TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-042/24

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Medidas de protección/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Límites a la presunción de inocencia en casos de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes

(…), no existe una limitación o restricción probatoria o de valoración, en los procesos de medidas de protección, que evite al Comisario o Juez estudiar la ocurrencia o no de hechos de violencia sexual, o de cualquier otra índole.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Falta de motivación en la decisión

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Procedencia por defecto fáctico ante la deficiente valoración probatoria

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OIDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA-En función de la edad y del grado de madurez

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Deber de autoridades judiciales de dar prelación al interés superior del niño/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Garantía en el marco de los procesos judiciales

TRATO DIGNO Y COMPRENSIVO DE NIÑOS Y NIÑAS EN PROCESOS JUDICIALES-Deberes de funcionarios judiciales encargados de las investigaciones

PROCESO DE REGULACION DE VISITAS DE NIÑOS Y NIÑAS-Protección de derechos fundamentales

EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Implica el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia

PRESUNCION DE INOCENCIA-Jurisprudencia constitucional

DERECHOS DEL NIÑO Y DE LOS PADRES A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA Y UNIDAD FAMILIAR-Medidas que se adopten en proceso de restablecimiento de derechos deben ser proporcionales y razonables de acuerdo al interés superior del niño

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Situaciones que justifican la separación de los niños de su entorno familiar

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y APLICACION DEL PRINCIPIO PRO INFANS-Ponderación frente a otras garantías de los intervinientes

INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Prohibición de cualquier forma de violencia en su contra

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A NO SER OBJETO DE NINGUNA FORMA DE VIOLENCIA-Especialmente de violencia sexual

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A NO SER OBJETO DE NINGUNA FORMA DE VIOLENCIA-Riesgos del régimen de visitas virtuales

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Sexta de Revisión-

SENTENCIA T-042 de 2024

Referencia: Expediente T-9.418.408

Asunto: Revisión de la sentencia de tutela proferida dentro del proceso promovido por Andrea, en representación de su hija Natalia, en contra del Juzgado de Familia de Asunción

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, revisa la sentencia proferida el 13 de abril de 2023 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción, dentro del proceso de tutela de la referencia.

ACLARACIÓN PREVIA

Como quiera que en el presente caso se estudiará la situación de una menor de edad, se advierte que, como medida de protección a su intimidad, es necesario suprimir sus nombres y los de las otras personas que son mencionadas en esta providencia, como también sus números de identificación personal y demás datos personales. En consecuencia, para efectos de identificar a las personas, y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, se utilizarán nombres ficticios, incluyendo el de "Andrea" que fue el utilizado para identificar a la accionante en el Auto de selección de 30 de junio de 2023.

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. Hechos relevantes

1. 1. Andrea y Felipe tuvieron una relación sentimental que ya terminó y de la cual nació Natalia. El 9 de abril de 2019, ante la Comisaría de Familia de Mallorca, Andrea y Felipe celebraron una audiencia pública de conciliación, dentro del proceso de medida de protección 25-2019, mediante la cual acordaron la imposición de una medida de protección definitiva por violencia intrafamiliar en contra del señor Felipe y a favor de la señora Andrea. También, la imposición de una medida de protección definitiva por violencia intrafamiliar en contra de Andrea, y a favor de Felipe. Por último, una orden impuesta a ambos para que asistan a tratamiento terapéutico con la psicóloga de la Comisaría de Familia o a través de su EPS.

2. Después de su separación de hecho, Andrea mantuvo la custodia de Natalia con domicilio en el municipio de Mallorca (Imperio), y ambos padres pactaron en un documento privado suscrito el 2 de septiembre de 2021 ante notario público, un régimen de visitas en el que se acordó que Felipe podría visitar a su hija cada quince días, durante el fin de semana

completo. Por medio de este acuerdo se modificaron acuerdos previos celebrados en documento privado y en actuaciones desarrolladas ante la Comisaría de Familia de Mallorca (Imperio).

4. Andrea siguió indagando y le pidió a la niña, que para ese momento tenía cinco años de edad, que le contara cómo eran esos juegos, pero la niña afirmó que su papá le dijo que no podía contarle a nadie y que era un juego de los dos cuando estaban solos.

5. Después de seguir insistiéndole, Natalia mostró los "juegos privados con su papá", quitándose la pijama, arrodillándose y diciéndole a su mamá que pusiera "la nariz en su cola". Estas acciones, según el relato que habría contado la niña, las hacia ella de manera intercambiada con Felipe. Siguiendo la conversación, Natalia continuó con la demostración y se puso boca arriba, con las piernas abiertas, diciendo que su papá se jalaba "el palito" y señalando que le tocaba a ella sus partes íntimas. Sostuvo que a ella no le gustan esos juegos pero que "a papi lo hace feliz".

6. Luego de esa conversación, Andrea se asesoró con una amiga psicóloga y decidió salir al día siguiente hacia Asunción (ya que no podía antes por la restricción del pico y placa) y hospitalizar a la niña. La indicación de acudir a un hospital la recibió del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entidad con la que se comunicó por teléfono y donde se inició un proceso de restablecimiento de derechos a favor de Natalia en la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Montevideo 2 CAIVAS (Centro de Atención Integral Víctimas de Abuso Sexual).

7. El 15 de septiembre de 2022, Andrea acudió a la Clínica de la Vida en Asunción donde Natalia ingresó por el servicio de urgencias pediátricas y se activó el código blanco (ruta de atención integral para víctimas de violencia de género). Natalia fue valorada física y mentalmente, y entrevistada por profesionales de trabajo social, siquiatría y sicología. Sin embargo, la niña solo relató los hechos que habrían ocurrido con su papá ante la sicóloga clínica, quien anotó en la historia clínica que Natalia manifestó "nos turnamos para tocarnos, yo lo toco a él [Felipe] donde él me toca, le toco su pipi y el (sic) mi vagina". Lo anterior, porque Andrea prefirió que su hija no contara lo ocurrido ante los demás profesionales de la salud ya que eso podría significar una revictimización. De todas maneras, la mamá les reprodujo, a los profesionales de la Clínica, un video donde aparece la niña desnudándose y

mostrando todo lo que habría hecho con Felipe y que le había relatado a su mamá en la noche del martes 13 de septiembre de 2022.

8. El 16 de septiembre de 2022, agentes de la Fiscalía General de la Nación trasladaron a Andrea y a Natalia para que hicieran la respectiva denuncia y realizaran la correspondiente entrevista forense en la Unidad de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual CAIVAS Asunción. La investigación penal, por el delito de acto sexual violento (artículo 206 de la Ley 599 de 200), fue asignada -por competencia territorial- a la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS de Montevideo (Imperio).

9. El 19 de septiembre de 2022, Natalia terminó su hospitalización y el 26 del mismo mes su mamá se dirigió a la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús (Asunción) para solicitar una medida de protección a favor de su hija y en contra Felipe. En el trámite de la medida de protección, la Comisaría ordenó una entrevista sicológica a Natalia con el fin de establecer los factores de riesgo dentro de su núcleo familiar, que tuvo lugar el 3 de octubre de 2022 con la sicóloga especialista en solución de conflictos de la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús, donde se indagó sobre su situación personal y familiar sin hacer preguntas directas sobre los hechos específicos de abuso.

10. El 27 de octubre de 2022, la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús impuso medida de protección definitiva de carácter preventivo a favor de Natalia. La medida, entre otras cosas, consistió en una orden a Felipe para que se abstuviera de cualquier acto de violencia contra su hija y la suspensión del régimen de visitas que estaba vigente y que consistía en compartir los fines de semana completos cada quince días, hasta tanto se decidiera el fondo del asunto en la investigación penal correspondiente. En su reemplazo, la Comisaría fijó visitas virtuales en las que Felipe podría compartir con Natalia, todos los sábados entre diez y once de la mañana, a través de medios tecnológicos y con la posibilidad de que ambos progenitores grabaran las sesiones. En la decisión, la Comisaría se abstiene de decretar pruebas e indagar sobre la ocurrencia de violencia sexual contra Natalia por considerar que no era de su competencia, sino de competencia exclusiva de la Fiscalía General de la Nación y la justicia penal.

11. Durante el tiempo en el que se desarrollaron las visitas virtuales entre Natalia y su papá, según algunos de los videos de las sesiones que fueron grabadas por Andrea siguiendo la

autorización que la Comisaría otorgó en la medida de protección, se puede observar a Natalia haciendo referencia al “juego de la cola”, que va a “hacer el mal” y que traerá “la señora cola”, momentos en los cuales coge almohadas y empieza a apretarlas en su cara o contra su cuerpo. Adicionalmente, el 6 de marzo de 2023, la mamá de Natalia aportó a la Comisaría el informe escrito de la sicóloga que le hizo cinco sesiones de terapia a la niña, la última de las cuales se realizó el 24 de octubre de 2022, donde recomienda que todo contacto (físico o virtual) entre Felipe y Natalia sea suspendido debido a que las sesiones virtuales estarían exacerbando comportamientos de ansiedad y atípicos en la niña.

12. Paralelamente, la medida de protección impuesta fue apelada por el apoderado Felipe argumentando que la decisión: (i) se basó solo en las pruebas aportadas por Andrea; (ii) se sustentó en unos hechos inexistentes rechazados de manera categórica por Felipe; (iii) afecta la relación filial de Natalia, quien podrá ser manipulada por su madre para que piense que pasó algo que no sucedió; (iv) si bien busca mantener la relación filial, esto no se logra ya que las visitas virtuales son insuficientes para preservar la relación entre padre e hija; y (v) condiciona el restablecimiento de visitas presenciales a la culminación de un proceso penal que puede tomar mucho tiempo, razón por la cual lo ideal sería fijar visitas presenciales pero vigiladas.

13. El 8 de marzo de 2023, el Juez veintidós de familia de Asunción revocó la medida de protección impuesta contra Felipe. Sostuvo que las manifestaciones de Andrea no eran suficientes para su imposición, máxime cuando Natalia no expresó algún hecho de abuso sexual o violencia en la entrevista que tuvo el 3 de octubre de 2022 con la sicóloga de la Comisaría. Por consiguiente, el régimen de visitas presenciales cada quince días durante fines de semanas completos, recobró vigencia.

2. Solicitud de protección constitucional

14. El 23 de marzo de 2023, Andrea, en representación de su hija Natalia, solicitó la tutela de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, a la protección especial de las niñas, al acceso a la justicia con enfoque de género y a una vida libre de violencia sexual, los cuales habrían sido vulnerados, de un lado, por el Juzgado veintidós de familia de Asunción cuando revocó la medida de protección impuesta contra Felipe, dejó sin efecto las visitas a través de videollamadas y restableció el régimen de

visitas presenciales cada quinces días por fines de semana completos. Y del otro, por la Fiscalía General de la Nación, entidad que no habría adelantado acciones de investigación sobre los hechos denunciados el 16 de septiembre de 2022.

15. Argumentó que la decisión del Juzgado: (i) expone la integridad de Natalia porque la deja a merced de su presunto victimario; (ii) permite la manipulación del relato de Natalia por parte Felipe, afectando así la investigación de los hechos; (iii) no le otorga valor probatorio, validez ni credibilidad al relato de la niña; (iv) incurrió en defecto fáctico porque no se hizo una valoración de todo el material probatorio que obra en el proceso de la medida de protección ante la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús, el cual permite verificar las manifestaciones de Natalia sobre los "juegos íntimos" de "la colita"; (v) también incurrió en desconocimiento del precedente porque decidió sin tener en cuenta el enfoque de género para lograr una decisión más garantista de acuerdo con las sentencias T-878 de 2014 y T-012 de 2016. Y, respecto a la Fiscalía, señaló que a la fecha de presentación de la solicitud de tutela esa entidad no se había pronunciado sobre la denuncia presentada, ni había realizado las actuaciones necesarias y urgentes para investigar los hechos.

16. En consecuencia, solicitó la restricción de las visitas presenciales por parte Felipe a su hija para evitar momentos a solas mientras se resuelve el proceso penal en curso, y que solo se permita una llamada telefónica entre ellos, los sábados cada quince días, con la posibilidad de que sea grabada. Además, que se le ordene a la Comisaría tercera de familia de la Parroquia de Lanús y a la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS de Montevideo (Imperio) que adopten medidas para la protección de Natalia y, de ser posible, formulen los cargos a los que haya lugar contra Felipe.

3. Trámite procesal de instancia

17. La solicitud de tutela fue repartida a la Sala de familia del Tribunal Superior del Distrito de Asunción que, mediante Auto de 24 de marzo de 2023, la admitió y le dio traslado al Juzgado de Familia de Asunción. En esa providencia también se ordenó la vinculación procesal Felipe, de la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús, de la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS de Montevideo (Imperio), de la fiscalía general de la Nación y del ICBF, a quienes se les notificó la decisión para el ejercicio de su derecho de defensa. Por último, la decisión fue notificada al Defensor de Familia y al agente del Ministerio Público adscritos al

Tribunal.

4. Oposiciones e intervenciones en instancia

18. Felipe solicitó confirmar la decisión proferida el 8 de marzo de 2023 por el Juzgado de Familia de Asunción en el sentido de revocar la medida de protección impuesta en su contra, y restablecer las visitas presenciales para proteger el interés superior de Natalia. Al respecto, señaló que: (i) todas las afirmaciones que Andrea le atribuye a Natalia son de la madre y no de la niña, ya que no existe prueba de que la menor las haya hecho; (ii) en ninguna parte del expediente aparecen afirmaciones directas de Natalia sobre alguna relación sexual o íntima con Felipe; (iii) las visitas de los últimos tres años a Natalia se han hecho en presencia de la compañera permanente Felipe. La única visita que no se hizo en su presencia fue la que tuvo lugar del 9 al 11 de septiembre de 2022, pero allí estuvieron presentes el otro hijo Felipe, la novia y la madre del hijo. Todos ellos pueden dar testimonio de las condiciones de la visita de ese fin de semana con Natalia; (iv) la empleada doméstica que trabaja en la casa también puede dar testimonio de todas las visitas realizadas con Natalia; (v) los presuntos actos sexuales con Natalia no pudieron ocurrir, porque materialmente es imposible que, en una casa de sesenta metros cuadrados, donde todo se ve y se escucha, nadie pudiera darse cuenta de los hechos. La habitación de Natalia es contigua a la que ocupan Felipe y su compañera permanente, sin que exista una puerta o muro que las separe totalmente; (vi) siempre que Natalia iba a dormir, su papá le lavaba los dientes, le leía cuentos y le cantaba, como lo pueden testificar la compañera permanente y la empleada; (vii) Andrea grabó un video con contenido sexual (pornográfico) donde aparece Natalia desnuda, que viola la ley y la jurisprudencia, y que fue presentado a las autoridades para incriminar a Felipe. Resaltó que Andrea es actriz y docente de actuación infantil.

19. Además, agregó que: (viii) nunca ha irrespetado física ni mentalmente a Natalia; (ix) la valoración médica en la Clínica de la Vida demuestra que no se encontró evidencia de abuso en contra de la niña; (x) la sicológa de la Comisaría afirmó que Natalia sentía igual amor por ambos padres y que no había sido castigada por su papá; (xi) no existen antecedentes de violencia, ni denuncias de abuso o irrespeto, contra Felipe. Sobre esto, aportó certificados de un colegio y un taller, donde ha trabajado y en los que se señala su buen comportamiento; (xii) si bien las visitas virtuales han evitado la desconexión total entre Felipe y Natalia, lo cierto es que dichas visitas desnaturalizan la relación entre padre e hija; (xiii) Andrea ha

impedido el desarrollo normal de las visitas virtuales, interrumpiéndolas, cambiándolas de fecha y no garantizando las condiciones técnicas para su realización; (xiv) en dos ocasiones Felipe ha pedido a la Fiscalía General de la Nación que lo escuche en interrogatorio; (xv) el concepto que rindió la sicóloga que le hace terapia a la niña menciona las referencias a "mover la colita" de las videollamadas con Felipe, pero no estudia el video que hizo la mamá de su hija desnuda; (xvii) su otro hijo, de 25 años, también puede dar testimonio del buen comportamiento Felipe; (xviii) la presunción de inocencia se debe respetar porque no existen pruebas del presunto acto sexual alegado; (xix) no hay pruebas de consumo de drogas o alcohol por parte Felipe. Se aportó opinión pericial siquiátrica forense en la cual se valoró su suficiencia mental y personal para afirmar que no sufre de ningún trastorno siquiátrico que ponga en riesgo su vida o la de los demás.

20. La Fiscal 37 Seccional CAIVAS (Imperio) argumentó que no ha existido falta de diligencia o actuación inoportuna por parte de esa dependencia y señaló que: (i) las declaraciones de Andrea sobre la actuación de esa dependencia son infundadas porque la denuncia presentada en septiembre de 2022 en Asunción fue recibida por la Fiscalía séptima seccional de delitos sexuales de Montevideo en noviembre de 2022. Esa Fiscalía solo tiene competencia por los hechos ocurridos en 2022 y, al iniciar el 2023 solo por los hechos de este año, ya que es una fiscalía itinerante. Por esa razón, sometió el proceso a reparto y este fue remitido a la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio) el 17 de febrero de 2023; (ii) sorprende que Andrea señale que la entidad ha sido negligente cuando lo cierto es que la Fiscalía 17 Seccional de Unidad de Delitos Sexuales de Asunción realizó actos urgentes con base en el informe de 23 de septiembre de 2022, y teniendo en cuenta las órdenes de policía judicial de la Fiscalía séptima seccional de delitos sexuales de Montevideo en noviembre de 2022 tendientes a obtener los elementos materiales probatorios para el desarrollo de la indagación donde aparece la entrevista forense rendida por Natalia y el acta de consentimiento informado suscrita por su mamá; (iii) una vez recibido el expediente por la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio), el 17 de febrero de 2023, se dieron órdenes a la policía judicial para complementar el programa metodológico y escuchar al indiciado en interrogatorio. Por esa razón, no se puede afirmar, como aparece en la solicitud de amparo, que no se le ha dado credibilidad a lo dicho por Natalia y sí a lo manifestado por el indiciado, si todavía él no ha sido escuchado en interrogatorio; (iv) se han tomado acciones tendientes a la protección de los derechos de Natalia, ya que la Comisaría Tercera de Familia de la Parroquia de Lanús emitió medida de protección a su favor el 8 de noviembre de 2022.

21. El Juzgado de Familia de Asunción remitió vínculo para el acceso digital al expediente de medida de protección número 11001311002220220090100, en el que se profirió la sentencia de 8 de marzo de 2023 que revocó la medida de protección definitiva impuesta contra Felipe y se restableció el régimen de visitas presencial.

22. La Dirección seccional de fiscalías de Imperio solicitó declarar su falta de legitimación por pasiva; de lo contrario, que se niegue el amparo solicitado porque la entidad no ha violado ninguno de los derechos que se alegan vulnerados. Lo anterior, teniendo en cuenta que es una dependencia administrativa de la fiscalía general de la Nación y que el proceso iniciado para la investigación de los hechos expuestos en la solicitud de tutela fue asignado a la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio), la cual ejerce su competencia de manera autónoma.

23. La Fiscalía 17 Seccional de Unidad de delitos sexuales de Asunción solicitó su desvinculación al proceso y señaló que: (i) el 22 de septiembre de 2022 recibió por reparto la noticia criminal número 111111111111111111111111111 por el presunto delito de acto sexual con menor de catorce años, dentro de la cual se adelantaron tanto el programa metodológico como las actividades investigativas de indagación; (ii) se recaudaron la entrevista forense, el registro civil de Natalia, la entrevista judicial con Andrea, y los documentos de identificación de los involucrados; (iii) se remitió por competencia el expediente y se registró la remisión en el sistema de información del sistema penal oral acusatorio (SPOA).

24. La Defensora de familia del centro zonal Santafé, ICBF (Regional Asunción), señaló que la entidad en ningún momento ha violado algún derecho de Natalia e informó que: (i) se inició procedimiento de restablecimiento de derechos el 19 de septiembre de 2022 (SIM 14230119), el cual fue asignado a la Defensoría de familia del centro zonal Santafé; (ii) el equipo interdisciplinario realizó la correspondiente valoración sobre el estado de los derechos de Natalia, y recomendó iniciar el procedimiento de restablecimiento de sus derechos mediante un proceso terapéutico por la presunta violencia sexual denunciada; (iii) según el artículo 2.2.4.9.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015, la Defensoría de Familia es competente para prevenir, garantizar y restablecer los derechos de niños, niñas y adolescentes en circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración de derechos en contextos diferentes a los de violencia intrafamiliar. Por su parte, la Comisaría de familia desarrolla esas funciones, pero en contextos de violencia intrafamiliar por lo que la

competencia para el proceso de restablecimiento de derechos de Natalia recae en la Comisaría de Familia.

25. El Defensor de familia que ejerce funciones ante la Sala de familia del Tribunal Superior de Asunción, solicitó acceder a las pretensiones de la solicitud de amparo para evitar que Natalia quede sometida a una situación de riesgo ante su progenitor . Sostuvo que (i) se cumplen los requisitos de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales; (ii) las pruebas presentadas son de gravedad y exigen que se suspenda el contacto físico de la niña con su padre hasta que se decida sobre su responsabilidad penal; (iii) los artículos 8 y 9 de la Ley 1098 de 2006 establecen la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en las actuaciones administrativas y judiciales, si entran en conflicto con los derechos de cualquier otra persona; (iv) si bien el régimen de visitas que el Juzgado de Familia de Asunción privilegió busca fortalecer el vínculo paterno filial, dichas visitas se deben ejercer de manera correcta para impedir cualquier conducta inapropiada en contra de Natalia.

26. La Personería delegada para la familia y sujetos de especial protección constitucional de Asunción solicitó su desvinculación del proceso ya que no tuvo participación en la presunta violación de derechos, e informó que no hay trámites iniciados por la accionante ante esa entidad.

27. La Oficina jurídica de la Personería de Asunción solicitó su desvinculación del proceso ya que no tiene competencia para ejercer como agente del Ministerio Público ante los juzgados de familia, por tratarse de una función que recae en la Procuraduría General de la Nación a través de los procuradores judiciales.

5. Decisión judicial objeto de revisión

28. Mediante sentencia de 13 de abril de 2023, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción amparó el derecho fundamental al debido proceso de Natalia y dejó sin efectos la decisión de 8 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado de Familia de Asunción por haber incurrido en defecto fáctico por falta de valoración probatoria y en falta de motivación.

29. En consecuencia, ordenó al Juzgado resolver de nuevo el recurso de apelación

presentado por el apoderado Felipe, pero conforme a las consideraciones expuestas en la decisión de tutela. Específicamente, teniendo en cuenta que: (i) la insuficiencia probatoria de la decisión de la Comisaría tercera de familia obedeció a una decisión de esa autoridad de no decretar pruebas adicionales antes de decidir el fondo del asunto, decisión que fue totalmente ajena a Andrea como parte accionante en el proceso de medida de protección; (ii) las declaraciones de las víctimas, en los procesos de medida de protección son de gran relevancia, sobre todo en casos donde están involucrados menores de edad ya que se debe dar prevalencia al principio pro infans según el cual, en las actuaciones judiciales debe prevalecer el interés superior del menor. Por lo anterior, el Juzgado debió valorar las manifestaciones de Andrea sobre los hechos puestos en conocimiento de la Comisaría tercera de familia; (iii) la responsabilidad penal es independiente a la imposición de medidas de protección; y, (iv) debió hacer un análisis minucioso para establecer si, en garantía del interés superior de Natalia, era procedente escucharla nuevamente según su edad y madurez, y supeditar la medida de protección al resultado del proceso penal que se desarrolla en contra de Felipe.

30. También concluyó que la fiscalía general de la Nación no vulneró los derechos fundamentales de Natalia porque a través de la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio) viene adelantando las investigaciones necesarias para tomar una decisión sobre la indagación.

31. La decisión de primera instancia no fue impugnada.

6. Cumplimiento de la sentencia de tutela de instancia

32. El Juzgado de Familia de Asunción, en sentencia de 24 de abril de 2023, dio cumplimiento a la orden contenida en la sentencia proferida por la Sala de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción. En la nueva decisión, confirmó la medida de protección definitiva de carácter preventivo a favor de Natalia, emitida por la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús, en el sentido de ordenar a Felipe que se abstenga de cualquier acto de violencia contra su hija, y de permitir las visitas virtuales los sábados entre diez y once de la mañana, a través de medios tecnológicos y con la posibilidad de que ambos progenitores graben las sesiones. Con ello quedaron revocadas las visitas presenciales que se habían ordenado en la decisión que fue objeto de tutela.

7. Selección y reparto del expediente

33. Según consta en Auto de 30 de junio de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Nro. 6 seleccionó el caso de la referencia y lo repartió a la Sala Sexta de Revisión el 17 de julio de 2023 para la sustanciación. En la solicitud de selección presentada el 31 de mayo de 2023, Andrea solicitó que se suspendieran, incluso, los encuentros virtuales entre Natalia y su papá.

8. Pruebas practicadas en sede de revisión de la tutela

34. Mediante Auto 2015 de 25 de agosto de 2023, el magistrado sustanciador ordenó la práctica de pruebas e informó a las partes que, una vez recibidas, se pondrían a su disposición. A su vez, ordenó a la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús que, como medida provisional, suspenda las visitas presenciales (si es que se continúan haciendo) y las virtuales entre Felipe y Natalia, hasta que la Sala se pronuncie sobre el expediente en revisión.

35. El 11 de septiembre de 2023, la Secretaría General de la Corte Constitucional allegó al despacho del magistrado sustanciador el informe de ejecución del mencionado Auto.

8.1. Información aportada por Andrea

36. Andrea allegó comunicación el 1º de septiembre de 2023 a la que adjuntó la historia clínica de Natalia abierta en la Clínica de la Vida y la historia de las terapias sicológicas que ha tenido la niña. En esta última se informa sobre cinco sesiones realizadas a partir del 5 de octubre de 2022, y la recomendación de evitar cualquier contacto de Natalia con su padre y de permanecer siempre bajo supervisión con el fin de garantizar la reconstrucción de su integridad física, sicológica y emocional. Lo anterior, debido a que Natalia tiene rasgos y actitudes que permiten inferir un presunto abuso sexual, pues tiene información detallada de los genitales de su padre, enuresis o incontinencia nocturna de orina, y ansiedad. Además, porque habría manifestado que tienen “juegos íntimos” que son privados y secretos.

8.2. Información aportada por la Clínica de la Vida

37. En mensaje de 30 de agosto de 2023, la representante legal de la Clínica de la Vida (Administradora de la Vida S.A.S.) allegó copia de la historia clínica de Natalia donde aparece la atención médica que recibió entre el 15 y el 19 de septiembre de 2022. Entre otra

información, aparece que: (i) el relato de los hechos a la ginecobstetra, trabajadora social y siquiatra fue realizado por Andrea ya que no permitió que le preguntaran directamente a Natalia; (ii) no obstante lo anterior, Natalia tuvo conversación directa con la sicóloga clínica quien anotó en la historia clínica: "(…) Se realiza posterior evolución individual con la paciente, se establece comunicación de manera adecuada. Se encuentra alerta, colaboradora, con afecto modulado, inteligencia acorde a su edad. Modula significativamente sus pensamientos. Le explico el objetivo de mi valoración y habilito para que exprese libremente. Natalia manifiesta que le gusta el juego que hace con su papá, niega sexo oral y niega abuso por parte de otra persona. Expresa 'nos turnamos para tocarnos, yo lo toco a él donde él me toca, le toco su pipi y el mi vagina' expresa que siempre se quintan los pantalones o se los bajan hasta las rodillas" (énfasis añadido). Además, la profesional de la salud anotó: "Teniendo en cuenta lo relatado por la menor, impresiona que es víctima de tocamientos corporales por parte de su papá, quien además la involucra y normaliza la situación para que ella le realice igualmente tocamientos".

8.3. Respuesta de la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús

38. En comunicación de 29 de agosto 2023, solicitó su desvinculación del proceso ya que no ha vulnerado ningún derecho fundamental, e hizo un recuento del procedimiento de medida de protección a favor de Natalia y en contra Felipe.

39. Indicó que el 12 de mayo de 2023 se inició incidente de levantamiento de la medida de protección por solicitud de Andrea con el propósito de suspender las visitas virtuales entre Felipe y Natalia. El 29 de mayo se realizó audiencia dentro del incidente y se ordenaron pruebas, entre las cuales se ordenó una entrevista sicológica a Natalia con la finalidad de corroborar los hechos descritos en la solicitud elevada por su mamá. El 31 de mayo la sicóloga de la Comisaría dejó constancia que Andrea no acudió con su hija a la entrevista ordenada. Por lo anterior, el 15 de junio de 2023 se profirió decisión dentro del incidente en la que la Comisaría se abstuvo de levantar las medidas de protección otorgadas a favor de Natalia y, por lo tanto, dejó vigente el régimen de visitas virtuales. Contra esa decisión se presentaron recursos de apelación por los apoderados de ambos padres, pero el Juzgado de Familia de Asunción los rechazó por improcedentes en providencia de 21 de julio de 2023. Mediante correo electrónico de 6 de agosto de 2023, Felipe informó a Andrea que no atendería más las visitas virtuales que tenía con su hija por "desnaturalizadas".

8.4. Respuesta de la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio)

40. El 31 de agosto de 2023, la Fiscal 37 Seccional CAIVAS (Imperio) sostuvo que ha actuado con diligencia en la indagación de los hechos denunciados y aportó copia del expediente penal y de los elementos materiales probatorios que posee. Adicionalmente, informó que: (i) recibió el expediente el 7 de febrero de 2023, proveniente de la Fiscalía Seccional 7 itinerante de Montevideo (Imperio), que lo había recibido de la Fiscalía 17 Seccional CAIVAS de Asunción donde Andrea radicó la respectiva denuncia el 16 de septiembre de 2022; (ii) la Fiscalía 17 Seccional CAIVAS de Asunción, después de recibida la denuncia, comenzó la indagación realizando acciones urgentes; (iii) la Fiscalía Seccional 7 itinerante de Montevideo (Imperio), después de recibir el expediente de la Fiscalía 17 Seccional CAIVAS de Asunción, emitió órdenes de policía judicial para obtener elementos materiales probatorios para desarrollar la indagación, entre los que está la entrevista forense rendida por Natalia; (iv) con oficio número 69 de 1º de noviembre de 2022, la Fiscalía 17 Seccional CAIVAS de Asunción, solicitó a la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús copia de las decisiones y expedientes relacionadas con las medidas de protección adoptadas a favor de la niña; (v) las distintas dependencias de la Fiscalía General de la Nación que han tenido a cargo el expediente, desde la radicación de la denuncia, han librado órdenes a la policía judicial para obtener elementos materiales probatorios y elementos físicos para tomar una decisión sobre la imputación de cargos a Felipe o solicitar la preclusión a su favor; (vi) el 5 de julio de 2023, la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS de Asunción emitió orden de policía judicial para que el investigador se comunique con Andrea con el propósito de que suscriba un consentimiento informado y obtener así copia de todas las historias clínicas y valoraciones sicológicas o siquiátricas que haya tenido Natalia. Esta información es necesaria para solicitar al Instituto Nacional de Medicina Legal que fije fecha y hora de valoración sicológica forense a Natalia; (vii) con orden de policía judicial de 21 de julio de 2023 se solicitó al investigador escuchar a la profesora de Natalia para que informe lo que conoce de los hechos y citar a Andrea para que aporte el equipo electrónico con el cual realizó los videos que allegó a la indagación, y así extraerlos y realizar su legalización ante el juez de control de garantías; (viii) el investigador de policía judicial, Carlos Adolfo Saavedra González, en informe de 28 de julio, señaló que ha sido difícil la comunicación con Andrea por teléfono, porque se mostró desconfiada, y que solo ha sido posible contactarla por correo electrónico. También, que Andrea remitió el consentimiento informado firmado y copias de las historias clínicas suscritas por un pediatra y homeópata, pero no por la sicóloga que aparece en los informes

de terapia antes aportados; (ix) Andrea le informó al investigador que no puede aportar el equipo móvil mediante el cual grabó los videos en los cuales Natalia reveló lo ocurrido porque se le dañó, pero que los tiene en el computador portátil y los aportará próximamente; (x) como no se han recibido todas las historias clínicas de Natalia, cuando sean recibidas se solicitará al Instituto Nacional de Medicina Legal la respectiva valoración; (xi) el 21 de marzo, la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS de Asunción emitió orden de policía judicial para escuchar en interrogatorio al indiciado quien renunció a su derecho a guardar silencio; (xii) Natalia ha rendido dos entrevistas forenses ante sicólogos del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), en las que se observan respuestas que obligan a practicar más pruebas para tener claridad frente a la ocurrencia de los hechos.

8.5. Pronunciamiento de Andrea sobre las pruebas recibidas

41. El 8 de septiembre de 2023 Andrea comunicó que: (i) se debe tener en cuenta lo manifestado por Natalia en la interconsulta de 15 de septiembre de 2022, en la Clínica de la Vida, ante la sicóloga clínica, donde expresó que: “nos turnamos para tocarnos, yo lo toco a él [Felipe] donde él me toca, le toco su pipi y el (sic) mi vagina”; (ii) no permitió la entrevista a Natalia el 31 de mayo de 2023, ante la sicóloga de la Comisaría, para que no se revictimizara; (iii) en la respuesta de la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio) al auto de pruebas emitido en sede de revisión se omitió mencionar que Andrea solicitó la intervención de la Procuraduría General de la Nación ante la falta de recolección de elementos materiales probatorios por parte de la Fiscalía en el proceso penal. El 21 de junio de 2023 solicitó a la Procuraduría delegada para la defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia, la familia y las mujeres de Montevideo (Imperio), que interviniera en los procesos que se adelantan en la Fiscalía y en la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús. Esa solicitud se sustentó en la presunta violencia institucional y revictimización a la que esas autoridades estarían sometiendo a Natalia; (iv) después de nueve meses de radicada la denuncia no se conoce el avance de la investigación que desarrolla la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio), superándose así el término establecido en el parágrafo segundo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004; (v) solo después de que la Procuraduría General de la Nación intervino en el expediente penal que avanza en la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS de Asunción, el 17 de julio de 2023 se dio cumplimiento a las órdenes de policía judicial para la recolección de los elementos materiales probatorios; (vi) no es cierto, como indicó la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio), que no haya colaborado con la labor de policía judicial ya que

ha entregado la información solicitada; (vii) hasta hace dos días le informaron que debía ir a Montevideo a entregar el computador donde tiene los videos en los que aparece Natalia explicándole lo sucedido y ya está gestionando los permisos laborales correspondientes para llevarlo.

8.6. Pronunciamiento del Defensor de familia en ejercicio de sus funciones ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción sobre las pruebas recibidas

42. El Defensor de familia que ejerce funciones ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción, en mensaje de 6 de septiembre de 2023, señaló que: (i) los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los demás razón por la cual los jueces deben valorar todo el material probatorio; (ii) la existencia de un proceso penal no puede postergar la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes; (iii) en el caso bajo análisis, el derecho de Natalia tiene prevalencia constitucional y debe ser garantizado.

8.7. Pronunciamiento extemporáneo Felipe sobre las pruebas practicadas

43. El 25 de agosto de 2023, de manera extemporánea, Felipe se pronunció sobre las pruebas que le fueron trasladadas. Señaló que: (i) jura que nunca ha cometido un acto irrespetuoso o abusivo contra Natalia; (ii) decenas de personas pueden dar fe del trato amoroso y respetuoso hacia su hija; (iii) no tiene ningún antecedente de violencia; (iv) la relación con Andrea siempre ha sido conflictiva; (v) Andrea no permitió las visitas presenciales cuando se revocó la medida de protección por parte del Juzgado veintidós de familia del circuito de Asunción; (vi) las sesiones de las videollamadas con Natalia pueden acreditar la relación amorosa que tiene con ella; (vii) desde julio de 2023 no se han realizado visitas virtuales porque considera que estas no pueden reemplazar las físicas que sí permiten desarrollar un vínculo afectivo de manera natural; (viii) Natalia nunca ha afirmado ser víctima de abuso; (ix) Andrea grabó un video de contenido sexual donde Natalia al parecer le cuenta los “juegos íntimos” con Felipe, solo para generar una imagen distorsionada de la realidad e implantar una idea falsa en la niña.

. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

44. La Sala Sexta de Revisión, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo, y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para revisar la decisión judicial proferida dentro del proceso de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico y estructura de la decisión

45. Tal como se expuso en los antecedentes, Andrea, en representación de su hija Natalia, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, a la protección especial de las niñas, al acceso a la justicia con enfoque de género y a una vida libre de violencia. Dicha vulneración la atribuye al Juez veintidós de familia de Asunción quien decidió, en sentencia de 8 de marzo de 2023, revocar la medida de protección impuesta contra Felipe, dejar sin efectos la orden de realizar visitas a través de videollamadas y, en consecuencia, reestablecer el régimen de visitas presenciales cada quince días por fines de semanas completos. También, la atribuye a la fiscalía general de la Nación por considerar que no habría realizado las actuaciones necesarias para investigar el acto sexual violento que habrá sufrido Natalia y que fue denunciado contra Felipe.

46. La Sala de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción amparó el derecho fundamental al debido proceso de Natalia y dejó sin efectos la sentencia de 8 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado de Familia de Asunción por haber incurrido en las causales específicas de defecto fáctico por falta de valoración probatoria y falta de motivación, y ordenó dictar nueva sentencia. Así mismo, consideró que la Fiscalía General de la Nación no vulneró los derechos fundamentales de Natalia porque ha adelantado la investigación correspondiente para decidir sobre la indagación.

47. En cumplimiento de esta decisión judicial, el Juzgado de Familia de Asunción profirió una nueva sentencia en la que confirmó la medida de protección definitiva de carácter preventivo en el sentido de ordenar a Felipe que se abstenga de cualquier acto de violencia contra su hija, y de permitir las visitas virtuales los sábados entre diez y once de la mañana, a través de medios tecnológicos y con la posibilidad de que ambos progenitores graben las sesiones.

48. En la solicitud de revisión del expediente presentada el 31 de mayo de 2023, Andrea solicitó suspender incluso las visitas virtuales por las presuntas consecuencias negativas que estarían teniendo en su hija. En sede de revisión, la Comisaría tercera de familia de la

parroquia de Lanús remitió copia del expediente del proceso de medida de protección en contra Felipe en el que obra la comunicación fechada el 6 de agosto de 2023, donde éste informa que no seguirá realizando las visitas virtuales con su hija Natalia por "desnaturalizadas".

49. En consecuencia, corresponde a la Sala revisar si la sentencia de tutela proferida por la Sala de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial el 13 de abril de 2023 debe ser confirmada por estar ajustada a derecho o revocada por carecer de fundamento en los términos de los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Para tales efectos, se determinará si el Juzgado de Familia de Asunción y la Fiscalía General de la Nación vulneraron los derechos fundamentales de Natalia.

50. La Sala, con tal propósito, (3) reiterará la jurisprudencia sobre la procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales y demostrará que los requisitos se cumplen en el caso concreto. Adicionalmente, (4) expondrá las razones por las que la sentencia de instancia debe ser confirmada parcialmente.

3. Procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales. Reiteración jurisprudencial

51. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, toda persona puede reclamar ante los jueces, mediante la acción de tutela, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o, en los casos que establezca la ley, de los particulares, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

52. Como se dijo, este mecanismo de protección procede contra cualquier autoridad que con sus actuaciones u omisiones vulnere o amenace derechos constitucionales fundamentales, incluidas, por supuesto, las autoridades judiciales, en cuanto autoridades de la República, las cuales, sin excepción, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, como lo dispone el artículo 2 de la Constitución.

53. Bajo tales supuestos constitucionales y los artículos 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, 2

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, dada la naturaleza judicial de las citadas autoridades puesto que, en tales casos, "la adecuada protección de los principios y valores constitucionales implica un ejercicio de ponderación entre la eficacia de la mencionada acción –presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho–, y la vigencia de la autonomía e independencia judicial, el principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica". Por lo anterior, ha señalado que:

"la acción de tutela contra sentencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un 'juicio de validez' y no como un 'juicio de corrección' del fallo cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado, que dieron origen a la controversia".

54. La excepcionalidad de la tutela contra providencias judiciales ha llevado a la Corte, a partir de la Sentencia C-590 de 2005, a exigir el cumplimiento de un conjunto de requisitos generales y específicos de procedencia, que podrían sintetizarse en los siguientes términos:

3.1. De los requisitos generales

55. (i) Legitimación. De lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución y 10 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que la titularidad del derecho fundamental presuntamente afectado, amenazado o vulnerado, determina el interés directo del tutelante en su protección y, por tanto, la legitimidad por activa en el proceso de tutela. Esta exigencia "busca garantizar que la persona que acude a la acción de tutela tenga un interés directo y particular respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que pueda establecerse sin dificultad, que lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro".

56. (ii) Inmediatez. Esta exigencia implica acreditar que, atendiendo a la vulneración alegada y a las circunstancias del accionante, la tutela se interpuso en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración. Por tanto, el análisis de su cumplimiento debe

realizarse a la luz del principio de razonabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución en cuanto establece que, si bien esta acción puede ejercerse "en todo momento", está establecida para reclamar la "protección inmediata" de los derechos fundamentales. Por tanto, a pesar de no existir un término de caducidad para esta acción, es necesario acreditar que el tiempo transcurrido entre la presunta lesión del derecho y la interposición de la acción corresponda a un plazo razonable, atendiendo a las circunstancias del caso.

57. Tratándose de una acción contra providencias judiciales, la Corte Constitucional ha establecido que el juicio de inmediatez debe ser más estricto, puesto que se configura una colisión con los principios de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, que son definitorios del Estado de Derecho, al poner en cuestión la decisión judicial que ha resuelto un conflicto.

58. En consecuencia, por la importancia que reviste la garantía de estos principios, la jurisprudencia constitucional ha considerado el término de seis meses como un parámetro de razonabilidad, prima facie, del tiempo transcurrido entre la decisión reprochada y la interposición de la acción. En efecto, "como parámetro general, en varias providencias, esta Corporación ha dicho que, ante la inexistencia de un término definido, en algunos casos se ha considerado que el plazo oportuno es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela, a menos que, atendiendo a las particularidades del caso sometido a revisión, se encuentren circunstancias que justifiquen la inactividad del accionante". Lo anterior no significa que se hubiese establecido un término de caducidad para la acción de tutela, o acaso que seis meses sea el tiempo máximo de lo que se considera razonable en cuanto al plazo. Por el contrario, la Corte Constitucional ha reconocido que la razonabilidad no está establecida de antemano y que es tarea y competencia del juez valorarla en cada caso concreto.

59. (iii) Subsidiariedad. En atención a su carácter subsidiario, la acción de tutela es improcedente si existen otros recursos o medios de defensa judiciales "idóneos y eficaces", "atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante" (artículo 6.1 Decreto 2591 de 1991), salvo que "se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" (artículo 8 Decreto 2591 de 1991).

60. En materia de tutela contra providencias judiciales, la exigencia de subsidiariedad

adquiere un matiz especial al exigir una carga procesal razonable al accionante, de haber agotado los medios judiciales ordinarios y extraordinarios dispuestos por el Legislador para cuestionar los presuntos defectos que alega, siempre que los mismos hubiesen estado a su disposición o, tratándose de los recursos extraordinarios, siempre que sus causales se adecuen a lo cuestionado en tutela, salvo que se trate de un supuesto de perjuicio irremediable, circunstancias que deben valorarse en cada caso concreto.

61. (iv) El accionante debe identificar, de manera razonable, los yerros que generan la vulneración, y que estos hayan sido cuestionados dentro del proceso judicial, en cuanto ello hubiere sido posible.

62. (v) Cuando se trate de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia en la decisión que se considera lesiva de los derechos fundamentales.

63. (vi) Relevancia constitucional. La jurisprudencia constitucional ha señalado que este requisito cumple tres finalidades: (a) preservar la competencia e independencia de los jueces y, de esa manera, evitar que la tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (b) restringir el ejercicio de esta acción a cuestiones de relevancia constitucional que afecten derechos fundamentales, y (c) impedir que se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces.

64. Al respecto, en las sentencias SU-573 de 2019 y SU-128 de 2021 se precisaron tres cuestiones esenciales. Primero, las discusiones de orden legal deben ser resueltas por medio de los mecanismos ordinarios previstos para su trámite, ya que el juez de tutela no puede involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. Así las cosas, un asunto carece de relevancia constitucional, si la discusión se limita a la determinación de los aspectos legales de un derecho o es evidente su naturaleza o contenido exclusivamente económico con connotaciones particulares o privadas que sólo representan un interés particular. Segundo, el caso debe plantear algún debate jurídico sobre el contenido, alcance y goce de un derecho fundamental, pues el único objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de estos derechos. Esto significa que el asunto debe ser trascendente para la interpretación de la Constitución, su aplicación, su desarrollo eficaz y la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Tercero, la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia ni puede reemplazar los

recursos ordinarios, pues la competencia del juez de tutela se restringe a los asuntos de relevancia constitucional y a la protección efectiva de los derechos fundamentales, ya que solo así se garantiza tanto la órbita de acción de los jueces constitucionales como la de las demás jurisdicciones.

65. (viii) Que no se trate de una acción de tutela contra un fallo de tutela, salvo si existió fraude en su adopción.

3.2. De los requisitos específicos

66. Además de los anteriores requisitos generales, es necesario acreditar que la autoridad judicial demandada vulneró de forma grave el derecho al debido proceso del accionante, a tal punto que la decisión judicial resulta incompatible con la Constitución por incurrir en alguno de los siguientes defectos que la jurisprudencia constitucional denomina requisitos específicos de procedibilidad:

67. (i) Defecto orgánico: se presenta cuando la providencia impugnada fue proferida por un funcionario judicial que carecía de competencia para adoptarla.

68. (ii) Defecto procedimental: se origina cuando la decisión judicial cuestionada se adoptó con desconocimiento del procedimiento establecido, al ceñirse a un trámite completamente ajeno al pertinente o cuando se omiten etapas sustanciales del procedimiento legalmente dispuesto (supuestos de defecto procedimental absoluto) y, finalmente, cuando se incurre en exceso ritual manifiesto.

69. (iii) Defecto fáctico: se configura cuando el juez carece de apoyo probatorio para la aplicación del supuesto legal en que se sustenta la decisión cuestionada, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada. Este puede configurarse en una dimensión negativa (omisiones imputables a la autoridad judicial): "(i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes [siempre que de las circunstancias del caso se derive el deber de hacerlo], (ii) por valoración defectuosa del material probatorio y (iii) por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella". Y en una dimensión positiva (actuaciones positivas de la autoridad judicial) cuando "(i) emite providencias en contra de los mandatos de la razonabilidad o de la racionalidad; o, (ii) desconoce las reglas que ha fijado el legislador en

materia de valoración de una prueba en concreto”, o (iii) valora pruebas ilícitas, siempre que las mismas hubieren sido determinantes para el sentido de la decisión.

70. (iv) Defecto material o sustantivo: ocurre cuando se aplica una norma indiscutiblemente inaplicable al caso; esto es, se decide con base en normas inexistentes; que han perdido vigencia; se interpretan en un sentido claramente contrario a la Constitución; no se aplica la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta; o la norma no tiene conexidad material con los presupuestos del caso.

71. (v) Error inducido: sucede cuando la decisión que vulnera los derechos fundamentales del accionante es producto de una actuación irregular por parte de terceros.

72. (vi) Falta de motivación: implica el incumplimiento del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión. La decisión sin motivación es uno de los defectos de que puede adolecer una providencia en tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático.

73. (vii) Desconocimiento del precedente: se configura cuando el funcionario judicial desconoce la regla jurisprudencial establecida en la materia de que se trate, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación para separarse de ella.

74. (viii) Violación directa de la Constitución: se estructura cuando el juez deja de aplicar una norma constitucional que resulta aplicable al caso concreto, o desconoce valores, principios o reglas constitucionales que determinan la aplicación de la disposición legal; cuando se otorga a una disposición un alcance abiertamente contrario a la Carta Fundamental; cuando se desconoce o altera el sentido y alcance de una regla fijada directamente por el constituyente o cuando se trate de normas que limitan derechos fundamentales, el desconocimiento de la Constitución surge de una aplicación que desconoce los criterios de interpretación restrictiva de tal tipo de normas. En suma, “se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual ‘la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

75. Esta Corporación ha sido enfática en señalar que no toda irregularidad procesal o

diferencia interpretativa es constitutiva de un defecto de la providencia judicial que se ataca. Es necesario que los reproches alegados sean de tal magnitud que permitan desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la decisión judicial objeto de tutela. “No se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual, para proteger los derechos fundamentales de quien, luego de haber pasado por un proceso judicial, se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente –es decir segura y en condiciones de igualdad–, de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho”.

3.3. Análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia en el caso concreto

3.3.1. Legitimación en la causa de la parte activa

76. En este caso se cumple este requisito porque la tutela fue presentada por Andrea, en representación de su hija Natalia, quien es la persona que se considera vulnerada en sus derechos fundamentales por la decisión del Juzgado de Familia de Asunción de revocar la medida de protección a su favor, y el consecuente restablecimiento del régimen de visitas presenciales con Felipe. Así mismo, por la omisión de la Fiscalía General de la Nación de investigar los hechos denunciados en donde ella aparece como víctima.

77. La representación legal de Natalia, por parte de su mamá Andrea, se basa en el artículo 306 del Código Civil que otorga la representación de los hijos a cualquier de los padres. Así mismo, según el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 y la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional que admite la legitimación de los padres como representantes de los menores de edad para interponer acciones de tutela con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de sus hijos. Por lo anterior, revisado el registro civil de Natalia, se puede verificar que Andrea es su madre y, por lo tanto, actúa como su representante legal y con ello se acredita el requisito de legitimación por activa.

3.3.2. Legitimación en la causa por pasiva

78. En este caso se cumple este requisito porque la tutela se presentó contra el Juzgado de Familia de Asunción que dejó sin efectos la orden de realizar las visitas a través de

videollamadas y, por lo tanto, reestableció el régimen de visitas presenciales con Natalia. Esa decisión fue proferida con base en el artículo 18 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 12 de la Ley 575 de 2000, que otorga la competencia a los Juzgados de Familia del Circuito para decidir la apelación contra las decisiones de medidas de protección emitidas por las Comisarías de familia. Además, la solicitud de tutela se presentó contra la fiscalía general de la Nación, entidad que, según la accionante, no habría realizado las actuaciones necesarias para investigar los hechos que fueron denunciados sobre los presuntos actos sexuales violentos cometidos por Felipe en contra de su hija. La fiscalía general de la Nación tiene la competencia de adelantar la etapa de indagación de los hechos denunciados en los términos del artículo 200 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 49 de la Ley 1142 de 2007. En consecuencia, el requisito de legitimación por pasiva también se encuentra satisfecho a su respecto.

3.3.3. Inmediatez

79. En este caso se cumple con la exigencia de inmediatez porque la solicitud de tutela fue presentada el 23 de marzo de 2023 contra la decisión del Juzgado de Familia de Asunción, proferida el 8 de marzo del mismo año, por medio de la cual se resolvió la apelación contra la medida de protección impuesta contra Felipe. También, porque se presentó contra la fiscalía general de la Nación, que a la fecha de radicación de la solicitud de amparo no había decidido la etapa de indagación, la imputación o el archivo, conforme al parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 2 de la Ley 2205 de 2022. Por lo anterior, la tutela fue presentada en un término que la Sala considera razonable.

3.3.4. Subsidiariedad

80. En este caso se cumple con este requisito porque según el artículo 18 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 12 de la Ley 575 de 2000, las decisiones sobre medidas de protección solo son susceptibles del recurso de apelación, y la solicitud de tutela se presentó contra la sentencia que resolvió ese recurso. A su vez, la solicitud se presentó contra la fiscalía general de la Nación por su presunta omisión en la debida investigación de la denuncia presentada por un acto sexual violento cometido contra Natalia. Siendo así, no existe recurso ordinario o extraordinario que hubiera debido agotarse en tanto lo que se debate es una omisión.

3.3.5. Relevancia constitucional

81. La cuestión que se analiza en este caso involucra la protección efectiva de los derechos fundamentales de Natalia, en especial el debido proceso, el derecho a ser escuchada en las actuaciones que la afectan, y el derecho a la protección de su integridad física, sicológica y emocional, como también a la protección de su interés prevalente y a una vida libre de violencia. Estos derechos habrían sido transgredidos por la decisión del Juzgado de Familia de Asunción de revocar la medida de protección impuesta contra Felipe y restablecer el régimen de visitas presenciales, sin valorar los elementos probatorios que obraban en el expediente de la medida de protección ni motivar en debida forma la decisión. Así mismo, dicha transgresión habría sucedido por la falta de investigación por parte de la fiscalía general de la Nación sobre la denuncia que presentó Andrea sobre un posible acto sexual violento cometido en contra de su hija.

82. En consecuencia, la Sala encuentra satisfecho el requisito de relevancia constitucional porque se trata de la exigencia de protección efectiva de los derechos fundamentales de una niña, que son prevalentes según el artículo 44 constitucional. También, porque se analiza si las entidades estatales competentes, y los familiares de Natalia, han cumplido sus obligaciones constitucionales en procura de la defensa de los derechos fundamentales de la niña, según los artículos 2 y 44 de la Constitución.

3.3.6. Identificación de los hechos que generaron la vulneración y de los derechos afectados

83. Como se explicó al sintetizar los hechos y la solicitud de amparo, en la solicitud de tutela se identificaron los hechos que originaron la vulneración de los derechos y los derechos fundamentales de Natalia presuntamente afectados.

3.3.7. Que la irregularidad procesal tenga incidencia en la providencia

84. En esta ocasión, la tutela no alega la existencia de una irregularidad procesal.

3.3.8. Que la solicitud de amparo no se haya presentado contra una sentencia de tutela

85. La providencia de 8 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado de Familia de Asunción, no corresponde a una sentencia de tutela.

4. La decisión de instancia será confirmada parcialmente

86. El 13 de abril de 2023, la Sala de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción amparó el derecho fundamental al debido proceso de Natalia y, en consecuencia, dejó sin efectos la sentencia de 8 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado de Familia de Asunción por haber incurrido en falta de motivación y en defecto fáctico por falta de valoración probatoria, así:

"PRIMERO: CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la accionante ANDREA y la menor de edad Natalia. En consecuencia, se DEJA SIN VALOR NI EFECTO la providencia dictada el 8 de marzo de 2023 por el JUZGADO DE FAMILIA DE ASUNCIÓN, al interior de la medida de protección identificada con el radicado 11001-31-10-022-2022-00901-00.

SEGUNDO: ORDENAR al JUZGADO DE FAMILIA DE ASUNCIÓN, que, dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta decisión, defina nuevamente el recurso de apelación formulado en contra de la providencia proferida por la COMISARÍA TERCERA DE FAMILIA LANÚS el 27 de octubre de 2022 dentro de la medida de protección No. 111-22, conforme a las consideraciones expuestas en este fallo.

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia a los interesados por los medios más expeditos. (…)"

87. La decisión la sustentó así:

"(…) Por lo tanto, el JUZGADO DE FAMILIA DE ASUNCIÓN, debió ocuparse se (sic) escrutar la juridicidad de la anterior decisión, para establecer si con ella la autoridad administrativa incurrió en un vicio que afectó la garantía del debido proceso de las partes, especialmente, el de la niña Natalia, ya que, si para el juzgador la 'insuficiencia probatoria' fue el motivo por el cual decidió revocar la determinación adoptada por la Comisaría de Familia, pues, tuvo que observar que dicha situación se produjo como consecuencia de una decisión que fue ajena a la parte denunciante, y no descartar de entrada cualquier tipo de análisis al respecto. Ha de tenerse en cuenta que entre la acción por violencia intrafamiliar, en el marco de la Ley 294 de 1996, y demás normas concordantes, para la adopción de medidas de protección en el ámbito jurídico familiar, no existe una especie de prejudicialidad frente a la acción penal que simultáneamente se halla en curso por los mismos hechos, pues se trata de acciones

autónomas inspiradas en una teleología particular en cada una de ellas.

Y es que, para la Sala no existe ninguna duda en cuanto a la gravedad de los hechos denunciados por la accionante Andrea, siendo pertinente que la justicia penal resuelva lo correspondiente frente a la materialización o no de las presuntas conductas punibles enrostradas al señor Felipe, empero, las autoridades a cargo de las medidas de protección deben ser muy cuidadosas al momento de abordar el análisis de estos casos, entre otras cosas, porque en muchos de ellos no se cuenta con los suficientes elementos de juicio para verificar la veracidad de los hechos denunciados, de ahí que se tornen relevantes las declaraciones de las propias víctimas, y en tratándose de menores de edad, deben hacerse prevalecer sus manifestaciones en aplicación del principio pro infans.

Por los anteriores motivos, el juzgado accionado tenía la obligación de ponderar las manifestaciones realizadas por la denunciante, tanto al momento de interponer la respectiva denuncia, como la que rindió en la audiencia de 26 de octubre de 2022. (…) Por los anteriores razonamientos, se constata que el JUZGADO DE FAMILIA DE ASUNCIÓN, incurrió en una vía de hecho con apoyo en el defecto fáctico por falta de valoración probatoria y falta de motivación al momento de proferir el proveído de 8 de marzo de 2023, por lo que se concederá el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la tutelante y su menor hija, para lo cual se dejará sin valor ni efecto la anotada decisión y, en consecuencia, se le ordenará a la prenombrada sede judicial que proceda a resolver nuevamente el recurso de apelación formulado en contra de la providencia dictada por la COMISARÍA TERCERA DE FAMILIA LANÚS el 27 de octubre de 2022, conforme a las consideraciones expuestas en este fallo. (…)” (énfasis añadido)

88. Con respecto a la fiscalía general de la Nación, concluyó que esa entidad no vulneró los derechos fundamentales de Natalia porque la Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio) viene adelantando las investigaciones necesarias para tomar una decisión sobre la indagación:

“(…) Por último, no observa la Sala que se estén vulnerando las garantías ius fundamentales de NATALIA por parte de la FISCALÍA 37 SECCIONAL del CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL -CAIVAS- de Montevideo, Imperio, donde se adelanta la investigación penal No. 11111111111111111111111111 asignada el 8 de febrero de 2023 por el presunto delito de acto sexual violento (art. 206 del Código Penal), en la medida que,

según informó dicha autoridad al ejercer su derecho de defensa en esta acción, desde que recibió por competencia el conocimiento de las diligencias viene desarrollando las investigaciones pertinentes para poder tomar la decisión que corresponda (…)” (énfasis añadido)

89. La Sala comparte el análisis hecho por la Sala de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción en tanto la sentencia de 8 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado de Familia de Asunción, incurrió en defecto fáctico y decisión sin motivación. Por lo anterior, confirmará el resolutivo primero de la decisión que consistió en conceder el amparo del derecho fundamental al debido proceso de Natalia y dejar sin efecto la providencia de 8 de marzo de 2023, emitida por el Juzgado de Familia de Asunción en el expediente de la medida de protección 111-2022, radicado 11111-11-11-111-1111-11111-11. No obstante, modificará la sentencia de instancia, en la orden que se imparte en el resolutivo segundo, dirigida al Juzgado mencionado para que vuelva a decidir la apelación presentada en el trámite de la medida de protección, con el propósito de determinar el alcance de su pronunciamiento y evitar una violación futura de los derechos fundamentales de la menor de edad; como también precisar la protección de los derechos involucrados.

90. Como señaló en la decisión de instancia, la providencia atacada vía tutela incurrió en defecto fáctico y falta de motivación, causales específicas de procedencia de tutela contra providencia judicial.

91. El defecto fáctico ocurrió por varias razones. Primero, porque el Juzgado de Familia de Asunción omitió, al decidir el recurso de apelación que fue presentado, valorar los distintos elementos de prueba sobre los hechos denunciados por Andrea frente a la presunta violencia sexual contra Natalia, como también sobre los riesgos de afectación a los derechos de Natalia que se derivarían de su contacto con Felipe. Los medios de prueba que obran en el expediente de medida de protección 111-20222 y que no fueron valorados consisten en: (i) la historia clínica de Natalia aportada por la Clínica de la Vida en la que los profesionales de la salud anotaron el contenido del video donde la niña le explica a su mamá lo ocurrido. Ello debió ser suficiente para que el Juzgado de Familia de Asunción se abstuviera de restablecer el régimen de visitas presenciales, pues no tuvo en cuenta el interés superior de Natalia que obligaba a las autoridades a evitar poner en riesgo su integridad; (ii) el informe rendido por la trabajadora social, el 20 de septiembre de 2022, en cumplimiento de la orden de la

Defensora de Familia del Centro Zonal Lanús, donde se sugirió “no permitir el contacto con el presunto agresor [Felipe] e iniciar el proceso de atención por psicológica”; y (iii) el informe de 3 de marzo de 2023 rendido por la psicóloga que atendió a Natalia en consulta privada, donde la profesional señala que las sesiones terapéuticas que realizó con la niña evidencian que al inicio de las videollamadas con Felipe comenzó a tener comportamientos de ansiedad, razón por la cual solicita que se cancele dicho contacto para lograr el bienestar emocional y psicológico de la niña.

92. Segundo, como lo señaló acertadamente la Sala de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción, sucedió porque el Juzgado de Familia de Asunción omitió escuchar a Natalia para tener en cuenta su opinión en la decisión que se estaba tomando. Sobre este último punto, la Sala profundizará más adelante.

93. Por último, el defecto fáctico se configuró cuando el Juzgado de Familia de Asunción no decretó ni practicó pruebas para analizar la violencia sexual que presuntamente sufrió Natalia. El Juzgado determinó que debía revocar la decisión de la Comisaría tercera de familia de Asunción por “insuficiencia probatoria”. Sin embargo, como órgano judicial de segunda instancia, no ejerció sus facultades probatorias oficiosas, ni solicitó informes, de conformidad con el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, aplicable al proceso por remisión del artículo 18 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo de la Ley 575 de 2000.

94. De igual manera, la decisión del Juzgado de Familia de Asunción incurrió en el defecto de decisión sin motivación. Como se dijo líneas atrás, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la causal específica de falta de motivación se configura cuando el servidor judicial no cumple con su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan sus decisiones ya que en la motivación reposa la legitimidad de su decisión. En este caso, el Juzgado de Familia de Asunción solo sustentó su decisión en que la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús habría impuesto la medida de protección solamente con base en el relato de Andrea, sin dar cuenta de todos los elementos fácticos y jurídicos que el Juzgado debió valorar para tomar su decisión. De esta manera, a pesar de que presentó un argumento particular, este no es suficiente para revocar la medida de protección que se había impuesto a favor de Natalia ya que no permite concluir una ausencia de riesgos para sus derechos fundamentales e integridad.

95. En primer lugar, el Juzgado pasó por alto su obligación de considerar que el interés superior de Natalia debe prevalecer sobre los intereses y derechos de los demás involucrados, según el artículo 44 superior. En segundo lugar, no sustentó su decisión en la totalidad del expediente de la medida de protección donde aparecen distintos elementos de prueba que complementan las denuncias de Andrea, tales como la historia clínica de Natalia y las referencias al video que se presentó ante diferentes autoridades donde la niña aparece recreando los hechos denunciados. En tercer lugar, no argumentó en debida forma la razón por la cual no se podía decidir la medida de protección solo con base en los hechos que fueron presentados ante la fiscalía general de la Nación, el ICBF, los profesionales de la salud de la Clínica de la Vida, y la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús, ya que ese argumento parece exigir un estándar de prueba más alto para la protección de los derechos fundamentales de Natalia. Al respecto, la Sala considera importante recordar que no hay norma o estándar jurisprudencial que le exija a las autoridades judiciales verificar una tarifa legal para imponer medidas de protección a favor de niños, niñas y adolescentes, o para ordenar cualquier acción tendiente a la protección de sus derechos o a la disminución de los riesgos que enfrentan. En algunos casos, ante las dificultades de recolección probatoria que pueden enfrentar las posibles víctimas de violencia, las denuncias de los hechos y su reiteración en distintos ámbitos institucionales, como también las demás circunstancias que aparecen en el expediente, se convierten en el único sustento que pueden encontrar las autoridades para ordenar dichas medidas de protección.

96. Por otro lado, tal como lo afirmó el fallo de tutela que ahora se revisa, la fiscalía general de la Nación no había vulnerado los derechos fundamentales de Natalia, en tanto había realizado las acciones tendientes a investigar los hechos que fueron objeto de la denuncia presentada el 16 de septiembre de 2022. Según la información aportada por esa entidad, se habían emitido varias órdenes de policía judicial, que habían dado lugar a dos entrevistas forenses realizadas a Natalia, y un interrogatorio a Felipe en calidad de indiciado, entre la recolección de otros elementos materiales probatorios. La Fiscalía 37 Seccional CAIVAS (Imperio) que tiene en la actualidad a cargo el proceso que recibió el 17 de febrero de 2023, informó a esta Sala que está a la espera de elementos materiales probatorios adicionales para hacer una evaluación de la indagación, ya que todavía no ha recolectado en debida forma el video que Andrea presentó en la Clínica de la Vida, donde Natalia recrea los hechos, como tampoco se ha realizado la valoración sicológica forense de la niña ante el Instituto Nacional de Medicina Legal ya que debe contar antes con toda su historia clínica previa.

97. Ahora bien, el Juzgado de Familia de Asunción, en cumplimiento de la orden judicial de "que [se] proceda a resolver nuevamente el recurso de apelación formulado en contra de la providencia dictada por la COMISARÍA TERCERA DE FAMILIA LANÚS el 27 de octubre de 2022, conforme a las consideraciones expuestas en este fallo", profirió sentencia el 24 de abril de 2023 en la que confirmó la medida de protección definitiva de carácter preventivo a favor de Natalia emitida por la Comisaría Tercera de Familia de la Parroquia de Lanús, en el sentido de ordenar a Felipe que se abstenga de cualquier acto de violencia contra su hija, y de permitir las visitas virtuales los sábados entre diez y once de la mañana, a través de medios tecnológicos y con la posibilidad de que ambos progenitores graben las sesiones. De esta manera, quedaron revocadas las visitas presenciales que el Juzgado había ordenado en sentencia del 8 de marzo de 2023, las cuales fueron objeto de la acción de tutela.

98. No obstante, la Sala se pronunciará sobre (4.1) el derecho fundamental que tiene Natalia a ser escuchada, y que su opinión sea tenida en cuenta; (4.2) los bienes jurídicos protegidos en la Ley 294 de 1996 y su distinción con el régimen jurídico penal; y (4.3) los riesgos que puede enfrentar Natalia el tener un régimen de visitas virtuales con Felipe. Ese análisis tiene como propósito evitar cualquier afectación futura a sus derechos fundamentales dentro de los procedimientos que desarrollen las autoridades involucradas en los hechos que dieron origen a la acción de tutela, como también para garantizar plenamente su interés superior, según el artículo 44 constitucional. También, siguiendo el precedente de la sentencia T-225 de 2022, la Sala estudiará las diferencias entre el régimen aplicable al procedimiento de medida de protección y el régimen penal, para precisar que las medidas de protección no deben depender necesariamente de las decisiones de la investigación penal. Por último, se analizará la necesidad de definir si se deben mantener, o no, el régimen de visitas virtuales entre Natalia y Felipe, asunto que se estudiará también con base en la preocupación que tiene Andrea sobre el daño que puede derivarse de las visitas virtuales que tiene Natalia con su padre, como lo manifestó en la solicitud de selección del expediente. Como se precisará más adelante, las decisiones sobre el régimen de visitas y las medidas de protección a favor de Natalia deberán basarse en un análisis detallado de la existencia de riesgos para sus derechos fundamentales

4.1. El derecho fundamental de Natalia a ser escuchada y su opinión tenida en cuenta

99. El artículo 44 de la Constitución consagra varios derechos fundamentales en favor de los

niños, niñas y adolescentes, entre los que está el de expresar libremente su opinión. Ese derecho fue reglamentado en la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), que en su artículo 26 consagra la garantía fundamental del debido proceso de los niños, niñas y adolescentes, la cual implica que: “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta” (énfasis añadido). Dicha garantía también aparece en el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por la Ley 12 de 1991), que fue interpretada por la Corte Constitucional en la sentencia C-452 de 2020, en la que se precisó que la libertad de los niños, niñas y adolescentes para expresar sus opiniones debe ser libre, sin influencias ni presiones:

“En este sentido, los niños y niñas deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren o no ejercer su derecho a ser escuchados y, si deciden hacerlo, deben recibir toda la información y el asesoramiento necesario para que su decisión favorezca su interés superior. ‘Libremente’ significa también que no pueden ser manipulados ni estar sujetos a influencias o presiones indebidas, razón por la que debe tenerse en cuenta su situación individual y social y un entorno en que se sientan respetados y seguros cuando expresen libremente sus opiniones” (énfasis añadido)

100. De esta manera, en toda actuación administrativa o judicial que pueda afectar los intereses o derechos fundamentales de un niño, niña o adolescente, se debe garantizar la expresión de sus opiniones, realizando todas las acciones necesarias para que la recepción de dicha opinión sea acorde con su edad y desarrollo, en un ámbito seguro y respetuoso. Así mismo, esta garantía también implica que las autoridades deben escuchar, de manera respetuosa y atenta, la opinión expresada y deben valorarla de manera integral como una prueba adicional junto a las demás pruebas que obren en el expediente para tomar una decisión que proteja el interés superior del niño, niña o adolescente, en los términos del artículo 44 constitucional. Este análisis ya fue realizado por la Corte, en la sentencia T-225 de 2022, al decidir un caso análogo al estudiado en esta ocasión:

“En este orden de ideas, cuando existe una medida de protección que busca garantizar la integridad y el bienestar emocional de una niña, su revocatoria y las demás medidas que se adopten en su reemplazo exigen una argumentación rigurosa que demuestre su coherencia

con el postulado de la prevalencia de los derechos de las niñas y niños y el principio orientador de su interés superior.

Lo anterior, porque la medida de suspensión de visitas con el padre se había adoptado en un contexto de mayor inmediación y relación con las partes del proceso, para el caso en particular, con la niña y sus progenitores, así como con los diferentes agentes que recaudaron las pruebas y realizaron las entrevistas y los dictámenes. Esta cercanía con el recaudo de pruebas que ofrecía a la autoridad de primera instancia mayores elementos de convicción acerca de cuáles debían ser las órdenes a impartir con el fin de garantizar el interés superior de la niña y su derecho a ser escuchada en el proceso, no puede ser desechada por consideraciones que, so pretexto de hacer valer el principio constitucional de la presunción de inocencia, deja de lado otros a los que puede asignársele un mayor peso y que justifican la intervención estatal en favor de las niñas y niños, como el principio orientador de su interés superior, la garantía de su integridad física, psicológica y emocional, el principio pro infans, así como su derecho a ser escuchados durante el trámite del proceso." (énfasis añadido).

101. De esta manera, las autoridades administrativas y judiciales al escuchar a los niños, niñas y adolescentes deberán tener en cuenta su edad y madurez para la valoración del testimonio. Sobre este aspecto, es importante que el funcionario que valore esa opinión tenga en cuenta que, en algunos casos, puede haber riesgo de confusión o manipulación que genere una distorsión en la opinión del menor, sobre todo en casos donde su percepción de los hechos puede estar impactada por su relación de afecto con sus familiares o terceros, o por su falta de comprensión de los hechos, teniendo en cuenta la edad y desarrollo particular que tenga. Esto cobra mayor relevancia en casos donde el niño, la niña o el adolescente ha sido sometido a violencia por alguien de su entorno cercano o familiar, ya que su reconocimiento no siempre es fácil de lograr y se puede confundir equivocadamente con juegos o actividades sin connotación negativa.

102. En el presente caso, si bien el 3 de octubre de 2022 se realizó una entrevista a Natalia en la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús, lo cierto es que en esa oportunidad no se indagó sobre su opinión ante un eventual cambio en el régimen de visitas con su padre. Esa información, a pesar de que no podía condicionar la decisión que tomó la Comisaría, era indispensable para conocer la opinión precisa de Natalia sobre un eventual

cambio en las condiciones de su relación paterno filial con Felipe con el objetivo de que fuera valorada junto a las demás pruebas, para tomar la mejor decisión.

103. Con mayor relevancia, el Juzgado de Familia de Asunción, al revocar la medida de protección que la Comisaría impuso contra Felipe el 23 de abril de 2023 y restablecer el régimen de visitas presenciales, tampoco consultó la opinión de Natalia en ejercicio de las facultades probatorias de oficio que el juez tiene a disposición en estos casos según el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, aplicable a los procesos de medidas de protección, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 12 de la Ley 575 de 2000. Así mismo, haciendo uso de la colaboración institucional que le permite el artículo 11 de la Ley 294 de 1996, modificada por el artículo 6 de la Ley 575 de 2000, según la cual "podrá solicitar prueba pericial, técnica o científica, a peritos oficiales, quienes rendirán su dictamen conforme a los procedimientos establecidos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses." El Juzgado debió consultar la opinión de Natalia y valorarla, con las demás prueba del expediente, para tomar un decisión que protegiera su interés superior garantizado en el artículo 44 de la Constitución.

104. Por lo anterior, la Sala ordenará a la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús y al Juzgado de Familia de Asunción para que, en adelante, consulten en debida forma y valoren, como una prueba adicional en el proceso respectivo, la opinión de Natalia frente a cualquier decisión que pueda afectar sus derechos e intereses, como aquellas relacionadas con el régimen de visitas que debe cumplir su padre. Esto, en el marco del proceso de medida de protección, donde se ha modificado el régimen de visitas entre Natalia y su padre, el cual todavía está en ejecución ya que la medida de protección se encuentra vigente. Si bien la opinión de Natalia no puede determinar de manera absoluta ni reemplazar las decisiones que puedan tomar la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús y el Juzgado de Familia de Asunción, sí debe ser escuchada y valorada junto a los demás medios de prueba que obren en el expediente para así poder garantizar sus derechos fundamentales y su interés prevalente.

106. La Sala recuerda que las comisarías y jueces de familia deben desplegar su facultad probatoria con el fin de obtener los elementos necesarios para tomar una decisión en procura de la protección de los derechos de las víctimas de violencia, en especial cuando son niños,

niñas o adolescentes, por la prevalencia de sus derechos, y que todas las personas tienen la obligación de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia en los términos del numeral 7 del artículo 95 de la Constitución. La colaboración que Andrea debe prestarle a las autoridades competentes, para que sea escuchada su hija Natalia, como un ser humano con autonomía adecuada a su nivel de desarrollo, garantiza los derechos fundamentales de la niña que prevalecen sobre los demás, incluyendo los de sus progenitores.

4.2. Los bienes jurídicos protegidos en la Ley 294 de 1996 y su distinción con el régimen jurídico penal

107. El derecho fundamental al debido proceso se debe garantizar tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, según el artículo 29 constitucional. Una de las garantías que hacen parte del debido proceso es la presunción de inocencia, según la cual toda persona es inocente hasta que se haya declarado judicialmente responsable. Esta garantía, sin embargo, tiene una aplicación independiente en cada régimen jurídico de responsabilidad aplicable. En el caso de los procesos de medidas de protección regulados en la Ley 294 de 1996, la presunción de inocencia del presunto agresor que es vinculado a ese tipo de procesos es autónoma respecto de su presunción de inocencia en un proceso de carácter penal por tratarse de dos regímenes jurídicos independientes.

108. Por un lado, según el artículo 1º de la Ley 294 de 1996, las medidas de protección tienen como objeto salvaguardar la seguridad y el bienestar emocional de los miembros de la familia, entre los que están los niños, niñas y adolescentes, cuyos intereses son prevalentes y, por tanto, se debe prevenir todo peligro o riesgo al cual puedan verse sometidos. Esas medidas pueden consistir en una orden para que el agresor se abstenga de realizar la conducta que fue objeto de queja por parte de la víctima y también en cualquiera de las mencionadas en el artículo 5 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 60 de la Ley 2197 de 2022, entre las que están la orden de desalojo de la casa o habitación y la obligación de que el agresor acuda a un tratamiento de reeducación.

109. Por otro lado, conforme al artículo 4 de la Ley 906 de 2004, las sanciones derivadas de la responsabilidad penal cumplen las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Esas sanciones se

imponen como último recurso (ultima ratio) por la afectación grave (antijurídica) de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal (Ley 599 de 2000). Lo anterior, porque las sanciones del régimen penal pueden limitar severamente el derecho fundamental a la libertad personal, y aquellos que son conexos al momento del cumplimiento de la pena.

110. Por tanto, en los procesos donde se imponen medidas de protección no se busca tener certeza sobre la responsabilidad penal del presunto agresor, sino sobre los riesgos y peligros que pueden enfrentar las víctimas. La Corte recordó, en la sentencia T-225 de 2022, la distinción de ambos regímenes:

"el proceso de restablecimiento de derechos no persigue llegar a la certeza sobre si un posible abuso se cometió o si existen pruebas suficientes para saber quién fue el responsable, tal es un deber del juez penal; en cambio, la obligación primordial del juez de familia es la protección a ultranza del menor y minimizar los peligros y riesgos a los cuales puede verse sometido, así como suspender cualquier actuación que pueda estar afectando su estabilidad y/o bienestar" (énfasis añadido)

111. De lo anterior también se desprende que las medidas de protección no deben estar condicionadas solo al resultado del proceso penal, ya que el ámbito de protección de cada régimen jurídico es independiente. Así lo señaló la Corte en la ya citada sentencia:

"En el trámite de medidas de protección por denuncias de abuso sexual como el que nos ocupa, la presunción de inocencia como principio que hace parte del debido proceso debe ponderarse y armonizarse frente a los derechos fundamentales de las niñas y niños a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado, al amor y a ser protegidos contra toda forma de violencia física o moral. En este sentido, la garantía del artículo 29 no implica la obligación correlativa de las niñas y niños de admitir sin ninguna condición las visitas de su presunto agresor mientras se investiga la respectiva conducta o se declara su existencia por un juez penal, como tampoco se impone cuando el presunto abusador es absuelto o no es condenado, porque tal declaración puede ocurrir por razones diferentes a la inexistencia del hecho." (énfasis añadido)

112. En ese precedente se señalaron tres razones para no condicionar la vigencia de las medidas de protección al resultado del proceso penal: (i) la justicia penal puede adoptar

decisiones finales del proceso que no impliquen atribución de responsabilidad; (ii) “si el denunciado llegara a ser encontrado responsable, las niñas, niños y adolescentes en desarrollo del derecho a no ser separados de su familia, pueden restablecer su relación con los padres o madres condenadas apoyados en la verdad, el respeto y el arrepentimiento del agresor, con el fin de afianzar procesos de reparación, perdón, reconciliación o resignificación, sin perjuicio del cumplimiento de la pena y de las demás medidas que imponga la jurisdicción ordinaria en su competencia penal. Lo anterior, con el fin de evitar cualquier tipo de revictimización, siempre con el adecuado acompañamiento profesional y parental y solamente si resultare ser su voluntad genuina. Se advierte que la voluntad de la niña, niño o adolescente debe ser consultada, atendida y respetada, primando el respeto a su integridad y bienestar emocional, su grado de consciencia y autonomía y su desarrollo. La tercera, como atrás se advirtió, porque, en el evento en que el presunto padre o madre agresora sea efectivamente inocente, la suspensión del vínculo entre padres e hijos supone un castigo injusto para todos.”; (iii) en el evento en que el presunto agresor sea efectivamente inocente, la suspensión del vínculo familiar supone un castigo injusto para todos.

113. En el presente caso, la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús emitió una medida de protección a favor de Natalia, en la que se le ordenó a Felipe abstenerse de realizar cualquier acto de violencia física, verbal, sexual, económica, sicológica, amenazas, agravio, agresión, ofensa, ultraje o insulto, en contra de la niña “Hasta tanto la autoridad competente en materia penal decida de fondo”. Por lo anterior, la Sala le ordenará al Juzgado de Familia de Asunción que, al decidir nuevamente la apelación que fue presentada contra esa decisión de la Comisaría, la modifique en el sentido de no condicionar la medida de protección impuesta al resultado del proceso penal que se inició contra Felipe por acto sexual violento en contra de Natalia, sino a la verificación profesional e interdisciplinaria sobre la ausencia de riesgos o peligros ciertos en contra de los derechos e integridad de la niña.

114. Esta orden se emitirá para garantizar la protección integral de los derechos fundamentales de Natalia, que prevalecen sobre los demás según el artículo 44 constitucional. De esta manera, el resultado del proceso penal iniciado no podrá ser el único sustento de una modificación, levantamiento o ratificación de la medida de protección impuesta, ya que esa decisión solo debe basarse en la existencia o no, de riesgos y peligros ciertos contra la salud integral de Natalia. Para lo anterior, podrá ejercer sus facultades

probatorias y solicitar el apoyo correspondiente a las distintas entidades competentes, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 12 de la Ley 575 de 2000. Así mismo, deberá garantizar el derecho de Natalia a ser escuchada tal como ya fue advertido líneas atrás.

115. Por último, la Sala considera necesario precisar, sobre este aspecto, que no encuentra sustento ni validez en el argumento que expuso la Comisaría tercera de familia de Asunción, al emitir la providencia del 27 de octubre de 2022, por medio de la cual se fijó el régimen de visitas virtuales, según el cual no es su competencia estudiar la ocurrencia o no de hechos de violencia sexual, ya que esa competencia es propia de la Fiscalía General de la Nación y la justicia penal. Como se dijo atrás, el régimen jurídico de las medidas de protección y el régimen de responsabilidad penal son independientes, razón por la cual la Comisaría o el Juez que estudia una solicitud de medida de protección no puede declarar la responsabilidad penal de alguno de las partes del proceso. Sin embargo, esto no es razón para omitir la valoración de pruebas o indagar sobre la ocurrencia de hechos de violencia, física, sexual, sicológica o de cualquier otra índole. Así lo establece el principio del literal b), del artículo 3 de la Ley 294 de 1996, según el cual "Toda forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y por lo tanto, será prevenida, corregida y sancionada por las autoridades públicas"; como también la competencia atribuida por el artículo 5 de la Ley citada, según la cual si la autoridad competente en el proceso de la medida de protección "determina que el solicitante o un miembro del núcleo familiar ha sido víctima de violencia" (énfasis añadido) emitirá la medida de protección solicitada. Por lo anterior, no existe una limitación o restricción probatoria o de valoración, en los procesos de medidas de protección, que evite al Comisario o Juez estudiar la ocurrencia o no de hechos de violencia sexual, o de cualquier otra índole.

4.3. Los riesgos que puede enfrentar Natalia el tener un régimen de visitas virtuales con Felipe

116. Como se reafirmó líneas atrás, la Sala comparte la decisión de instancia de dejar sin efectos lo resuelto por el Juzgado de Familia de Asunción al revocar la medida de protección impuesta por la Comisaría tercera de familia de Asunción y, de esa manera, restablecer el régimen de visitas presenciales. Lo anterior, porque no se tuvieron en cuenta todas las pruebas que obran en el expediente, ni los fundamentos jurídicos que se deben considerar

para decidir este tipo de asuntos donde se busca la protección de los derechos fundamentales de una niña.

117. Ahora bien, con base en la información que obra en el expediente de tutela, la Sala también evidenció que el régimen de visitas virtuales que determinó la Comisaría tercera de familia de Asunción podría generar riesgos o afectaciones para los derechos fundamentales de Natalia. Algo que también surge de la preocupación que planteó Andrea en la solicitud de selección del expediente de tutela, al advertir sobre los riesgos que pueden derivarse del régimen de visitas virtuales que está vigente. Si bien la decisión de la Comisaría no fue objeto de reproche en la solicitud de tutela que dio origen al proceso, el análisis de la Sala se circunscribe a los hechos y pruebas que obran dentro del expediente, razón por la cual se enmarca dentro de las posibilidades que tiene la Sala para preservar la supremacía constitucional y proteger los derechos y garantías fundamentales a favor de Natalia.

118. Por lo anterior, la Sala ordenó, en el Auto 2015 del 25 de agosto de 2023, a la Comisaría tercera de familia de Asunción, como medida provisional, que suspendiera las visitas virtuales que había fijado entre Felipe y su hija Natalia hasta que se emitiera una decisión de fondo en el proceso.

119. A juicio de la Sala, dicha suspensión debe continuar porque el régimen de visitas virtuales que fijó la Comisaría tercera de familia de Asunción, en providencia del 2 de octubre de 2022, puede generar riesgos o afectaciones a los derechos fundamentales de Natalia, teniendo en cuenta la información que obra en el expediente de la medida de protección 111-2022: (i) la gravedad de los presuntos hechos de violencia sexual cometida contra Natalia, que fueron puestos en conocimiento de la Comisaría tercera de familia de Asunción y la Fiscalía General de la Nación en noticia criminal de 16 de septiembre de 2022, por el delito de acceso carnal con menor de catorce años, y de los profesionales de la salud de la Clínica de la Vida, según consta en la historia clínica de la niña; (ii) la remisión de la denuncia que hizo Andrea ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por la violencia sexual cometida contra su hija; (iii) las manifestaciones que hizo Andrea ante la Comisaría de Familia de Mallorca (Imperio) el 15 de septiembre de 2022 y la fiscalía general de la Nación en denuncia de 10 de septiembre de 2022; (iv) la descripción de la recreación que hizo Natalia en un video de los hechos de violencia física y sexual que se habrían cometido en su contra, realizada por la sicóloga clínica de la Clínica de la Vida en la historia clínica de la niña;

(v) las recomendaciones de la trabajadora social, a solicitud de la Defensora de Familia del Centro Zonal Lanús, sobre “no permitir el contacto con el presunto agresor e iniciar el procedimiento de atención por psicología”; (vi) el informe “#1” de la sicóloga que ha realizado sesiones varias de terapia con Natalia donde señala: “Es evidencia con los juegos, dibujos y las frases que se evidencian en las 5 sesiones de terapia que hemos realizado, que su padre tiene conductas inapropiadas con ella, una niña a esa edad no tiene porqué saber las características específicas de los genitales masculinos, no tiene porqué tener ‘juegos íntimos y privados’ con ningún adulto” (…) ella siente culpa y vergüenza al hablar de este tema (…)”; (vii) y las recomendaciones de la sicóloga que ha realizado varias sesiones de terapia con Natalia según las cuales “Las videollamadas no son convenientes ni beneficiosas para la menor pues ella aún no logra diferenciar que significa abuso sexual y que es afecto, lo cual genera en ella sentimientos ambivalentes hacia su padre, esto hace que la mejoría que evidencia la niña desde que pudo expresar las conductas abusivas que tenía su padre con ella, y los avances en su recuperación del trauma se vean entorpecidos, por lo cual recomiendo que todo contacto con el padre sea totalmente restringido y cancelado”, “(…) solicito que por protección de la menor (…) las videollamadas sean canceladas hasta que la investigación avance y se den las medidas necesarias, es importante velar por el bienestar emocional y psicológico de la niña”.

120. También, los riesgos o afectaciones a los derechos fundamentales de Natalia se pueden deducir de otros medios de prueba que no obran en el expediente de la medida de protección 111-2022, pero sí en el expediente de tutela que estudió la Sala. En especial, (i) los registros de interconsulta que hizo la sicóloga de la Clínica de la Vida y que están en la historia clínica de Natalia, donde señaló: “Le explico el objetivo de mi valoración y habilito para que exprese libremente. Natalia manifiesta que le gusta el juego que hace con su papá, niega sexo oral y niega abuso por parte de otra persona. Expresa [Natalia] ‘nos turnamos para tocarnos, yo lo toco a él donde él me toca, le toco su pipi y el mi vagina’ expresa que siempre se quintan los pantalones o se los bajan hasta las rodillas. Teniendo en cuenta lo relatado por la menor, impresiona que es víctima de tocamientos corporales por parte de su papá, quien además la involucra y normaliza la situación para que ella le realice igualmente tocamientos.”; y (ii) la entrevista que rindió Andrea el 4 de abril de 2022, ante servidor de policía judicial y dentro del proceso adelantado por la Fiscalía General de la Nación, en la que reiteró todos los hechos de violencia sexual denunciados y que habría sufrido Natalia, como también de manera detallada los hechos de violencia física, sicológica y sexual que habría

sufrido Andrea por parte del señor Felipe cuando convivieron.

122. Así, la Sala mantendrá la suspensión del régimen de visitas virtuales, que fue ordenada como medida provisional en el Auto 2015 de 25 de agosto de 2023 y ordenará al Juzgado de Familia de Asunción que decida nuevamente la apelación que fue presentada contra la decisión emitida por la Comisaría tercera de familia de Asunción, en providencia de 2 de octubre de 2022, pero también haciendo un análisis detallado del riesgo o vulneración de los derechos de Natalia por el régimen de visitas virtuales que tiene con Felipe. Lo anterior, para definir si se deben, o no, mantener dichas visitas virtuales, teniendo en cuenta las pruebas del expediente de la medida de protección 111-2022, como también las que obran en otros expedientes, como el de tutela, que puede trasladar o introducir ejerciendo sus facultades probatorias y solicitando el apoyo correspondiente a las distintas entidades competentes, de conformidad con los artículos 11 y 18 de la Ley 294 de 1996, modificados por la Ley 575 de 2000, y con el artículo 174 de la Ley 1564 de 2012.

5. Síntesis de la decisión

123. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional confirma parcialmente la decisión de tutela proferida el 13 de abril de 2023 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción, mediante la cual concedió el amparo solicitado y dejó sin efectos la sentencia de 8 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado de Familia de Asunción, porque incurrió en defecto fáctico por falta de valoración probatoria y en falta de motivación. Sin embargo, considera necesario, de una parte, precisar su alcance con el objeto de evitar una violación futura de los derechos fundamentales de la menor de edad; y, de otra parte, precisar el alcance de los derechos involucrados.

124. Después de verificar la procedencia de la tutela contra la providencia emitida por el Juzgado de Familia de Asunción, el 8 de marzo de 2023, la Sala reitera que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser escuchados en los procedimientos administrativos y judiciales en los que se toman decisiones susceptibles de afectarlos. Por esa razón, ordena a la Comisaría tercera de familia de la parroquia de Lanús y al Juzgado de Familia de Asunción a que, en adelante, consulten en debida forma y valoren la opinión de Natalia frente a cualquier decisión que pueda afectar sus derechos e intereses como aquellas relacionadas con el régimen de visitas que debe cumplir su padre con el fin de que sea valorada junto con

las demás pruebas que reposan en el expediente y con ello se garantice la adopción de una decisión que mejor proteja su interés superior. Lo anterior, teniendo en cuenta la edad y desarrollo de Natalia y la posibilidad de que exista manipulación o confusión de reconocimiento frente a los hechos que ha podido enfrentar. En segundo lugar, con base en las diferencias entre el régimen de las medidas de protección y el régimen penal, ordena al Juzgado modificar la medida de protección impuesta a favor de Natalia para que no esté condicionada al resultado del proceso penal que se inició contra su papá, sino a la verificación profesional e interdisciplinaria sobre la ausencia de riesgos o peligros ciertos en contra de los derechos e integridad de la niña. Por último, con base en todas las pruebas que obran en el expediente de la medida de protección 111-2022, como también las que aparecen en el expediente de tutela, la Sala encontró que Natalia puede enfrentar riesgos o haber sufrido ya afectaciones a sus derechos por el régimen de visitas virtuales que tiene con Felipe. Por lo anterior, la orden que se le dará al Juzgado de Familia de Asunción también incluye el análisis y estudio de dichos riesgos y afectaciones para saber si se deben mantener, o no, dichas visitas virtuales. Para lo anterior, el Juzgado podrá trasladar o introducir pruebas ejerciendo sus facultades probatorias y solicitando el apoyo correspondiente a las distintas entidades competentes, de conformidad con los artículos 11 y 18 de la Ley 294 de 1996, modificados por la Ley 575 de 2000, y con el artículo 174 de la Ley 1564 de 2012.

. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de tutela proferida el 13 de abril de 2023 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Asunción, en cuanto concedió el amparo solicitado y dejó sin efectos la sentencia de 8 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado de Familia de Asunción, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. REVOCAR la orden que aparece en el segundo resolutivo de la sentencia de tutela emitida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Asunción. En su lugar, ORDENAR al Juzgado de Familia de Asunción que, dentro de los quince (15) días siguientes a la

notificación de esta decisión, decida nuevamente el recurso de apelación que fue presentado contra la providencia proferida por la Comisaría Tercera de Familia de la Parroquia de Lanús (Asunción) el 27 de octubre de 2022, dentro de la medida de protección 111-2022, conforme a las consideraciones expuestas en esta decisión. En concreto: (i) consultando la opinión de Natalia, si ella la quiere expresar, teniendo en cuenta su edad y desarrollo o madurez, y con la prevención de identificar cualquier tipo de manipulación o confusión que pueda tener; (ii) modificando la medida de protección para que no esté condicionada al