar la presencia de las partes, la Comisaría hizo referencia a la solicitud de aplazamiento presentada por GPPC y, a pesar de considerar que ella “justificó su inasistencia, para esta Diligencia”, concluyó que existen “situaciones que llevan al Despacho a establecer plenamente que no es necesario, fijar nueva fecha para esta Diligencia, toda vez que es claro, que la señora GPPC, no ha dado cumplimiento a la Medida de Protección Complementaria que se le impuso en favor de sus hijas las niñas VLP, y SLP”.

169. Tal irregularidad, a juicio de esta Sala, da lugar a un defecto procedimental. Este defecto se configuró por cuanto la Comisaría (i) encontró justificada la inasistencia de la señora GPPC, (ii) caprichosamente la desestimó y (iii) no accedió a su razonable solicitud de reprogramar la audiencia. Este defecto procedimental resulta manifiesto, dado que la decisión de no acceder a la reprogramación de la audiencia fue arbitraria y simplemente fundada en que, a juicio de la Comisaría, no era “necesario fijar nueva fecha para esta diligencia, toda vez que es claro” que la señora GPPC “no ha dado cumplimiento a la Medida de Protección Complementaria”.

170. Además, para esta Sala, este defecto afecta gravemente la decisión de 11 de mayo de 2017, por cuanto (i) el objeto de la diligencia era justamente adelantar la primera audiencia de verificación de cumplimiento a la decisión de 25 de octubre de 2016; (ii) la Comisaría efectivamente dio por probado el incumplimiento de la señora GPPC, sin que se hubieren garantizado sus derechos de defensa y contradicción; y, además, (iii) dispuso la apertura de un “incidente de incumplimiento” en su contra.

171. Al respecto, el artículo 15 de la Ley 294 de 1996 dispone que “las partes podrán excusarse de la inasistencia por una sola vez antes de la audiencia o dentro de la misma, siempre que medie justa causa. El funcionario evaluará la excusa y, si la encuentra procedente, fijará fecha para celebrar la nueva audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes”. Esta disposición incorpora en el procedimiento referido una medida razonable para garantizar los derechos al debido proceso, de defensa y de contradicción, ante una excusa justificada de una de las partes. Esta medida supone que el funcionario reprogramará la audiencia convocada siempre que: (i) alguna parte presente excusa, (ii) la misma se estime procedente y (iii) esto ocurra por primera vez.

172. En el presente caso, la solicitud de la señora GPPC cumplió tales requisitos. En efecto, un día antes de la audiencia, esto es, el 10 de mayo de 2017, ella (i) presentó su excusa médica, debidamente soportada con la incapacidad certificada por MedPlus Medicina Prepagada; (ii) la propia Comisaría consideró que, con ello, “justificó su inasistencia, para esta Diligencia”; y, finalmente, (iii) tras revisar el expediente, esta Sala aprecia que esta fue la primera vez en que la señora GPPC presentó este tipo de solicitudes

en el mencionado trámite. Por lo tanto, lejos de lo concluido por la Comisaría, su solicitud de aplazamiento de la audiencia resultaba, a todas luces, procedente.

173. No obstante, la Comisaría, arbitrariamente, se abstuvo de darle efectos a la excusa presentada y no reprogramó la mencionada audiencia, para lo cual simplemente argumentó que no era necesario fijar una nueva fecha para dicha diligencia. Con esta infundada decisión, esta autoridad desconoció las garantías procesales de la señora GPPC, su derecho a ejercer contradicción contra las pruebas con base en las cuales se consideró acreditado su incumplimiento y a presentar sus descargos.

174. Cabe anotar que, al referirse al defecto procedimental, la jurisprudencia constitucional ha advertido que “está viciado todo proceso en el que se pretermiten eventos o etapas señaladas en la ley para asegurar el ejercicio de todas las garantías que se le reconocen a los sujetos procesales de forma tal que, por ejemplo, (i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado -en los eventos en los que sea necesario -, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comuniquen de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo”[149] (subrayado fuera de texto).

175. En tales términos, esta actuación de la Comisaría configuró, de manera clara, un defecto procedimental, pues no solamente actuó al margen del procedimiento establecido en la Ley 294 de 1996, sino que, al no reprogramar la audiencia de verificación de cumplimiento, no se le permitió participar a la señora GPPC en dicha oportunidad y, de contera, se le cercenó su derecho a controvertir las pruebas con base en las cuales se declaró su incumplimiento.

(ii) Indebida valoración de prueba no sometida a contradicción

176. Esta Sala constata que la Comisaría declaró el incumplimiento de la medida de protección por parte de la señora GPPC y ordenó la apertura de “un segundo incidente de incumplimiento propuesto por el incidentante, señor JALO, en contra de la incidentada, señora GPPC” con base en el informe terapéutico de la Fundación Mujer y Familia de 9 de mayo de 2017. Con esto, la Comisaría incurrió en dos graves defectos fácticos, a saber: (i) le dio valor probatorio y fundó su decisión en una prueba desconocida por la señora GPPC

y (ii) valoró indebidamente dicho informe, a partir de una interpretación tendenciosa y contraevidente del mismo.

177. Primero, tal como se señaló en el pár.27, en el curso de la audiencia de 11 de mayo, la Comisaría concluyó “que es claro, que la señora GPPC, no ha dado cumplimiento a la Medida de Protección Complementaria que se le impuso en favor de sus hijas” con base, entre otras pruebas, en el informe terapéutico de la Fundación Mujer y Familia de 9 de mayo de 2017. En el referido auto de 11 de mayo, la Comisaría señala que este informe concluye que “dentro del proceso de intervención psicológica con la señora GPPC se ha llevado a cabo un proceso psico educativo en cuanto a la regulación emocional, resolución de conflictos y comunicación asertiva. Sin embargo, el caso no presenta avances, por la baja interiorización del proceso de intervención por parte de la señora GPPC.”

178. Tras revisar el expediente, esta Sala advierte que se allegaron dos informes de la Fundación Mujer y Familia en el marco de dicho trámite de incumplimiento. El primero, con fecha de 21 de marzo de 2017, que fue aportado por JALO el 6 de abril del mismo año e incorporado al expediente por medio del informe secretarial ese mismo día[150]. El segundo, con fecha de 9 de mayo de 2017, incorporado al expediente mediante el informe secretarial de 11 de mayo de 2017[151], es decir, el mismo día en que se llevó a cabo la referida audiencia de verificación de cumplimiento de la medida de protección. No obstante, esta Sala constata que ninguno de estos elementos de juicio fue objeto de traslado a las partes y, en particular, a la señora GPPC. En especial, el último informe fue incorporado formalmente al proceso el mismo día de la audiencia de trámite de 11 de mayo, por lo que resultaba materialmente imposible que la señora GPPC lo conociera y ejerciera cualquier actividad de controversia en cuanto a su contenido, habida cuenta de su justificada inasistencia.

179. En tales términos, salta a la vista que, al concederle valor probatorio a dicho informe y utilizarlo como fundamento de la decisión de 11 de mayo de 2017, la Comisaría conculcó gravemente el derecho de GPPC a conocer y controvertir dicha prueba, así como a ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Utilizar dicho informe como fundamento para declarar el incumplimiento de la medida de protección y optar por iniciar otro “incidente de incumplimiento”, sin haber corrido traslado del mismo y, por lo tanto, someterlo al conocimiento y contradicción de las partes, resultó sorpresivo y contrario al

debido proceso de la señora GPPC.

180. Con ello, la Comisaría incurrió en un defecto fáctico en su dimensión positiva, dado que la Comisaría decidió darle valor a una prueba recaudada en abierta vulneración del artículo 29 Superior, que le garantiza a toda persona el derecho “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

181. Segundo, la valoración de la Comisaría sobre el referido informe de la Fundación Mujer y Familia es tendenciosa y contraevidente. En efecto, en el auto de 11 de mayo de 2017, la Comisaría señaló que dicho informe concluía que “el caso no presenta avances, por la baja interiorización del proceso de intervención por parte de la señora GPPC.” Si bien dicha frase está incluida en el capítulo “observaciones y conclusiones finales” de este informe, lo cierto es que las conclusiones del mismo develan información relevante que la Comisaría indebidamente desconoció, y la cual, de haber sido valorada, no hubiere dado lugar a declarar el incumplimiento de la medida de protección por parte de la señora GPPC.

182. La Comisaría desconoció que, en las conclusiones del informe, la Fundación Mujer y Familia solicitó y requirió pruebas adicionales para determinar, entre otras, la afectación a las niñas. En este sentido, el informe señaló que “dentro del proceso de evaluación, se encontró pertinente y necesario que se practicaran pruebas desde medicina legal, con miras a un peritaje, las cuales nos permitieran ver desde la psicometría, temas de credibilidad y validez, pruebas que nos consientan (sic) revisar rasgos de personalidad, desde el rol paterno y materno, y adicional a esto la afectación en las niñas.”

183. Es más, si bien el informe reconoció que ya se habían recaudado dictámenes de Medicina Legal, la Fundación consideró necesario que se decretaran y practicaran pruebas adicionales que “que permitan una evaluación del estado de salud mental y personalidad en los consultantes. Pues principalmente en la señora GPPC, es necesario establecer las causas de la inflexibilidad que presenta su pensamiento frente a la resolución de conflictos; y en el señor JALO es importante que se revise su comportamiento pasivo y de tranquilidad frente a situaciones con GPPC y sus hijas VLP y SLP (...).”

184. Por último, a manera de conclusión, el informe determina que “luego de realizar un análisis concienzudo bajo estudio de caso al interior de la Fundación Mujer y Familia, se

encuentra pertinente que hasta tanto no se cuente con un dictamen de Medicina Legal con el fin de revisar personalidad y sea resuelto el tema de establecer acuerdos frente a lo económico, no es posible continuar brindando atención desde el ámbito terapéutico dadas las condiciones que el caso presenta.”

185. Lo relatado en los párrafos precedentes revela que el auto del 11 de mayo de 2017 también está viciado por un defecto fáctico en su dimensión negativa. En efecto, tal como lo ha dicho la Corte, esta irregularidad se presenta cuando “el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o simplemente omite su valoración”, lo cual comprende “las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez”[152]. En el caso bajo estudio, es claro que la Comisaría desconoció las conclusiones en el informe de la Fundación Mujer y Familia, que daban cuenta de los problemas que dificultaban el proceso terapéutico, los cuales no son únicamente atribuibles a la señora GPPC, tal como indebidamente lo entendió la Comisaría.

186. En tales términos, para esta Sala la valoración de la Comisaría sobre el referido informe fue, por completo, parcializada y contraevidente. Esto, por cuanto (i) se fundó en una apreciación descontextualizada de la Fundación Mujer y Familia sobre la baja interiorización del proceso por parte de la señora GPPC; (ii) desconoció el requerimiento de pruebas adicionales que realizó la Fundación Mujer y Familia; y, finalmente, (iii) inadvirtió que la atención terapéutica estaba condicionada a que se practicaran las pruebas echadas de menos y a que “sea resuelto el tema de establecer acuerdos frente a lo económico.” De haberse tenido en cuenta lo anterior, la Comisaría (i) no hubiere concluido que los obstáculos del proceso terapéutico se debían únicamente a “la baja interiorización” del mismo por parte de GPPC, (ii) no hubiere declarado su incumplimiento, ni (iii) promovido incidente de incumplimiento en su contra con fines sancionatorios. Es decir, la Comisaría no hubiere adoptado dicha decisión.

(iii) Valoración de prueba inexistente en el expediente

187. La decisión de 11 de mayo de 2017 también se fundó en un supuesto concepto rendido por la psicóloga de la Comisaría de Familia, doctora Eunice Arias Jiménez. En efecto, la Comisaria manifestó que procedía a “revisar el plenario de la Acción de Medida de

Protección No. 147 de 2012, especialmente el Primer Incidente de Desacato en contra de la señora GPPC, en donde reposa: Concepto de la psicóloga de este Despacho, Dra. Eunice Arias Jiménez, quien después de analizar el Informe Terapéutico de la Fundación Mujer y Familia, concluye que la señora GPPC no ha cumplido con la Medida Complementaria”.

188. Pues bien, tras revisar el expediente, esta Sala verifica que dicho concepto no “reposa” dentro del expediente y que la única referencia al mismo es la contenida en el auto impugnado. Tampoco obra prueba alguna que acredite que dicho informe hubiere sido sometido a conocimiento de las partes, ni que, respecto al mismo, se hubiere garantizado el derecho de contradicción de la señora GPPC. En tales términos, esta Sala advierte que dicha prueba no fue conocida por la señora GPPC, ni pudo ser controvertida: es más, ni siquiera obra en el expediente.

189. Por lo demás, pese a referirse a dicho concepto y utilizarlo como fundamento de su decisión, la Comisaria no indicó cuáles fueron, en concreto, las conclusiones y los hallazgos reportados por la psicóloga, así como tampoco dio cuenta de cuándo se rindió el mencionado concepto. La carencia de esta información, aunada a la inexistencia de este concepto en el expediente y al consiguiente desconocimiento del mismo por parte de los sujetos procesales, traía como consecuencia necesaria que la Comisaría debía abstenerse de concederle valor probatorio a dicha prueba. Por el contrario, la Comisaria la utilizó, indebidamente, como fundamento explícito de su decisión del 11 de mayo de 2017.

190. Al respecto, esta Sala resalta que si bien la Comisaría tiene autonomía para recaudar los elementos probatorios que estime necesarios con el propósito de esclarecer adecuadamente los hechos que se le exponen, esto no significa que sus decisiones puedan fundarse en pruebas que no obran en el expediente, que no han sido conocidas por las partes y que, por lo tanto, no han sido sometidas a contradicción. Justamente refiriéndose a los dictámenes e informes, la Corte Constitucional ha señalado que “para que pueda(n) ser valorado(s) judicialmente, esto es, para que pueda atribuírseles eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte.”[153]

191. Dado lo anterior, para esta Sala resulta claro que la decisión de 11 de mayo de 2017 incurrió en defecto fáctico, por cuanto desconoció de manera manifiesta el debido

proceso, el derecho de defensa y el de contradicción de la señora GPPC, al haber dado por probado su incumplimiento a la medida de protección y “admitir y avocar el conocimiento del Segundo Incidente de Incumplimiento” con base en una prueba que no existe en el expediente, que no fue conocida por las partes ni sometida a contradicción. Tal como se referirá líneas adelante, de haberse valorado integralmente el acervo probatorio obrante en el expediente, la Comisaría hubiere adoptado una decisión distinta: no hubiere declarado el incumplimiento de la señora GPPC, ni mucho menos promovido incidente de incumplimiento en su contra con fines sancionatorios.

5.3.2. Irregularidades del auto de 17 de mayo de 2017

192. Tal como se señaló en el párr. 30, mediante el auto de 17 de mayo de 2017[154], la Comisaría le ordenó a la señora GPPC “ENTREGAR provisionalmente la tenencia y cuidado personal de las niñas VLP y SLP a sus abuelos paternos los señores LMOL y JHLD, quienes deberán velar por la satisfacción de sus necesidades, así como por el restablecimiento efectivo del vínculo paterno – filial entre las niñas VLP y SLP y el señor JALO”.

193. Esta decisión se adoptó con fundamento, principalmente, en dos consideraciones. Primera, la Comisaría consideró que “por causa de la baja interiorización del proceso por parte de la señora GPPC, el mismo no presenta avances, y, por lo tanto, a la fecha no se ha restablecido la relación entre el señor JALO y sus hijas, las niñas VLP y SLP, de 10 y 7 años respectivamente.” Segunda, la Comisaría sostuvo que “a pesar de las órdenes dadas a la señora GPPC, esta no solo no favoreció el restablecimiento del vínculo paterno –filial entre las niñas VLP y SLP y el señor JALO dentro del proceso terapéutico ordenado, sino que de hecho lo obstaculizó”.

194. A juicio de esta Sala, en el auto de 17 de mayo de 2017, la Comisaría incurrió en las siguientes irregularidades: (i) no valoró los informes obrantes en el expediente; (ii) no se decretaron las pruebas necesarias para la adopción de la medida de entrega de custodia provisional de las menores; y (iii) dicha decisión no se adoptó en aras del interés superior de las menores, ni se evaluó su idoneidad y necesidad. Todas estas irregularidades constituyen graves defectos específicos en esta decisión.

(i) Desconocimiento de los informes obrantes en el expediente

196. Esta Sala advierte que, en la decisión de entrega provisional de “la tenencia y cuidado personal” de las niñas a sus abuelos paternos, la Comisaría no valoró los informes obrantes en el expediente que dan cuenta del estado de vulnerabilidad de las menores y del presunto delito sexual del que han sido víctimas por parte de su padre. En particular, la Comisaría desconoció (i) el informe de valoración psicológica de 17 de mayo de 2016, rendido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Suba; (ii) el informe de valoración psicológica de 30 de junio de 2016, rendido por el Instituto de Medicina Legal; y (iii) el informe de 9 de mayo de 2017, presentado por la Fundación Mujer y Familia.

197. En el primer informe, el ICBF del Centro Zonal Suba señaló lo siguiente: “Frente al ejercicio de la sexualidad, SLP y VLP reconocen sus partes íntimas y presentan mecanismos adecuados de autocuidado. Cuando se consulta si han sido expuestas a algún tipo de manifestación de esta índole, manifiestan haber visto al padre sosteniendo relaciones sexuales con su novia y mencionan que el padre ha ejercido tocamientos durante el baño. Al tocar este tema, ambas niñas se ponen nerviosas, sus ojos se llenan de lágrimas, y por tanto el tema se detiene con el fin de no revictimizarles //. Frente al estado emocional y habitacional actual de las niñas, la madre reporta que viven con ella, que dados los acontecimientos las niñas sienten temor a la presencia del padre, pero que han estado asistiendo de manera permanente a psico-terapia, para superar los conflictos familiares fruto de la violencia intrafamiliar (...)”.

198. En este mismo informe, dentro de las recomendaciones sugeridas por el ICBF se concluye que “no se evidencia vulneración de derechos en el hogar materno y, dado que el proceso está siendo llevado a cabo aun por la Comisaría de familia, se sugiere incluir en el proceso abierto, los hechos de presunta violencia sexual reportados por las niñas durante la entrevista, verificando de antemano la pertinencia de permitir las visitas del padre, reportado como presunto agresor// Se evidencia una crianza afectiva y protectora en el hogar materno, se evidencian dificultades de expresión en ambas niñas y apego seguro con la figura materna, y dadas las evidentes secuelas de maltrato psicológico al que han sido expuestas se solicita a la madre continuar proceso terapéutico, hasta tanto no sean resinificados los hechos de los cuales fueron partícipes”.

199. En el segundo informe, el Instituto de Medicina Legal dio cuenta del relato de una

de las menores, quien manifestó “él me obligaba a bañarme con él y también me decía que yo era mentirosa y que yo no podía decir algo porque eso era el pecado de la lengua (...) me decía hoy te vas a bañar conmigo, yo le decía que no quería y él me decía que toca porque yo soy el que está mandando”. En el mismo informe se da cuenta de que la otra menor indicó que “eso no me gusta de él y cuando me baño, me obliga a bañarme con la novia (...) También dejaba la puerta abierta cuando estaba empeloto”.

200. En el tercer informe, y en caso de concedérsele valor probatorio alguno (ver párr. 176 y ss.), la Fundación Mujer y Familia estimó necesario practicar pruebas adicionales para evaluar el grado “de afectación en las niñas”, así como “pero es necesario se realicen pruebas que permitan una evaluación del estado de salud mental y personalidad en los consultantes. Pues principalmente en la señora GPPC, es necesario establecer las causas de la inflexibilidad que presenta su pensamiento frente a la resolución de conflictos; y en el señor JALO es importante que se revise su comportamiento pasivo y de tranquilidad frente a situaciones con GPPC y sus hijas VLP y SLP (...).”

201. Además, en este último informe, la Fundación Mujer y Familia señaló que:

“En la última sesión abordada con la niña VLP, el día sábado seis (6) de mayo de 2017, ante las preguntas de ¿cómo van las cosas con tu papá?, ¿Qué piensas de él? Y ¿qué es lo que sientes?, a medida que va dando su relato, la niña entra en una situación de crisis (...) Con relación a su hija menor SLP de 7 años, está pendiente la entrevista psicológica (...) la cual no se ha llevado a cabo por episodios de ansiedad que ha presentado la menor (...) Teniendo en cuenta, que la entidad de salud de medicina prepagada de la señora GPPC, remite al área de psiquiatría a la niña, desde la Fundación quedamos al tanto de dichos resultados, para tenerlos en cuenta al momento de abordar o no a la niña SLP”.

202. Pues bien, en la decisión de entrega provisional de la tenencia y cuidado personal de las niñas a sus abuelos paternos adoptada el 17 de mayo de 2017, la Comisaría desconoció tales elementos probatorios, debidamente aportados al expediente. A juicio de esta Sala, estos elementos probatorios resultan de especial relevancia para efectos de adoptar cualquier decisión en relación con las menores, máxime si se trata de su tenencia y cuidado. Es preciso resaltar que dichos informes no solo dan cuenta del presunto delito de abuso sexual del que han sido víctimas por parte de su padre, sino que también evidencian

- incluso a título de recomendación, en el caso del ICBF- que las niñas tienen una “crianza afectiva en su hogar materno”.

203. Esta Sala advierte, además, que, posteriormente, en el auto de 10 de julio de 2017, la Comisaría incluso arribó a una conclusión, a todas luces, contraevidente sobre dichos informes, que evidencia un error grave en la apreciación probatoria. En esta oportunidad, la Comisaría sostuvo que “en las valoraciones forenses realizadas en diciembre de 2015 a las niñas VLP y SLP por el grupo de Psiquiatría y Psicología Forense de la Regional Bogotá del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, no se indicaron manifestaciones de las niñas de las que se pudiera inferir, siquiera indirecta y sumariamente, que las niñas hubiesen sido objeto de las conductas sexuales inadecuadas que aduce la progenitora en contra del señor JALO”. Dicha conclusión fue reiterada por la Comisaría en el fallo de 27 de septiembre de 2017, mediante el cual finalizó el referido incidente de incumplimiento y se sancionó a la señora GPPC.

204. En los términos de la jurisprudencia constitucional, el defecto fáctico se presenta siempre que el “funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatidos variaría sustancialmente.”[155] Justamente esto se presenta en el caso sub examine. La Comisaría no tuvo en cuenta los informes y, de haberlo hecho, seguramente no hubiere adoptado la decisión de entrega de la tenencia y custodia personal de las niñas. Por lo demás, las conclusiones posteriores, vertidas en las providencias de 10 de julio y 27 de septiembre de 2017, se advierten contrarias a la lógica, a la apreciación objetiva del material probatorio y a la sana crítica.

(ii) Grave omisión en el decreto y práctica de pruebas

205. Tal como se señaló en el párr.28, la medida provisional de entrega de custodia y tenencia de las menores de edad a sus abuelos paternos fue dictada por la Comisaría en respuesta a las solicitudes presentadas por JALO y sus padres. Sin embargo, esta Sala advierte que la Comisaría no practicó prueba alguna dirigida a (i) determinar la situación de las menores para ese momento, (ii) el impacto de esta medida para su desarrollo

psicosocial, (iii) las condiciones que tendrían las menores bajo el cuidado de sus abuelos paternos, y (iv) la efectividad de la misma para garantizar el interés superior de las menores, a pesar de que así lo ordena el artículo 14 de la Ley 294 de 1996. Estos factores fueron simplemente desatendidos e ignorados por la Comisaría al proferir el referido auto de 17 de mayo de 2017.

206. A juicio de esta Sala, resultaba trascendental para la Comisaría decretar todas las pruebas necesarias, conducentes y pertinentes para examinar los factores señalados en el párrafo anterior, y, así, determinar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida de entrega de custodia y cuidado de las menores a sus abuelos paternos. La trascendencia de la omisión en el decreto y práctica de dichas pruebas fue advertida por el agente del Ministerio Público, quien, mediante el oficio de 6 de junio de 2017[156], solicitó dejar sin efectos el mencionado auto de 17 de mayo de 2017, habida cuenta de que “las medidas de protección adoptadas dentro del proceso de violencia intrafamiliar, no pueden afectar la estabilidad de las menores de edad que se pretende proteger, como en efecto sucedió en el presente caso, cuando se ordenó una medida de modificación de custodia de las niñas sin existir siquiera un concepto favorable por parte del trabajador social de la institución, ni una valoración psicológica a los abuelos paternos, ni mucho menos un proceso terapéutico previo con las menores de edad, que permitiera establecer un vínculo entre las menores de edad y su familia extensa”.

207. Esto le permite a esta Sala considerar que, contrario a lo afirmado por la Comisaria, la medida provisional de custodia se adoptó sin contar con el material probatorio necesario, lo cual configura, de manera fehaciente, un grave defecto fáctico. La Comisaría intentó superar, de manera ex post, esta protuberante insuficiencia probatoria, mediante el auto de 12 de junio de 2017, en el cual se decretó la práctica de una visita domiciliaria a la casa de los abuelos paternos de las menores de edad.

208. En el informe de la “visita domiciliaria y caracterización de la familia”[157], realizada el 29 de junio de 2017 a la casa de los abuelos paternos, la trabajadora social anotó lo siguiente: “Se realiza entrevista no estructurada con la señora LMOL (...) De las niñas o sea nuestras nietas, los dos hemos hablado con JALO y todos pensamos que no sería bueno apartarlas de la madre, y que sería traumático y contraproducente para ellas y hasta para la relación con el papá, la cual seguiría empeorando porque a las niñas les dolería

mucho esa ruptura con la mamá. Además la mamá siempre les ha dicho que los abuelos paternos y el papá somos las peores personas y que no las queremos (...) como ya le dije doctora, cuando le mostré el apartamento, en el momento de que haya una orden de que las niñas vengan a vivir con nosotros pues nuestro nieto se pasaría a dormir al estudio donde hay un sofá cama y las niñas dormirían en la habitación que él ocupa hoy día, pero eso va a ser un problema como ya le dije”. (Subrayas fuera del texto).

209. Y, posteriormente, este informe concluye lo siguiente: “Espacio habitacional con adecuadas condiciones generales tanto ambientales como en su distribución. Grupo familiar con una dinámica funcional en donde se les brindaría a las hijas del señor JALO un adecuado ambiente para su descanso y su desarrollo integral. Sin embargo, la señora LMOL planteó que ella y su esposo han hablado con su hijo JALO acerca de las consecuencias negativas en las niñas si son entregadas a ellos en custodia provisional”. (Subrayas fuera del texto).

210. Ante tal escenario, la Sala estima acreditado el grave defecto fáctico del que adolece el auto de 17 de mayo de 2017, al adoptar una medida provisional trascendental y decisiva para las menores, sin previamente decretar y practicar las pruebas indispensables para efectos de esclarecer la idoneidad, la necesidad, la proporcionalidad y la conveniencia de dicha medida. Ante la carencia de dicho material probatorio, resultaba claramente, por decir lo menos inverosímil, adoptar la decisión de 17 de mayo de 2017. Tal defecto se torna aún más arbitrario e insoportable desde la perspectiva del interés superior de las menores, si se tiene presente que, a pesar de (i) la solicitud de nulidad del agente del Ministerio Público, (ii) de las solicitudes de reconsideración y nulidad de la señora GPPC, así como de (iii) los resultados de la visita domiciliaria ex post, la Comisaría ha mantenido vigente su decisión de entrega de la tenencia y cuidado de las menores a sus abuelos paternos.

211. La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que el defecto fáctico puede presentarse “por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido”[158], lo que configura una “insuficiencia probatoria”. Además, ha señalado que los funcionarios encargados de instruir procesos en los que se debaten derechos de los menores, no solo cuentan con amplísimos poderes probatorios, sino que tienen el especial deber de decretar y practicar todas las pruebas necesarias en aras de alcanzar la máxima protección del interés superior del menor[159].

212. En el presente asunto, tal como se señaló líneas atrás, es evidente que la medida provisional de custodia se adoptó sin contar con el material probatorio necesario, lo cual configura un grave defecto fáctico. En caso de haberse decretado y allegado aquella evidencia, la decisión de 17 de mayo de 2017 claramente no se hubiere adoptado, como se aprecia en el informe ex post de visita domiciliaria. Aún más, pese a las múltiples solicitudes y hallazgos de los elementos probatorios posteriores, la Comisaría arbitrariamente mantuvo su inconsulta decisión.

(iii) Vulneración del interés superior del menor

213. A partir de los principios de supremacía y la eficacia directa de la Constitución, la jurisprudencia constitucional ha identificado la violación directa de la Constitución, como defecto específico de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Este defecto se presenta siempre que “el juez ordinario adopta una decisión que desconoce los postulados de la Constitución.”[160] Tal como se demostrará a continuación, dicho defecto también se configuró en la providencia sub examine.

214. Tras revisar la providencia de 17 de mayo de 2017, la Sala advierte que, al adoptar la decisión de entrega de la tenencia y cuidado de las niñas a sus abuelos paternos, la Comisaría perdió de vista los derechos fundamentales de las niñas y la necesaria protección de su interés superior[161]. Por el contrario, la aludida medida fue adoptada con fundamento en la conducta de la madre de las menores, quien, en criterio de la Comisaría, había obstaculizado e impedido las relaciones entre padre e hijas y, además, había desacatado el llamado a una diligencia de seguimiento con la trabajadora social durante el mes de abril de 2017.

215. Por lo anterior, la Sala considera que la Comisaría perdió de vista que la medida de protección busca, a la luz de los artículos 44 de la Constitución[162] y 4 de la Ley 294 de 1996[163], poner fin o evitar una agresión, maltrato o violencia, y, en el caso de los menores, garantizar el pleno goce de sus derechos y su interés superior. La Sala advierte que, en el caso concreto, la medida provisional dictada el 17 de mayo de 2017 no buscaba estos fines, sino, en su lugar, reprochar, imponer correctivos o, incluso, sancionar a la señora GPPC.

216. Tal como se señaló en la sección anterior, la Comisaría desestimó pruebas

relevantes que informaban acerca del posible abuso sexual del que han sido víctimas las menores y omitió practicar las pruebas necesarias para adoptar la decisión de entrega de su tenencia y cuidado a sus abuelos paternos. En su lugar, dictó dicha decisión bajo una interpretación sesgada, parcializada y contraevidente de algunos apartes descontextualizados del informe de la Fundación Mujer y Familia, que daban cuenta de la “baja interiorización” del proceso terapéutico de la señora GPPC, así como por su inasistencia a ciertas diligencias programadas por dicho Despacho.

217. Pese a que, con posterioridad al 17 de mayo de 2017, la señora GPPC, el agente del Ministerio Público y el mismo informe de visita domiciliaria pusieron de presente la imperiosa necesidad de modificar dicha medida por sus graves implicaciones en relación con los derechos y el interés superior de las menores, la Comisaria simplemente no reconsideró su decisión. Además, mantuvo su determinación, pese a que, tal como se indicó en el párr. 31, un día después, las menores VLP y SLP ingresaron a urgencias de la Clínica del Country de Bogotá, con un diagnóstico de “trastorno de ansiedad y depresión” y “trastorno emocional y ansiedad”, respectivamente, presuntamente como consecuencia de la medida provisional de protección, según informó y acreditó su madre con los certificados médicos correspondientes.

218. Del mismo modo, pese a que los mencionados informes obran en su totalidad hace más de siete meses, la Comisaria ha omitido ordenar la compulsa copias pertinente a las autoridades competentes para que investiguen los posibles delitos sexuales que presuntamente han afectado a las menores, en abierto desconocimiento del artículo 6 de la Ley 294 de 1996[164].

219. Es preciso resaltar que la Corte ha reiterado que el principio de interés superior del menor tiene una especial proyección en relación con los procesos, administrativos y judiciales. En este sentido, la Corte ha advertido que “Los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos al resolver casos relativos a la garantía de los derechos fundamentales de un menor de edad. Eso, entre otras cosas, implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad.”

220. Además, la Corte ha señalado que “que las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. Así, al estudiar controversias relativas a la aplicación de medidas de protección en los procesos de restablecimiento de derechos, ha insistido en que las actuaciones del Estado deben considerar la situación del menor y tener en cuenta “(...) (i) la existencia de una lógica de ponderación entre cada una de ellas (las medidas de protección a adoptar); (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente”.

221. En este sentido, tal como se señaló en el párr. 38, 39 y 40, en su solicitud de dejar sin efectos la medida de 17 de mayo de 2017, el Procurador justamente le manifestó a la Comisaría que “las medidas de protección adoptadas dentro del proceso de violencia intrafamiliar, no pueden afectar la estabilidad de las menores de edad que se pretende proteger, como en efecto sucedió en el presente caso, cuando se ordenó una medida de modificación de custodia de las niñas sin existir siquiera un concepto favorable por parte del trabajador social de la institución, ni una valoración psicológica a los abuelos paternos, ni mucho menos un proceso terapéutico previo con las menores de edad, que permitiere establecer un vínculo entre las menores de edad y su familia extensa”[165]. Estos argumentos fueron desatendidos por la Comisaría.

222. Al revisar dicha medida, el acervo probatorio y las consideraciones en las que se fundó, así como la inobservancia de los elementos señalados en el párrafo anterior, esta Sala concluye, sin más, que el auto sub examine incurrió en violación directa de la Constitución.

223. Los defectos de las dos providencias cuestionadas se pueden resumir de la siguiente manera:

Defectos específicos en las providencias sub examine

Auto de 11 de mayo de 2017

1

Denegación del derecho a participar en la
diligencia de verificación de cumplimiento

Defecto procedimental

2

Indebida valoración de prueba no sometida
a contradicción

Defecto fáctico, por (i) fundarse en una prueba recaudada de forma inapropiada y por
(ii) indebida valoración.

3

Valoración de prueba inexistente en el
expediente

Auto de 17 de mayo de 2017

1

No valoración de informes

Defecto fáctico, por no analizar pruebas relevantes

2

Grave omisión en el decreto y práctica de pruebas

Defecto fáctico, por no decretar pruebas relevantes para la decisión

3

Vulneración del interés superior de las menores

Violación directa de la Constitución (Art. 44)

6. Efecto expansivo de los defectos específicos sub examine

224. Esta Sala considera que los defectos específicos de los que adolecen los autos de 11 y 17 de mayo de 2017 han surtido efectos que se han expandido a lo largo del trámite de incumplimiento de la medida de protección 147 de 2012, y que corresponden a las siguientes actuaciones:

Actuaciones posteriores

23 de mayo de 2017 - “audiencia de trámite por el posible segundo desacato a la medida de protección No 147 de 2002”.

La señora GPPC, entre otras, cuestionó la idoneidad de la Fundación Mujer y Familia

El auto de 25 de mayo de 2017[166]

La Comisaría corrió traslado al señor JALO de la solicitud de reconsideración interpuesta por la señora GPPC.

El auto de 12 de junio de 2017

La Comisaría negó la solicitud de reconsideración interpuesta por la señora GPPC y, en

consecuencia, mantuvo la medida de protección provisional, referida a la entrega de la custodia de las menores a los abuelos paternos.

El auto de 24 de abril de 2017

La Comisaría aclaró el auto de 11 de mayo de 2017, en el sentido de que, en dicha oportunidad, se avocó el conocimiento del primer incidente de incumplimiento en contra de GPPC.

El auto de 10 de junio de 2017

La Comisaría desestimó el valor probatorio del informe del Instituto Medicina Legal, aduciendo que no es posible “inferir, siquiera, indirecta y sumariamente, que las niñas hubiesen sido objeto de las conductas sexuales inadecuadas que aduce la progenitora”.

El auto de 10 de junio de 2017

La Comisaría, entre otras, informó que las actuaciones dentro del proceso no han sido suspendidas.

La constancia secretarial de 22 de agosto de 2017

Da cuenta de la presentación de los informes de visita domiciliaria y caracterización de la familia.

La audiencia de 22 de agosto de 2017

La Comisaría dio continuidad al trámite por “desacato” a la medida de protección 147 de 2012 en contra de la señora GPPC.

La audiencia de 27 de septiembre de 2017

La Comisaría (i) declaró probado el incumplimiento de la señora GPPC; (ii) le impuso una sanción por 6 SMLMV; (iii) confirmó la medida de protección provisional, ordenada por el auto de 17 de mayo de 2017; y (iv) reiteró el valor probatorio del informe de la Fundación Mujer y Familia de 9 de mayo de 2017

La sentencia de 24 de octubre de 2017

El Juzgado Sexto de Familia de Bogotá (i) modificó la sanción de multa y (ii) confirmó la decisión del auto de 17 de mayo de 2017.

El auto de 24 de noviembre de 2017

La Comisaría notificó la anterior decisión y le advirtió a la señora GPPC acerca del plazo para consignar la multa.

225. Si bien no fueron controvertidas por la accionante, estas actuaciones adolecen de varias de las irregularidades acreditadas en los autos sub judice (ver sección 5.3.). En particular, estas providencias: (i) se fundan en las mismas consideraciones utilizadas en los autos de 11 y 17 de mayo de 2017, esto es, el informe de la Fundación Mujer y Familia que, supuestamente, da cuenta del incumplimiento de la señora GPPC; (ii) desconocen los informes del Instituto de Medicina Legal y del ICBF, que relatan presuntos actos de abuso sexual en contra de las menores; y (iii) pierden de vista que el proceso de medida de protección tiene por objeto, especialmente, asegurar la satisfacción plena de los derechos fundamentales y el interés superior del menor.

226. En esta medida, la Sala considera que (i) la vulneración de los derechos fundamentales de la señora GPPC y sus hijas deviene de la confluencia de todas estas actuaciones y que (ii) los defectos de procedibilidad identificados se proyectan y tienen

efectos expansivos a lo largo del trámite posterior. En consecuencia, es necesario dejar sin efectos todas las actuaciones adelantadas por la Comisaría en el marco de dicho trámite desde la audiencia de 11 de mayo de 2017 (incluida), en la cual, la Comisaría resolvió (i) declarar el incumplimiento de la señora GPPC y, a su vez, (ii) “orden[ó], admiti[ó] y avoc[ó] el conocimiento de un segundo incidente de incumplimiento propuesto por el incidentante, señor JALO, en contra de la incidentada, señora GPPC”.

7. Consideraciones finales

227. Al margen de los defectos específicos de los que adolecen los autos de 11 y 17 de mayo de 2017, la Sala Primera de Revisión de Tutela considera pertinente realizar tres consideraciones, en relación con el trámite sub examine y con la actuación de la Comisaria de Familia, a saber: (i) la falta de claridad procesal acerca de la naturaleza de las actuaciones surtidas al interior del proceso de medida de protección; (ii) el deber especial de los funcionarios públicos de compulsar copias, especialmente, cuando existen indicios sobre abusos sexuales a menores de edad; (iii) La obligación de adoptar un enfoque de género en aquellos casos tramitados por hechos constitutivos de violencia doméstica o psicológica cometidos en contra de mujeres o niñas; y, (iv) la imparcialidad objetiva que deben mantener los funcionarios, especialmente, aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales, la cual no estuvo garantizada en este caso.

228. En primer lugar, la Sala observa que, en reiterados pronunciamientos, la Comisaría ha sido imprecisa y confusa durante el trámite de cumplimiento de la medida de protección No. 142 de 2012. Por ejemplo, las medidas de protección adoptadas mediante el fallo de 25 de octubre de 2016 inicialmente fueron calificadas por la propia Comisaría como definitivas[167], pero las mismas, posteriormente, también fueron consideradas provisionales[168]. O, por otra parte, cuando se ha referido a ciertas actuaciones como “segundo incidente de incumplimiento”, pero que, en otras, se refiere a este como el “primero”.

229. Esta situación fue advertida por otras autoridades y puesta en conocimiento de la Comisaría. En particular, se observa que el Agente del Ministerio Público le solicitó a la Comisaría que profiriera un auto aclaratorio de la providencia de 11 de mayo de 2017, “toda vez que dentro del expediente obran dos autos mediante los cuales se avoca conocimiento,

proferidos los días once (11) y doce (12) del mes de mayo del año en curso, en los cuales además se incurre en un error al mencionar que se trata del incidente por el segundo incumplimiento de la medida de protección otorgada, sin tener en cuenta que su génesis es la petición radicada el 11 de mayo de 2017 por el señor JALO, misma que refiere exclusivamente a la medida de protección complementaria, respecto de la cual no se observa que se hubiese adelantado un incidente previo”.

230. A juicio de esta Sala, tal falta de claridad en el procedimiento no resulta intrascendente. Por el contrario, los funcionarios públicos encargados de instruir trámites administrativos o judiciales tienen la especial carga de claridad procesal en relación con la naturaleza de cada acto o decisión, de lo cual se desprende que las partes puedan ejercer de manera idónea y oportuna sus derechos procesales, y así, garantizar su debido proceso y derecho de defensa. Solo a manera de ejemplo, a la luz de lo previsto por el artículo 18 de la Ley 294 de 1996, del carácter definitivo o provisional de la medida de protección, depende la procedencia del recurso de apelación[169]. A su vez, la denominación del número de incidentes de incumplimiento también reviste especial importancia dentro del proceso, habida cuenta de que estos tienen incidencia en la graduación de la sanción, a efectos de valorar la posible renuencia de una parte frente al cumplimiento de una medida[170].

231. En segundo lugar, el procedimiento previsto por la Ley 294 de 1996, tiene por objeto garantizar, además de la unidad familiar, la primacía de los derechos fundamentales y la prevalencia de los derechos de los niños. Esto significa que el procedimiento de medida de protección, y sus incidentes de incumplimiento, debe ser interpretado de conformidad con estos principios. En otras palabras, todas las decisiones que se tomen al interior del proceso deben estar dirigidas a garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales[171], especialmente tratándose de menores de edad.

232. A la luz de lo anterior, las autoridades de familia deben dar cumplimiento al deber general de denuncia, en virtud del cual tienen la obligación de poner “en conocimiento ante la autoridad competente”[172] aquellos hechos que constituyan delito. Ahora, si bien las medidas de protección tienen por objeto poner fin o evitar que se concreten actos de “violencia, maltrato o agresión” dentro del grupo familiar, lo cierto es que esto no exime a las autoridades del cumplimiento de dicho deber[173], especialmente cuando el beneficiario

de esta medida de protección es un menor de edad.

233. En el caso sub examine la Sala observa que en el expediente proveniente de la Comisaría obran diversos informes –uno realizado por Medicina Legal, y otro, por el ICBF (ver párr. 34) –que dan cuenta de un presunto abuso sexual hacia las menores-. Esta situación exigía, como mínimo, que la Comisaria encargada del caso pusiera en conocimiento de las autoridades penales correspondientes los hechos relacionados con los presuntos abusos sexuales. Sin embargo, la funcionaria, no solo incumplió dicho deber, sino que, además, (i) desestimó estos informes, al considerar que de estos no se podía “inferir, siquiera, indirecta y sumariamente, que las niñas hubiesen sido objeto de las conductas sexuales inadecuadas que aduce la progenitora”, a pesar de que una simple lectura de los mismos permite llegar a conclusiones contrarias; y (ii) no solicitó la práctica de pruebas pertinentes e idóneas que dieran lugar a esclarecer las presuntas conductas de abuso sexual mencionadas por las menores, y que permitieran refutar, o no, los contenidos de los informes. En esta medida, la Sala advierte que la funcionaria no actuó en procura del interés superior de las menores y la garantía de sus derechos fundamentales.

234. En tales términos, a juicio de esta Sala, la actuación de la funcionaria constituye una infracción grave que desconoce la naturaleza del procedimiento que le corresponde instruir. En consecuencia, esta Sala ordenará compulsar copias de la presente actuación a la Fiscalía General de la Nación, para que, dentro de sus competencias, investigue la conducta de la Comisaria Once de Familia de Suba, la señora María Patricia Pereira Muñetón, y adelante las acciones que estime pertinentes.

235. En tercer lugar, cómo se indicó en los párr. 129, 130 y 131, cuando los funcionarios asuman el conocimiento de casos relacionados con violencia doméstica o psicológica, en los que la presunta víctima sea una mujer, se debe tener en cuenta un criterio de género para su resolución. En consecuencia, “los jueces vulneran los derechos de las mujeres cuando sucede alguno de los siguientes eventos: (i) omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes; (ii) falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas; (iii) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones; (iv) afectación de los derechos de las víctimas”[174].

236. En este asunto, se advierte que algunas de las conductas y omisiones reprochadas anteriormente se presentaron en este caso. En efecto, la falta de rigor en el estudio de ciertas pruebas, al distorsionar o cercenar su contenido, o las omisiones probatorias en las que se incurrió en relación con aspectos fundamentales de las resoluciones cuestionadas, y que tenían que ver con situaciones particulares de abuso sexual y violencia psicológica ejercida en contra de la madre y sus dos hijas menores, revelan un grave desconocimiento de los criterios diferenciales de género en la solución de este caso. Esto se hace aún más evidente, si se tiene en cuenta la actitud indiferente y despreocupada de la Comisaria frente a la referida información sobre abusos sexuales en contra de las menores.

237. Finalmente, la Sala encuentra que la Comisaria Once de Familia Suba I, María Patricia Pereira Muñetón, no ha actuado con la imparcialidad que se le exige a todo funcionario judicial, en aras de garantizar el debido proceso de las partes. Esto, habida consideración de (i) la magnitud de las irregularidades cometidas al interior del proceso, cuyos efectos se extendieron durante el desarrollo del trámite; (ii) la falta de claridad procesal con la que ha actuado en las distintas diligencias; y, (iii) el desconocimiento del deber constitucional de garantizar la primacía de los derechos de los niños, referido a la omisión del deber de compulsar copias ante una posible conducta de abuso sexual.

238. Por lo demás, esta Corte ha entendido la imparcialidad judicial como una garantía esencial del derecho al debido proceso, en virtud de la cual el juez debe decidir “con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”[175]. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva del funcionario judicial. La primera, “exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase, ni directo ni indirecto”. La segunda, por su parte, “hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad”[176]https://mail.google.com/mail/u/0/-m_2750063045863378639_m_-2947242185459538565__ftn2.

239. Este segundo tipo de imparcialidad, ha señalado la Corte, guarda relación con el objeto del proceso “y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto

previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo”[177]. Tales prevenciones pueden surgir, por ejemplo, cuando, debido a la magnitud de las irregularidades advertidas por el juez de tutela en la providencia judicial cuestionada, se dispone compulsar copias para que se investigue la conducta del funcionario que la profirió. Esta situación pone razonablemente en duda la imparcialidad con la que actuaría dicho operador judicial, a la hora de emitir un nuevo pronunciamiento.

240. Así las cosas, en atención a los graves defectos que afectan a las decisiones de la Comisaría y toda vez que esta Sala de Revisión ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue la conducta de la Comisaria 11 de Familia Suba I, María Patricia Pereira Muñetón, se dispondrá, además, que la actuación por violencia intrafamiliar RUG 880-2012 y 1535-2015 sea reasignada a otra Comisaría de Familia, con el ánimo de garantizar decisiones imparciales y sin prevenciones de ninguna naturaleza por parte del funcionario encargado de decidir la controversia.

241. Finalmente, esta Sala ordenará que, por medio de la Secretaría General, se devuelva al Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión de Familia, el expediente de tutela No. 110001-22-10-000-2016-00798-00, el cual fue enviado en calidad de préstamo y remitido a esta Corte, en cumplimiento de lo ordenado en auto de 9 de noviembre de 2017.

8. Síntesis de la decisión

242. Por intermedio de apoderada, GPPC, a nombre propio y en representación de sus dos hijas menores de edad, presentó acción de tutela en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a vivir una vida libre de violencias, al interés superior del menor y a tener una familia. Según lo afirmó en la solicitud de tutela, la Comisaría dictó los autos de 11 y 17 de mayo de 2017, los cuales adolecían de defectos específicos que daban lugar al amparo constitucional. Adicionalmente, sostuvo que estas decisiones desconocieron el artículo 29 de la Constitución Política e inaplicaron diversos precedentes constitucionales sobre la protección de las mujeres en casos de violencia doméstica y los derechos de los niños víctimas de abuso sexual.

243. El Juzgado Setenta y Seis Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá denegó por improcedente el amparo solicitado, toda vez que la acción de tutela no puede invadir la esfera de competencia del funcionario de familia, a menos que adolezca de un defecto dentro del procedimiento o se configure un perjuicio irremediable, lo cual no se demostró en este caso. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

244. En atención al material probatorio obrante en el expediente y a las consideraciones antes presentadas, esta Sala consideró que la tutela sub examine sí cumple con todos los requisitos genéricos de procedibilidad. Además, esta Sala concluyó que los autos de 11 y 17 de mayo de 2017, proferidos por la Comisaria Once de Familia de Suba I, Bogotá, dentro del proceso de medida de protección No. 147 de 2012, están viciados por las siguientes irregularidades. En el caso del primer auto: (i) la denegación del derecho a participar en la audiencia de verificación de cumplimiento de la medida de protección, (ii) la indebida valoración de una prueba no sometida a contradicción, y (iii) la valoración de una prueba inexistente en el expediente. En el caso del segundo auto, la Comisaría (i) no valoró los informes que obran en el expediente, (ii) omitió el decretó y la práctica de pruebas determinantes, y (iii) desconoció el interés superior de las menores.

245. Tales irregularidades, a juicio de la Sala, configuraron defectos procedimentales, fácticos y la violación directa de la Constitución, tal como se refirió en el párr. 223.

246. Por último, se ordenó compulsar copias de la presente actuación a la Fiscalía General de la Nación, para que, dentro de sus competencias, se investigue la conducta de la Comisaría 11 de Familia de Suba I. Igualmente, se ordenó reasignar, dentro las 24 horas siguientes, el expediente que contiene la medida de protección No 147 de 2012 a otra Comisaría de Familia, para que en lo sucesivo conozca de esta actuación.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO-. REVOCAR las decisiones proferidas el 2 de junio de 2017 y 18 de julio de 2017 por el Juzgado Setenta y Seis Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá. En su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y al interés superior del menor.

SEGUNDO-. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS los autos proferidos el 11 y 17 de mayo de 2017 por la Comisaria Once de Familia de Suba I, Bogotá, dentro del proceso de medida de protección No. 147 de 2012, así como las demás actuaciones surtidas con posterioridad en el trámite de cumplimiento e incidente de incumplimiento de esta medida de protección.

TERCERO-. COMPULSAR copias de la presente actuación a la Fiscalía General de la Nación, para que, dentro de sus competencias, investigue la conducta de la Comisaria de Familia, la señora María Patricia Pereira Muñetón, y adelante las acciones que estime pertinentes.

CUARTO-. ORDENAR a la Comisaría Once de Familia de Suba I, Bogotá, que disponga lo pertinente, a efectos de REASIGNAR, dentro de las 24 horas siguientes, a otra Comisaría de Familia el conocimiento de la Medida de Protección No. 147 de 2012 y sus incidentes de incumplimiento. Una vez reasignado el expediente, las actuaciones subsiguientes deberán ajustarse a la normativa que regula el proceso de medida de protección y los trámites e incidentes de incumplimiento, así como a las consideraciones de esta sentencia; además, deberán garantizar el debido proceso de las partes e intervinientes y el interés superior de las menores.

QUINTO-. ORDENAR que, por medio de la Secretaría General, se DEVUELVA al Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión de Familia, el expediente de tutela No. 110001-22-10-000-2016-00798-00, el cual fue enviado en calidad de préstamo y remitido a esta Corte, en cumplimiento de lo ordenado en auto de 9 de noviembre de 2017.

SEXTO-. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, comuníquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-015/18

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Tipos

VIOLENCIA INSTITUCIONAL CONTRA LA MUJER-Agresión frente a la mujer realizada tanto por instituciones como por funcionarios públicos (Aclaración de voto)

Considero necesario y pertinente empezar a estudiar la violencia institucional contra la mujer, por tratarse de una amenaza que debe ser prevenida, enfrentada, y corregida eficazmente, ya que de ello depende la confianza de las víctimas de violencia de género en la administración de justicia, y la protección oportuna de sus derechos fundamentales. La conclusión forzosa a la que llego, es que resulta imprescindible brindar herramientas

suficientes a los operadores judiciales, para evitar la configuración de escenarios de violencia institucional en Colombia y lograr una garantía real de los mandatos constitucionales que proscriben todas las formas de discriminación contra la mujer.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO-Forma de combatir la violencia contra la mujer (Aclaración de voto)

VIOLENCIA INSTITUCIONAL CONTRA LA MUJER-Se caracteriza por la posición de superioridad de quien representa al Estado frente a la víctima (Aclaración de voto)

M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

La sentencia T-015 de 2018 realizó un detallado estudio sobre los errores de trámite, probatorios y de desconocimiento de la Constitución en los que incurrió la accionada, y concluyó, acertadamente, que además de vulnerar el derecho al debido proceso de la tutelante, con sus actuaciones, la Comisaría de Familia accionada también omitió la obligación de adoptar un enfoque de género durante el trámite de medidas de protección, teniendo en cuenta que le habían sido puestos en conocimiento hechos de violencia doméstica y psicológica por parte de JALO -padre de las menores- contra GPPC, e incluso existían indicios de abuso sexual por parte de éste último, frente a sus menores hijas.

Acompañé la decisión adoptada en la sentencia T-015 de 2018, pues en efecto, la autoridad accionada vulneró los derechos fundamentales de GPPC y de sus hijas, al adelantar el proceso de medidas de protección para las menores, desconociendo el propósito mismo de éste que no era otro que la salvaguarda de los derechos fundamentales y el interés superior de las niñas. No obstante lo anterior, debo advertir que este caso muestra la necesidad de fomentar y materializar espacios de capacitación para el sector justicia, entorno a la importancia de la adopción de una perspectiva de género y de protección eficaz de los derechos de las mujeres, para evitar la configuración de un escenario de violencia institucional. A continuación expongo las razones que me llevan a dicha conclusión.

1. La violencia contra la mujer tiene varios tipos de manifestaciones, uno de los cuales es la violencia institucional. Este es un tipo específico e independiente de agresión frente a la mujer -una violencia en sí misma- ejecutada tanto por instituciones como funcionarios públicos, que debe ser abolida por el Estado.

2. La Ley 1257 de 2008 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, consagra como uno de los principios orientadores de su aplicación, el de corresponsabilidad, que define como la responsabilidad de la sociedad y la familia de respetar los derechos de las mujeres y de contribuir a la eliminación de la violencia contra ellas, y la responsabilidad del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres[178].

Ese principio compete en gran medida al sector justicia, el cual debe tener un intenso compromiso en materia de protección a la mujer, pues quienes estamos revestidos de función jurisdiccional, debemos propender siempre por la realización material de los derechos fundamentales, luchar contra la violencia de género, y brindar las garantías necesarias para avanzar hacia la construcción de un país más incluyente, como respuesta a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 13[179] sobre el derecho a la igualdad, y 43[180] que proscribe toda forma de discriminación contra la mujer.

2.1. En concordancia con lo anterior, la Ley 1761 de 2015 “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)”, en su artículo 11 dispone que los “servidores públicos de la Rama Ejecutiva o Judicial en cualquiera de los órdenes que tengan funciones o competencias en la prevención, investigación, judicialización, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres, deberán recibir formación en género, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en los procesos de inducción y reinducción en los que deban participar, de acuerdo con las normas que regulen sus respectivos empleos”.

2.2. La importancia de contar con políticas y campañas de sensibilización en materia de violencia de género en el sector justicia fue advertida por Amnistía Internacional en un informe del año 2016 sobre violencia contra la mujer en los ámbitos de salud sexual y reproductiva en América Latina y el Caribe. Veamos:

“A la fecha, la mayoría de las políticas de prevención a nivel Estatal se centran exclusivamente en campañas de sensibilización y difusión de información al público en general sobre el problema de la violencia contra las mujeres y el problema de la

discriminación contra las mujeres como acciones aisladas. Sin embargo, resulta importante destacar que para ser efectiva, la estrategia de prevención de los Estados necesita tener un enfoque integral, que abarque el sector de la justicia. Es deseable que las campañas de prevención aborden los factores de riesgo que existen en el ámbito familiar y social, y que facilitan la aceptación de la violencia contra las mujeres por parte de los funcionarios judiciales. (...)”[181]

3. Pues bien, el caso abordado en la sentencia T-105 de 2018 demuestra la imperiosa necesidad de avanzar en la capacitación de quienes tienen funciones jurisdiccionales, acerca de la protección reforzada que deben recibir las mujeres que han sido agredidas por su género. La conducta sesgada de la Comisaria de familia que tramitó el proceso de medidas de protección de las menores hijas de GPPC, y la ausencia de un enfoque de género tanto en ese proceso como en las sentencias de los jueces de instancia en tutela, no solo desconocen mandatos Superiores, sino que permiten advertir la falta de instrucción a la que me acabo de referir. Esta situación no solo repercute intensa y negativamente en la garantía de los derechos fundamentales de las víctimas, sino que también puede resultar en una violencia institucional, en los términos que ha sido planteada en el derecho internacional, cuya configuración debe evitarse oportunamente.

3.1. Aunque no existe una definición taxativa de violencia institucional, a partir de varios instrumentos internacionales es posible extraer un concepto sobre la misma.

Particularmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[182] de la Organización de Naciones Unidas – CEDAW por sus siglas en inglés-, establece como deber de los Estados “Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”[183]. A su turno, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer – Resolución de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas 48/104 del 20 de diciembre de 1993-, incluye en su artículo 2, algunas conductas que deben entenderse como violencia contra la mujer, dentro de las que explícitamente incluye señala “La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.”[184]. En igual sentido, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención De Belem Do Para”[185], reitera en su artículo 2 la formula sobre la

violencia contra la mujer perpetrada o tolerada por el Estado.

3.2. Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en un Informe sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas de 2007, que “resulta igualmente crítico fortalecer las políticas de prevención de los abusos y las diversas formas de violencia institucional, perpetrada por autoridades estatales contra las mujeres durante el proceso judicial, como un deber expreso y sin dilaciones comprendido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.”[186]

3.3. En este orden de ideas, queda claro que a nivel internacional el Estado y sus agentes pueden ser responsables directamente, por violencia institucional contra la mujer. Este tipo de violencia se caracteriza por la posición de superioridad de quien representa al Estado frente a la víctima, además, debe tenerse en cuenta que el agente estatal actúa bajo una presunción de legalidad y legitimidad, haciendo más difícil la defensa de la mujer que está viendo vulnerados sus derechos fundamentales.

4. En virtud de todo lo expuesto, considero necesario y pertinente empezar a estudiar la violencia institucional contra la mujer, por tratarse de una amenaza que debe ser prevenida, enfrentada, y corregida eficazmente, ya que de ello depende la confianza de las víctimas de violencia de género en la administración de justicia, y la protección oportuna de sus derechos fundamentales. La conclusión forzosa a la que llego, es que resulta imprescindible brindar herramientas suficientes a los operadores judiciales, para evitar la configuración de escenarios de violencia institucional en Colombia y lograr una garantía real de los mandatos constitucionales que proscriben todas las formas de discriminación contra la mujer.

Fecha ut supra.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] Expresión utilizada en el referido auto.

[2] En la presentación de los antecedentes del caso, y para facilitar su lectura, se prescindirá del uso de las mayúsculas sostenidas originales.

[3] Dentro del expediente no obra el registro civil de matrimonio, no obstante, en varios documentos se menciona esta fecha, así: (i) petición de restablecimiento de derechos presentada por JALO el 30 de marzo de 2015 ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Cno. Comisaría, CD, Fl. 287); (ii) denuncia presentada por JALC por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia (Cno. Comisaría, CD, Fl. 289); (iii) sentencia proferida el 20 de junio de 2014 por el Juzgado Tercero de Familia de Descongestión, dentro del proceso No 2013-108, entre otros (Cno. Comisaría, CD, Fl. 347).

[4] Cno. Comisaría, CD, Fl. 793.

[5] Cno. Comisaría, CD, Fl. 348. Así se relata en la sentencia proferida el 20 de junio de 2014 por el Juzgado Tercero de Familia de Descongestión, dentro del proceso No 2013-108.

[6] Cno. Comisaría, CD, Fl. 2.

[7] Cno. Comisaría, CD, Fl. 7.

[8] Cno. Comisaría, CD, Fl. 38.

[9] Id.

[10] Cno. Comisaría, CD, Fls. 50-51.

[11] Cno. Comisaría, CD, Fl. 52. En el auto no se indica el día exacto en el que fue proferido, solo el mes y el año, tal como se señala.

[12] Cno. Comisaría, CD, Fl. 52. Constancia secretarial.

[13] Cno. Comisaría, CD, Fl. 62.

[14] Por ejemplo, se aportó un comunicado suscrito por la administradora del Conjunto donde residía, para ese momento, la accionante junto con sus hijas.

[15] Cno. Comisaría, CD, Fls. 104-111.

[16] Cno. Comisaría, CD, Fls. 158-161.

[17] Cno. Comisaría, CD, Fls. 182-189.

[18] Cno. Comisaría, CD, Fl. 190.

[19] Cno. Comisaría, CD, Fls. 201-207.

[20] Cno. Comisaría, CD, Fl. 208.

[21] Cno. Comisaría, CD, Fls. 216-220.

[22] Cno. Comisaría, CD, Fls. 563-569.

[23] Cno. Comisaría, CD, Fls. 667-669.

[24] Cno. 1, Fl. 91.

[25] Cno. 1, Fl. 249.

[26] Cno. 1, Fl. 249.

[27] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC2999-2017, 3 de marzo de 2017.

[28] Cno. Comisaría, CD, Fls. 703-705.

[29] Cno. Comisaría, CD, Fl. 714.

[30] Cno. Comisaría, CD, Fls. 734-735.

[31] Cno. Comisaría, CD, Fls. 740-742.

[32] Cno. Comisaría, CD, Fl. 208.

[33] Cno. Comisaría, CD, Fl. 751.

[35] Cno 1. Fls. 61-62. Adicionalmente, en el expediente de la Comisaría de Familia, obra el reporte médico de esta consulta por urgencias. Cno. Comisaría, CD, Fls. 782-788.

[36] Cno. 1, Fl. 5.

[37] Cno Comisaría, CD, Fl. 789 y 790.

[38] Cno. Comisaría, CD, Fls. 763-765.

[39] Cno. Comisaría, CD, Fl. 765.

[40] La audiencia de fallo del segundo incidente de desacato de la medida de protección, continúa los días 21 de julio, 22 de agosto y finaliza el 27 de septiembre de 2017.

[41] Cno Comisaría, CD, Fls. 770-819.

[42] Cno. Comisaría, CD, Fls. 923-924.

[43] Id.

[44] Id.

[45] Cno. Comisaría, CD, Fls. 931-933.

[46] Cno. Comisaría, CD, Fl. 1049.

[47] Cno. Comisaría, CD, Fl. 1046.

[48] Id.

[49] Cno. Comisaría, CD, Fls. 918 a 922.

[50] Cno. Comisaría, CD Fls. 1000-1005.

[51] Cno. Comisaría, CD, Fl. 1043.

[52] Cno. Comisaría, CD, Fl. 1051.

[53] Cno. Comisaría, CD, Fl. 1057.

[54] Cno. Comisaría, CD, Fl. 1056.

[55] Id.

[56] Cno. Comisaría, CD, Fls. 1060-1063. La Comisaría inicialmente indicó que se trataba del segundo incidente, pero debido a las advertencias realizadas por el Procurador 246 de Familia, precisó que en realidad se trataba del primer incidente.

[57] Cno. Comisaría, CD, Fls. 1090-1093.

[58] Cno original. Fl. 1 a 19.

[59] Cno. 1, Fl. 203.

[60] Cno. 1, Fl. 204.

[61] Cno. 1, Fl. 207.

[62] Cno. 1, Fl. 86.

[63] Id.

[64] Ibídem.

[65] Cno. 1, Folio 89.

[66] Cno. 1, Folio 88.

[67] Cno. 1, Folio 89.

[68] Id.

[70] Cno. 1, Folio 195.

[71] Cno. 1. Fls. 250-253.

[72] Cuaderno 1, Folio 253.

[73] Ibídem

[74] Cuaderno 1, Folio 277.

[75] Cuaderno 1, Folio 279.

[76] Cuaderno 1, Folio 280.

[77] Ibídem.

[78] Cuaderno 2, Folio 10.

[79] Cuaderno 2, Folio 10.

[80] Cuaderno 2, Folio 11.

[81] Ibídem.

[82] Cuaderno 2, Folio 15.

[83] Cuaderno 2, Folio 18.

[84] Cno. De Revisión. Fls. 3-13.

[85] Esta Sala estuvo integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.

[86] Cno. De Revisión. Fls. 42-49.

[87] Cno. De Revisión. Fls. 20-22.

[88] Cno. De Revisión. Fl. 23.

[89] Cno. Revisión. Fls. 59-70.

[90] Cno. Revisión. Fls. 87-104.

[91] Cno. ppal. Fls. 107 a 153.

[92] Cno. Comisaría, CD, Fls. 740-742. En este auto se ordenó “Admitir y Avocar el conocimiento del Segundo Incidente de Incumplimiento propuesto por el (la) Incidentante (a) Señor (a) JALO, contra el (a) Incidentada (a) señor (a) GPPC, dentro de la Medida de protección No. 147/02. Por los hechos expuestos anteriormente”.

[93] Cno. Comisaría, CD, Fls. 754-756. En este auto se ordenó (i) la entrega provisional de la tenencia y cuidado personal de las niñas VLP y SLP a sus abuelos paternos, LMOL y JHLD y (ii) la fijación del régimen de visitas de la señora GPPC, una vez se de cumplimiento a la medida anterior.

[94] Corte Constitucional, Sentencia T-642 de 2013.

[95] Constitución Política de Colombia, inciso 3, Artículo 116: “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”.

[96] Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2009.

[97] Corte Constitucional, Sentencia T-244 de 2016.

[98] Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

[99] En los términos de la Sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales no exigen que la decisión cuestionada comporte necesariamente una irregularidad procesal, sino que tal irregularidad tenga un efecto determinante en la providencia que se impugna.

[100] Véanse, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, T-666 de 2015 y T-582 de 2016.

[101] Corte Constitucional, Sentencias T-446 de 2007 y T-929 de 2008.

[102] Véanse, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias T-781 de 2011, SU 424 de 2012, T-388 de 2015 y T-582 de 2016. Ha dicho la Corte que, en tales casos, la decisión judicial pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad que debe dejarse sin efectos, para lo cual la tutela resulta ser el mecanismo idóneo y apropiado.

[103] Corte Constitucional, Sentencia SU-132 de 2013.

[104] Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2016.

[105] Id. De acuerdo con la Sentencia SU-159 de 2002, al adelantar el estudio del material probatorio, el operador judicial debe utilizar “criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”.

[106] Corte Constitucional, Sentencia T-950 de 2011.

[107] Corte Constitucional, Sentencias T-233 de 2007 y T-709 de 2010.

[108] Corte Constitucional, Sentencia T-140 de 2012.

[109] Corte Constitucional, Sentencia T-863 de 2013.

[110] Las Comisarías de Familia, entre otras autoridades públicas, tienen la obligación de restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 1098 de 2006. De acuerdo con los artículos 83 y 86 de la misma normativa, a la Comisaría de Familia le corresponde “prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar” y, en particular, de los menores de edad. Así como, entre muchas otras funciones, “[r]ecibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes”.

[111] Ley 294 de 1996, artículo 4.

[112] Ley 294 de 1996, artículo 9.

[113] Ley 294 de 1996, artículo 9.

[114] Ley 294 de 1996, artículo 14.

[115] Ley 294 de 1996, artículo 5.

[116] Ley 294 de 1996, artículo 18.

[117] Cno. 1. Fl. 24.

[118] El artículo 3-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 24-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 25-2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

[119] Cfr. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada en Colombia mediante la Ley 51 de 1981), Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer – “Convención de Belém do Pará” (aprobada en Colombia mediante la Ley 248 de 1995), entre otras.

[121] Corte Constitucional. Sentencia T-967 de 2014.

[122] Id.

[123] Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias T-068 de 2011, T-260 de 2012, T-923 de 2014, T-200 de 2014.

[124] En el ámbito nacional, el artículo 13 de la Constitución consagra el deber del Estado de proteger a aquellas personas “que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. Por su parte, el artículo 44 superior consagra los derechos de los niños, niñas y adolescentes y establece que “la familia, la sociedad y el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (...) los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. En el ámbito internacional, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, aprobada por la Ley 12 de 1991, en el principio 2 establece que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”. Corte Constitucional,

Sentencia T-260 de 2012. Como lo ha explicado esta Corte, existen sujetos que, por su situación de vulnerabilidad, merecen de un especial tratamiento y protección por parte del Estado, como ocurre con los niños, niñas y adolescentes. La garantía de los derechos y la especial protección a estos sujetos se fundamenta en “la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma (...), 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”.

[125] Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 2012.

[126] Cno. Comisaría, CD, Fl. 1057. Resolución No 173 de 20 de septiembre de 2017 proferida por la Defensoría de Familia, del ICBF, Regional Bogotá, Centro Zonal Barrios Unidos.

[127] Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 2015.

[128] Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

[129] Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2014.

[130] Cno. 1. Fl. 253.

[131] Cno. 2. Fl. 10.

[132] Cno. Comisaría, CD, Fl. 747.

[133] Cno. Comisaría, CD, Fl. 756.

[134] Cno. Comisaría, CD, Fls. 770-819.

[135] Cno. Comisaría, CD, Fls. 1000-1005.

[136] Cno. Comisaría, CD, Fls. 918-922.

[137] Cno. Comisaría, CD, Fls. 1060-1063.

[138] Corte Constitucional, Sentencia T-323 de 2012.

[139] Mediante la cual se ordenó admitir y avocar el conocimiento del segundo incidente de incumplimiento de la medida de protección No. 147-2012.

[140] Mediante la cual se ordenó la entrega de la custodia provisional de las dos menores a sus abuelos paternos.

[141] Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

[142] Cuaderno 1, Folio 1.

[143] Cuaderno 1, Folio 14.

[144] Corte Constitucional, Sentencia T-272 de 2014.

[145] Cno. Comisaría, CD, Fls. 740-742.

[146] Cno. Comisaría, CD, Fls. 740-742.

[147] Cno. Comisaría, CD, Fls. 734-735.

[148] Cno. Comisaría, CD, Fls. 745-747.

[149] Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2012.

[150] Cno. Comisaría, CD, Fl. 713.

[151] Cno. Comisaría, CD, Fl. 733.

[152] Corte Constitucional, Sentencia T-781 de 2011.

[153] Corte Constitucional. Sentencia T-733 de 2013.

[154] Cno. Comisaría, CD, Fls. 754-756.

[155] Corte Constitucional. Sentencia T-261 de 2013.

[156] Cno. Comisaría, Fls. 923-924.

[157] Cno. Comisaría, Cd, Fls. 946-947.

[158] Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2014.

[159] Corte Constitucional. Sentencia T-554 de 2003.

[160] Corte Constitucional. Sentencia T-071 de 2016.

[161] Artículo 44 de la CP. “Son derechos fundamentales de los niños: 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. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.” Artículo 9 de la Ley 1098 de 2006. “[e]n 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”. Artículo 3 de la Ley 294 de 1996. Para la interpretación y la aplicación de la presente Ley se tendrán en cuenta los siguientes principios: “e) Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de sus opiniones; f) Los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás”.

[162] Artículo 42 de la CP: “(...) Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”.

[163] Ley 294 de 1996. Artículo 4. “Toda persona que en el contexto de una familia sea víctima de daño físico o síquico, amenaza agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá sin perjuicio de las denuncias

penales a que hubiere lugar, pedir al juez de familia o promiscuo de familia; promiscuo municipal o civil municipal, si faltare el de familia, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente.”

[165] Id.

[166] Cno. Comisaría, CD, Fl. 821.

[167] Ver. Fallo de 25 de octubre de 2016.

[168] Ver. Cno. Comisaria CD. Fl. 926 a 930. Oficio de 7 de junio de 2017.

[169] Ley 294 de 1996, artículo 18.2: “[...] Contra la decisión definitiva sobre una medida de protección que tomen los Comisarios de Familia o los Jueces Civiles Municipales o Promiscuos Municipales, procederá en el efecto devolutivo, el Recurso de Apelación ante el Juez de Familia o Promiscuo de Familia”. Art. 11: “Contra la medida provisional de protección no procederá recurso alguno”.

[170] Ley 294 de 1996, artículo 7.

[171] Ley 294 de 1996, artículo 3.

[172] Código de Procedimiento Penal, artículo 68.

[173] Ley 294 de 1996, artículo 6: “[c]uando el hecho objeto de la queja constituyere delito o contravención, el funcionario de conocimiento remitirá las diligencias adelantadas a la autoridad competente, sin perjuicio de las medidas de protección consagradas en esta ley”.

[174] Corte Constitucional. Sentencia T-878 de 2014, citada en la Sentencia T-012 de 2016.

[175] Corte Constitucional, sentencias C-890 de 2010 y C-450 de 2015.

[176] Corte Constitucional, Sentencia T-1034 de 2006. Véase, además, Corte Constitucional, Sentencia C-762 de 2009.

[177] Ibídem.

[178] Artículo 6, Ley 1257 de 2008.

[179] “ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.|| El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.|| El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

[180] “ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.|| El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

[181] Amnistía Internacional. El Estado como “aparato reproductor” de violencia contra las mujeres. Violencia contra las mujeres y tortura u otros malos tratos en ámbitos de salud sexual y reproductiva en América Latina y el Caribe. Informe de 2016. Disponible en <<https://www.amnesty.org/es/documents/amr01/3388/2016/es/>> consulta del 5 de marzo de 2018.

[182] Ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981.

[183] CEDAW, artículo 2, literal d).

[184] Organización de Naciones Unidas, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. “Artículo 2. Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: || a)La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer,

los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;|| b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; || c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.”

[185] Aprobada mediante la ley 248 del 29 de diciembre de 1995.

[186] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las américas. Párrafo 164. Washington D.C. 2007. Disponible en < <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>> consulta del 5 de marzo de 2018.