

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Vulneración del interés superior del menor por no adoptar medidas necesarias para garantizar visitas virtuales entre la madre y su hijo

La autoridad conoció las situaciones que se presentaron en el desarrollo de las visitas virtuales y, a pesar de que adoptó medidas, olvidó sus funciones, al tomar una determinación que propició nuevos incidentes que cercenaron el contacto de la madre y el hijo, y no garantizó su interés superior ni veló por su desarrollo armónico dentro del seno familiar.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional/REGIMEN DE VISITAS DE HIJO MENOR DE EDAD-Protección por medio de acción de tutela

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance y contenido

INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA-Modalidades

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA-Hace parte del núcleo esencial del debido proceso

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Motivación del acto administrativo

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Protección constitucional

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Lineamientos

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

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

PROCESO DE CUSTODIA, CUIDADO PERSONAL Y RÉGIMEN DE VISITAS-Naturaleza y finalidad

DERECHOS DEL NIÑO AL CUIDADO Y AL AMOR-Alcance

INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Características

(i) es concreto y autónomo, pues solo se puede determinar a partir de las circunstancias individuales de cada niño; (ii) es relacional, porque adquiere relevancia cuando los derechos de los niños entran en tensión con los de otra persona o grupo de personas; y (iii) es obligatorio para todos, en la medida que vincula a las autoridades del Estado, a la familia y a la sociedad en general

PRINCIPIO PRO INFANS-Aplicación y alcance/PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Deber de autoridades judiciales de dar prelación al interés superior del niño

PROCESO DE CUSTODIA, CUIDADO PERSONAL Y RÉGIMEN DE VISITAS-Prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

(...), el régimen de visitas es un derecho de doble vía, que garantiza el desarrollo de las relaciones entre los hijos y los padres, reforzando los lazos de unión. Este debe desarrollarse de acuerdo con el principio del interés superior del niño y todos, autoridades y particulares, deben propender por su efectivización.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Segunda de Revisión

SENTENCIA T-102 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.025.155

Acción de tutela instaurada por Lina contra la Comisaría de Familia.

Procedencia: Juzgado Promiscuo de Familia

Asunto: Derecho al debido proceso, a la familia e interés superior del niño en el cumplimiento del régimen de visitas virtuales. Se amparan los derechos al debido proceso y a la familia.

Magistrado sustanciador:

Juan Carlos Cortés González

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najjar y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. En el trámite de revisión del fallo emitido por el Juzgado Promiscuo de Familia, el 2 de agosto de 2021, que confirmó la decisión emitida el 23 de junio de 2021 por el Juzgado Promiscuo Municipal que negó, por improcedente, la acción de tutela formulada por Lina contra la Comisaría de Familia.

Aclaración previa

1. En razón a que en el presente caso se hace referencia a un proceso que involucra a un menor de edad, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación su nombre, el de su madre, su padre y su abuela. Además, el de las autoridades administrativas y juzgados involucrados. En consecuencia, para efectos de identificarlos, se han cambiado sus nombres reales por unos ficticios. Lo anterior, en cumplimiento del literal b) de la Circular Interna N.º 10 de 2022.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El 18 de marzo de 2020, la Defensoría de Familia de Bogotá recibió informe de la Policía de la Infancia y la Adolescencia, en la que se reportó la situación de riesgo del niño Carlos, quién para ese momento tenía un año. En ese documento se señaló que: «[l]os vecinos al escucharlo llorar llamaron a la policía y al llegar a la vivienda encuentran al niño llorando con su progenitora lanzando y rompiendo cosas»³; este episodio ya se había presentado en otras ocasiones⁴.

1. En esa misma fecha, luego de las valoraciones hechas por el equipo de la Defensoría de Familia de Bogotá⁵, se ordenó la apertura del proceso de restablecimiento de derechos⁶, por

negligencia y abandono, y se dispuso la ubicación provisional del menor de edad en un hogar sustituto⁷⁻⁸.

1. Dada la situación generada por el COVID- 19, el 1º de abril de 2020, se decretó la suspensión de términos del proceso de restablecimiento de derechos. Sin embargo, la Defensoría de Familia de Bogotá continuó con el seguimiento del caso, disponiendo: (i) visitas virtuales de los padres con el niño⁹, desde el mes de abril de 2020, las cuales fueron efectuadas por «Amor por Colombia», organización encargada de operar la modalidad de hogar sustituto; (ii) el seguimiento a la medida adoptada y (iii) la ubicación de la familia extensa del menor de edad¹⁰.

1. Dentro de la actuación de ubicación de la familia extensa, el 3 de julio de 2020, la defensora de familia ordenó una visita al lugar de vivienda de Gladys, abuela paterna del niño, en el departamento de Córdoba. En ella, la funcionaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, comisionada para la diligencia, determinó que: «[l]a señora Gladys, cuenta con las condiciones necesarias para asumir el cuidado y custodia personal de su nieto»¹¹.

1. Atendiendo a lo anterior, el 9 de octubre de 2020¹², la defensora de familia de Bogotá modificó la medida de restitución de derechos, ubicando al menor de edad en la familia extensa. Por lo anterior, otorgó el cuidado temporal del niño Carlos, quien para ese momento tenía un año, a su abuela paterna, Gladys. También se decidió lo siguiente respecto al régimen de visitas:

ARTICULO TERCERO. [...] Las visitas se darán una vez al mes de ser posible su desplazamiento al lugar de residencia del niño, no pernoctadas con el niño. Y podrá establecer comunicación telefónica o por video llamadas una vez al día en un término no superior a los veinte minutos. El día de cumpleaños del niño y de la señora se permite

contacto físico de ser posible o por video llamada más extensa a la duración establecida. Estas se darán sin afectar los horarios del niño. En caso de visita física se tomarán en cuenta las medidas de bioseguridad por la contingencia del COVID-19, siendo importante aclarar que la responsabilidad de un posible contagio por COVID-19 se encuentra bajo la responsabilidad de los progenitores y /o cuidador.

ARTICULO CUARTO. ORDENAR, a la señora Gladys a contribuir con el contacto de la progenitora con el niño; de tal manera, que las visitas se darán como establece el numeral anterior, tomando en cuenta las medidas de bioseguridad por la contingencia del COVID-19, se restablecerán las llamadas telefónicas en horario que no afecte las actividades del niño. Siendo importante aclarar que la responsabilidad de un posible contagio por COVID-19 se encuentra bajo la responsabilidad de los progenitores¹³

1. En la citada decisión, se aclaró, además, que el proceso de restablecimiento de derechos continuaría activo hasta tanto se demostrara la estabilidad y garantía total de los derechos del niño en el medio familiar.

1. Una vez adoptada la anterior decisión, se ordenó el traslado del proceso a la Defensoría de Córdoba, autoridad que lo remitió a la Comisaría de Familia¹⁴, por ser el lugar a donde se trasladó el niño en compañía de su abuela. Por tanto, mediante auto N.º 17 del 17 de noviembre de 2020, la mencionada Comisaría de Familia, en cabeza de la comisaria Fernanda, avocó el conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos¹⁵ y comunicó al personero municipal de su inicio.

1. Respecto de las visitas virtuales, desde el 18 de noviembre de 2020¹⁶, la madre del menor de edad adujo que tuvo diferentes obstáculos que le impidieron ver a su hijo e informó a la Comisaría de Familia que la señora Gladys (i) manifestaba tener problemas de conectividad, (ii) no se conectaba a los horarios establecidos, (iii) le enviaba los enlaces

virtuales a través de Whatsapp, a pesar de que no tenía acceso a esa plataforma, y (iv) no cumplía con el tiempo mínimo de 20 minutos que debía durar la visita, con lo que se incumplió con el régimen de visitas ordenado por la defensora de familia¹⁷. En atención a los mencionados inconvenientes, la señora Lina solicitó el seguimiento y vigilancia de la Procuraduría 18 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, la Familia y la Mujer¹⁸.

1. Para solucionar los problemas que se estaban presentando en el régimen de visitas virtuales, el 27 de noviembre de 2020¹⁹, se realizó una audiencia de conciliación ante la Comisaría de Familia entre las señoras Lina y Gladys, en la que se estipuló lo siguiente:

12.1 Que la señora Gladys se comprometía a llamar de lunes a jueves a la señora Lina «en horas de la mañana»²⁰, antes de las 9:00 am, y los viernes, sábados y domingos las llamadas o video llamadas «se realizarán a las 6:00 pm»²¹.

12.2 La señora Gladys «será la persona encargada de crear el link de Zoom»²², a partir del sábado 28 de noviembre de 2020.

12.3 La señora Gladys se comprometía a «tomar fotos de su nieto en video llamada con la señora Lina, donde se vea al niño sentado en su silla de comedor y frente al computador»²³.

12.4 Las visitas físicas se darán en duración de 5 horas.

Adicionalmente, la comisaria de familia advirtió a las partes que la conciliación prestaba

mérito ejecutivo.

1. Dadas las dificultades que se seguían dando en las visitas virtuales, la comisaria de familia, creó los links de enlace para la conexión de la madre y el niño, a partir del 9 de marzo de 2021²⁷, los cuales estuvieron habilitados hasta el 4 de abril de ese mismo año. En esa fecha, antes de aceptársele la renuncia al cargo, la comisaria dispuso, nuevamente, que fuera la señora Gladys quien los creara, de acuerdo con lo pactado en la conciliación del 27 de noviembre de 2020, y permitiera el ingreso a la reunión de la señora Lina. De igual manera, indicó que en caso de que la abuela no pudiera crear el enlace, ella debería ponerse de acuerdo con la madre para que fuera esta quien los creara²⁸.

1. El 9 de junio de 2021, ante las dificultades que se presentaba en las visitas, la demandante presentó acción de tutela en contra de la Comisaría de Familia, obrando a nombre propio y como «progenitora del menor de edad»²⁹, por la presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso (artículo 29 CP), a la familia (artículo 42 CP), a la igualdad (art. 13 CP) y los derechos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 44 CP).

Como pretensiones de la acción de tutela, la actora solicitó que se creara un link para garantizar el régimen de visitas virtuales, con los mismos parámetros establecidos en el auto del 9 de octubre de 2020, proferido por la Defensoría de Familia de Bogotá, «ya que la abuela abusa de la facultad que se le otorgó»³⁰. Para la supervisión de las visitas, requirió el apoyo de la Inspección de Policía y de un bachiller. Para ese momento, el niño contaba con dos años.

1. El 9 de julio de 2021, dentro del proceso de restablecimiento de derechos del niño, se practicó un informe forense de valoración psicológica a la señora Lina, rendido por el Grupo

de Psiquiatría y Psicología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, en el que se determinó que la accionante presentaba: (i) en su desarrollo psicomotor, «limitaciones del lenguaje»³¹; (ii) en su desarrollo psicológico, «alteraciones a nivel de la expresión afectiva»; y (iii) rasgos desadaptativos en su personalidad; igualmente indicó que: «a lo largo del proceso la examinada ha manifestado su intención de modificar esas conductas que han interferido en la ejecución de su rol materno»³², por lo que la examinada podía continuar teniendo visitas con el niño, recomendando que, las que realizará presencialmente, fuere acompañada por una trabajadora social³³.

1. Mediante auto del 2 de agosto de 2021, la Comisaría de Familia convocó a audiencia de fallo para el día 6 de agosto de 2021 y fijó, provisionalmente, hasta la emisión del citado proveído, el régimen de visitas de la siguiente manera: martes, jueves y viernes a las 3:30 pm, con una duración de 20 minutos y los sábados y domingos a las 10:00 am, con una duración de 10 minutos³⁴, sin especificar la modalidad, esto es, no precisó si serían virtuales o presenciales.

1. El 6 de agosto de 2021³⁵, la Comisaría de Familia emitió la decisión definitiva dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos referido, ordenando lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR COMO MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS A FAVOR del NNA CARLOS de 2 años y 4 meses de edad, la medida ordenada mediante auto de fecha 09 de octubre de 2020, consistente en la ubicación en familia extensa en el hogar de la abuela paterna Gladys.

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el régimen de visitas, que quedará de la siguiente manera: la progenitora Lina podrá compartir con el NNA, tres veces a la semana, en el de la tarde (sic), horario que tenga disponible la progenitora, sin que ello sobrepase tres horas de visita en ningún caso. Las visitas que deberán ser presenciales y realizadas con acompañamiento

de un profesional en trabajo social. Así mismo se EXHORTAR a la familia extensa del niño, que las visitas sean realizadas con RESPETO y cordialidad, so pena de que se tenga como un ejercicio abusivo del derecho y se tomen las medidas pertinentes.

ARTÍCULO TERCERO: EXHORTAR a todos los miembros de la familia extensa del NNA, como a sus progenitores, a asistir a terapia o talleres de familia con un profesional en psicología, en aras de fortalecer y armonizar los lazos familiares, y también para brindar apoyo en el proceso de recuperación de la progenitora.

ARTÍCULO CUARTO: DEVOLVER el expediente a la Defensoría de Córdoba.

ARTÍCULO QUINTO: Conforme lo indica el inciso 3° del Art. 100 del CIA, modificado por la Ley 1878 de 2018, contra la presente resolución procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario que profirió la decisión para que se aclare, modifique o revoque. De este recurso de reposición deberá hacerse uso en forma verbal en la presente diligencia de audiencia por los que aquí se encuentran presente o por estado por quienes no asistieron a ella, según el caso, dentro de los tres (3) días siguientes a dicha notificación, so pena de quedar ejecutoriada conforme al trámite señalado en el C.G.P.

La Comisaría consideró, en dicha decisión, que las visitas presenciales se debían adaptar a «las sugerencias realizadas en el dictamen de Medicina Legal»³⁶, rendido el 9 de julio de 2021.

1. Contra la anterior decisión, la madre del menor interpuso verbalmente el recurso de reposición, sosteniendo que no se había regulado las visitas virtuales e informó que llevaba más de un mes sin poder tener contacto con su hijo³⁷. La comisaría no repuso, por lo que, la

resolución quedó en firme.

1. El 9 de agosto de 2021, se profirió acto administrativo de cierre del proceso³⁸, dado que culminó la labor de seguimiento de seis (6) meses que estipula el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006³⁹. Con posterioridad a esta determinación, no se han realizado las visitas presenciales dispuestas por la autoridad administrativa⁴⁰.

Finalmente, a través de la declaración rendida por la accionante, se tuvo conocimiento que, por razones laborales, en la actualidad ella reside en Suesca -Cundinamarca-, municipio distante del lugar en donde residencia de su hijo, quien, para ese momento, tenía 4 años.

Antecedentes procesales

21. Como ya se indicó anteriormente, con anterioridad del cierre del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, al que se viene haciendo referencia, exactamente el 9 de junio de 2021⁴¹, Lina, obrando a nombre propio y como «progenitora del menor de edad»⁴², presentó acción de tutela en contra de la Comisaría de Familia, por la presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso (artículo 29 CP), a la familia (artículo 42 CP), a la igualdad (art. 13 CP) y los derechos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 44 CP).

Como pretensiones de la acción de tutela, la actora solicitó que se creara un link para garantizar el régimen de visitas virtuales, con los mismos parámetros establecidos en el auto del 9 de octubre de 2020, proferido por la Defensoría de Familia de Bogotá, «ya que la abuela abusa de la facultad que se le otorgó»⁴³. Para la supervisión de las visitas, requirió el apoyo de la Inspección de Policía y de un bachiller.

Trámite de primera instancia

22. El Juzgado Promiscuo Municipal admitió la demanda, mediante auto del 9 de junio de 2021 y vinculó a la Defensoría de Bogotá, al ICBF, a Ernesto, padre del niño, y a Gladys44, abuela del menor de edad.

Respuesta de la accionada

23. La Comisaría de Familia, contra quien se dirigía la acción y, por ello, obrando como accionada, manifestó que el régimen de visitas virtual impuesto por la defensora de familia de Bogotá, el 9 de octubre de 2020, se adoptó atendiendo a los hechos y en aras de garantizar los derechos del menor de edad. Sin embargo, adujo que:

La intolerancia reina en este caso, y que se escapa de las manos de esta Comisaria el arreglar de manera personal los problemas de tolerancia y convivencia dentro de esta familia, quienes pese a ser personas letradas, profesionales y adultos perfectamente capaces, son incapaces por sí mismos de manejar relaciones de cordialidad y respeto entre ellos, teniendo que recurrir al acoso sistémico y casi temerario a los funcionarios de esta Comisaria [negrilla fuera del texto original]

Así, atendiendo a que la demandante cuenta con otros mecanismos ante la jurisdicción ordinaria para regular las visitas, solicitó desestimar las pretensiones de la tutela.

Respuesta de las vinculadas

24. Gladys y Ernesto, abuela y padre del niño, indicaron que no estaban legitimados para responder sobre las pretensiones formuladas por la actora, ya que el ICBF le había dado la custodia del niño a la abuela paterna.

25. La defensora de familia de Bogotá puso de presente que la competencia para adelantar cualquier acción en el proceso de restablecimiento era de la Comisaría de Familia, pues fue a la autoridad que, por competencia territorial, se trasladó el proceso, dado que el niño se ubicó en ese municipio junto con su abuela paterna.

De otro lado, señaló que las determinaciones adaptadas en el procedimiento administrativo obedecieron a la normativa aplicable, de acuerdo con las múltiples visitas y exámenes psicológicos que se realizaron a la madre. Por lo anterior, resaltó que la accionante contaba con otros medios para reclamar sus derechos, como un requerimiento de incumplimiento a la medida, amonestación o un ejecutivo por incumplimiento a obligación de hacer. Por tanto, estimó que la tutela era improcedente.

Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

26. Por medio de la sentencia del 23 de junio de 2021⁴⁵, el Juzgado Promiscuo Municipal negó, por improcedente, la acción de tutela. El juez consideró que la accionante, pretendía que se regulara la manera como se establecieron las medidas tomadas en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del menor de edad. Con base en lo anterior, estimó que: (i) no era apto para determinar con certeza lo pretendido por la actora, ya que

los procesos relacionados con menores de edad tienen características y tratamientos diferentes, que generalmente deben ser conocidos por entidades y juzgados especializados; y (ii) que la actora debía agotar otros mecanismos necesarios por la vía ordinaria o administrativa antes de recurrir a la tutela.

De otra parte, el juez decidió desvincular de la acción de tutela a la Defensoría de Familia de Bogotá, al ICBF, a Ernesto y a Gladys, padre y abuela del niño.

Impugnación

27. La accionante Lina impugnó la sentencia antes referida esgrimiendo, al igual que en el escrito de tutela, que se había incumplido con el régimen de visitas virtuales.

Decisión de tutela de segunda instancia

28. El 2 de agosto de 2021, el Juzgado Promiscuo de Familia confirmó el fallo del ad quo⁴⁶. Consideró que la accionante contaba con mecanismos administrativos y judiciales para la protección de los derechos fundamentales conculcados. En primer lugar, estimó que podía acudir a la Defensoría del Pueblo para conminar a la persona a cargo del cuidado de su hijo para que cesaran las conductas que pudieran amenazar los derechos del niño, de conformidad con el artículo 54 de la Ley 1098 de 2006⁴⁷. Incluso, si dicha medida no resultara efectiva, podía acudir a la Defensoría de Familia, a fin de pedir la aplicación de alguna de las sanciones previstas en el artículo 55 de la Ley 1098 de 2006⁴⁸. En segundo lugar, podría presentar una demanda ejecutiva por el incumplimiento del deber de hacer.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

Selección

29. El día 29 de noviembre de 2022, la Sala de Selección de Tutelas Número Once de la Corte Constitucional seleccionó, para revisión, la sentencia de tutela dictada en el proceso identificado con el número T-9.025.155. El conocimiento del proceso fue asignado, por reparto, a la Sala Sexta de Revisión de tutelas que era presidida por el magistrado (e) Hernán Correa Cardozo, quien fue reemplazado por el suscrito magistrado y quien preside la Sala Segunda de Revisión⁴⁹.

Decreto y práctica de pruebas

30. Dentro del trámite de revisión de la acción de tutela de la referencia, se profirió auto de pruebas, el 14 de febrero de 2023. Esta providencia vinculó a esta actuación al ICBF, a la Defensoría de Familia de Bogotá, a Ernesto y a Gladys, padre y abuela del niño.

31. Asimismo, ofició a la Comisaría de Familia y al ICBF para que absolvieran algunos interrogantes respecto del proceso de restablecimiento de derechos. En específico: (i) si las partes interpusieron recurso de reposición contra la Resolución N.º 010 del 6 de agosto de 2021, proferida por la Comisaría de Familia; (ii) si la mencionada resolución fue enviada para su homologación ante el juez de familia y (iii) si se encontraba ejecutoriada.

32. Por último, se ordenó escuchar, a través de funcionario comisionado, a Gladys y a Lina. Lo anterior, con la finalidad de esclarecer los obstáculos que han surgido para cumplir con el

régimen de visitas adoptado en el proceso de restablecimiento de derechos, tanto por la defensora de familia de Bogotá como por la Comisaría de Familia⁵⁰.

33. De la información solicitada, se obtuvieron las siguientes respuestas:

Prueba

Respuesta

Mediante memorial del 20 de febrero de 2023, la Defensoría de Familia de Bogotá informó que el expediente fue remitido, por competencia, a la Comisaría de Familia, atendiendo el reintegro a favor del menor de edad al medio familiar extenso, esto es, con sus abuelos paternos.

Como anexos aportó el auto del 9 de octubre de 2020, el acta de entrega y el resultado del comisorio y de la valoración realizada por trabajo social, que sustentaron la modificación del cambio de la medida.⁵²

Comisaría de Familia 53

Mediante memorial del 22 de febrero de 2023, la Comisaría de Familia 54 informó que las partes no interpusieron recurso de reposición frente a la Resolución N.º 010 del 6 de agosto de 2021⁵⁵ y tampoco fue remitida a homologación ante el juez de familia. Por tanto, manifestó que se encuentra debidamente ejecutoriada.

Anexó copia del proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño Carlos, que consta de 2639 folios.

Lina 56

Mediante memorial del 22 de febrero de 2023, Lina expuso que no se ha cumplido con las

visitas presenciales, ordenadas en la Resolución N.º 10 del 6 de agosto de 2021, pues no ha sido posible contar con el acompañamiento de un profesional en trabajo social. Por lo anterior, adujo que elevó peticiones los días 1º57 y 258 de septiembre de 2021 ante la Comisaría de Familia, donde expresó la inconformidad del acompañamiento de la trabajadora social en las visitas presenciales, propuso que el seguimiento del avance de la relación entre madre e hijo se haga en las instalaciones del Centro Zonal, a fin de proteger la espontaneidad e intimidad de ella y su menor hijo. También planteó que alguna de las comisarías cercanas prestare el servicio requerido.

De otra parte, afirmó que atraviesa dificultades económicas para cumplir con lo ordenado en la resolución, dado que debe pagar los alimentos, valoración mensual de psiquiatría, terapia de psicología particular y tratamiento de psicología de familia. Por lo anterior, manifestó que pidió a la comisaria de familia citarla, junto con la abuela paterna, a audiencia de conciliación, a fin de acordar el pago de las sesiones de psicología familiar y de la trabajadora social, de manera particular para cumplir con lo ordenado en la referida resolución.

Como respuesta, la accionante allegó memorial del 1º de septiembre de 2021⁵⁹, en el que la Alcaldía manifestó que: (i) cuenta con una profesional de planta que informó su impedimento para atender el asunto particular, por ser familiar del niño; y (ii) no tiene los recursos para contratar otra persona idónea para el caso particular.

Declaración de parte de Lina⁶⁰

34. El 22 de febrero de 2023, en declaración de parte, la accionante manifestó que es abogada. Respecto de los hechos objeto de la tutela, sostuvo que el 9 de octubre de 2020, la Defensoría de Familia entregó la custodia temporal de su hijo a la abuela paterna, en el trámite de un proceso de restablecimiento de derechos. Dentro de ese proceso, también se ordenaron visitas virtuales de 20 minutos una vez al día, acordándose, entre la abuela y la madre, que las visitas se llevarían a cabo mediante la plataforma Zoom. En algunas ocasiones la defensora de familia de Bogotá gestionó las visitas virtuales. Al ser remitido a la Comisaría de Familia, la comisaria tramitó algunas visitas, pero luego, en una conciliación, se

acordó que el enlace de conexión fuera creado por la abuela del niño.

Sin embargo, la abuela lo cambió, más o menos desde el 13 de octubre de 2020. De ahí en adelante, según la madre, se generaron dificultades. La abuela se excusaba en que el niño se había dormido, maniobraba la plataforma (quitaba la cámara y el sonido), distraía al niño, ponía música de fondo, etc.

Ante los incumplimientos, solicitó apoyo a la Procuraduría General de la Nación. Esa entidad requirió información a la Comisaría de Familia, pero la única respuesta que obtuvo fue que el asunto se resolvería en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos. En las visitas contaron pocas veces con el acompañamiento de la Comisaría de Familia, tampoco hubo presencia de otro servidor público.

Relató que, el 6 de agosto de 2021, la Comisaría de Familia le otorgó la custodia a la abuela paterna y dispuso que las visitas serían presenciales, tres veces a la semana, con acompañamiento de trabajo social, terapias de familia y psicología, decisión contra la cual interpuso el recurso de reposición, siendo confirmada la decisión por parte de la comisaria. La declarante aportó una grabación de la audiencia, como prueba de lo acontecido en ella, reiterando que había interpuesto el recurso antes referido.

Informó que, desde esa fecha, no ve a su hijo ni virtual ni presencialmente. Además, que en la actualidad habita en el municipio de Suesca –Cundinamarca–, lugar distante de donde reside su hijo, quien convive con su abuela. Según ella, no ha llevado a cabo las visitas por la intolerancia de la abuela y el padre.

Declaración de parte de Gladys61

35. Luego de incumplir la citación hecha para el día 22 de febrero de 2023, Gladys rindió declaración de parte, el 24 de febrero de la presente anualidad. Manifestó que obtuvo la custodia de su nieto, después de un trámite de restablecimiento de derechos llevado a cabo por el ICBF.

Puso en conocimiento que en el proceso de restablecimiento de derechos se estableció un régimen de visitas virtuales, por ello se podían ver, por medio de la plataforma Zoom, una vez a la semana, la madre y el hijo. Sin embargo, se presentaron inconvenientes para llevar a cabo las visitas, por dos razones: en primer lugar, por problemas de conexión, ya que en el municipio donde vive fallaba; en segundo lugar, porque algunos días no pudo cumplir con las visitas, por sus labores de docencia, y no había otra persona que hiciera la conexión. Señaló, igualmente, que en algunas ocasiones se interrumpieron las visitas porque la madre hablaba con agresividad.

Expresó también que las visitas virtuales fueron hasta 2021 puesto que, con posterioridad, la Comisaría de Familia ordenó las visitas presenciales. No obstante, dichas visitas no se han realizado porque no se han contactado la madre y la abuela.

Traslado de pruebas

36. El 23 de febrero de 2023⁶², a través de oficio, la Secretaría General de esta Corporación puso a disposición de las partes y sujetos procesales copia de las comunicaciones recibidas en respuesta al auto de pruebas del 14 de febrero del mismo año.

37. El 27 de febrero de 2023⁶³, luego del traslado de pruebas, Lina presentó memorial. Manifestó que, un mes antes de que se cerrara el proceso de restablecimiento de derechos,

«la abuela paterna del menor dejó de realizar las llamadas que ordenó la Defensora de Familia de Bogotá»⁶⁴ y enfatizó que en la audiencia de fallo del 6 de agosto de 2021 presentó recurso verbal de reposición, sin que ello se vea reflejado en el expediente⁶⁵.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

38. Corresponde a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional la revisión de la sentencia del 2 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis, problema jurídico y metodología de la decisión

39. La Sala estudia la acción de tutela promovida por Lina, obrando a nombre propio y como madre del menor de edad Carlos, quien solicitó el amparo de los derechos a la familia, al debido proceso, a la igualdad y los derechos de los niños, presuntamente vulnerados por la Comisaría de Familia. Esto, porque en su criterio, la accionada no ha procurado el cumplimiento del régimen de visitas virtuales, al omitir la creación del link de conexión que permitiera la efectivización de las visitas entre la madre y el menor de edad y dejar esa tarea en cabeza de la abuela del niño.

40. Conforme con lo planteado, le corresponde a esta Sala de Revisión dar respuesta al siguiente problema jurídico; la Comisaría de Familia ¿vulneró los derechos fundamentales a

la igualdad, al debido proceso, a la familia y los derechos de los niños, desconociendo el interés superior del menor de edad Carlos, al no facilitar la realización de visitas virtuales con su madre, mediante la creación de un link solicitado por ella, de manera reiterada, y vigilar su desarrollo, así como al disponer un régimen de visitas definitivo, que no reguló las visitas virtuales, sin tener en cuenta las solicitudes hechas por la madre dentro del proceso de restablecimiento de derechos del niño?

41. La Comisaría de Familia argumentó que, dentro del proceso administrativo de restablecimientos de derechos del menor de edad, existían problemas de tolerancia y de convivencia que escapaban de su competencia resolver. En ese sentido, señaló que la accionante contaba con otros medios administrativos y judiciales para obtener la regulación de las visitas por lo que, para la demandada, no se vulneraron los derechos fundamentales de Lina y del niño Carlos.

42. Las Defensoría de Familia de Bogotá indicó, por su parte, que el proceso de restablecimiento de derechos del menor de edad fue remitido a la Comisaría de Familia por competencia territorial, asegurando que las medidas tomadas se adoptaron en procura de los derechos del niño.

43. Finalmente, Ernesto y Gladys manifestaron su falta de legitimación, por pasiva, para dar respuesta a las pretensiones de la demandante.

44. Fijado el problema jurídico y la posición que han asumido la accionada y quienes fueron vinculados al presente proceso, es necesario, antes de resolver el fondo de la cuestión, verificar los requisitos de procedencia de la presente acción de tutela.

Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela

45. La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando estos resulten comprometidos por la acción u omisión de autoridades o particulares. No obstante, pese a la informalidad que se predica de este mecanismo, su procedencia está sometida al cumplimiento de los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad.

Legitimación

46. La legitimación se refiere, en esencia, al interés que ostentan quienes intervienen en el trámite constitucional, bien porque son titulares de los derechos cuyo restablecimiento se discute (activa) o porque tienen la capacidad legal de responder por la vulneración o amenaza alegada (pasiva).

Legitimación por activa

47. El artículo 86 de la Constitución Política establece la facultad que tiene toda persona para interponer la tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados. Según esta norma constitucional, es el titular de los derechos fundamentales cuya protección o restablecimiento persigue quien está legitimado para interponer la solicitud de amparo.

48. La legitimación para interponer la acción de tutela está regulada por el artículo 1066 del

Decreto 2591 de 1991. Esta norma dispone que ella puede presentarse: (i) directamente por el afectado, (ii) a través de su representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial o (iv) agente oficioso⁶⁷. El inciso final de este artículo también faculta al defensor del pueblo y a los personeros municipales para ejercer la tutela directamente.

49. Por su parte, el artículo 288 del Código Civil⁶⁸ establece que los padres tienen una serie de obligaciones y derechos sobre sus hijos no emancipados, derivados del ejercicio de la patria potestad. Además, el artículo 306⁶⁹ de la misma codificación dispone que la representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres. Cabe resaltar que, en el caso que ocupa la atención de la Sala, la actora manifestó que presentaba la acción de tutela a nombre propio y como madre del menor de edad.

50. Con fundamento en las normas señaladas, esta Corporación ha establecido que los padres están legitimados por activa, para promover la protección de los derechos fundamentales de sus hijos, debido a los deberes de defensa⁷⁰ y las «facultades que se derivan del ejercicio pleno de la patria potestad»⁷¹, entre las cuales se encuentra la representación judicial y extrajudicial del hijo⁷². Sin embargo, esta institución es de carácter temporal, ya que quien la ejerce puede verse desprovisto de la misma por el juez, si se cumplen las causales de suspensión o pérdida de ella⁷³.

51. Por otra parte, la custodia como una figura diferente a la patria potestad, se refiere al cuidado permanente del niño y su tenencia; para ejercerla se requiere tener físicamente al menor de edad. De acuerdo con el artículo 237⁷⁴ de la Ley 1098 de 2006, la obligación de cuidado personal de las niñas, niños y adolescentes se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

Ahora bien, las determinaciones que se adopten respecto a la tenencia física del menor de edad no privan a los padres del ejercicio de la patria potestad, pues los progenitores solo

pueden ser privados de ella por medio de una orden judicial. Por lo tanto, de no haber una decisión sobre su suspensión o pérdida, los padres tienen los derechos que les confiere esa institución, entre ellos, la representación judicial.

52. En este caso, la acción de tutela, se reitera, fue presentada por Lina «como progenitora de Carlos»⁷⁵, por tanto, se aduce que actúa a nombre propio y, además, como representante del menor de edad, en ejercicio de la representación judicial antes mencionada, en tanto no existe una decisión judicial que haya decretado la pérdida o suspensión de su patria potestad.

53. En esta actuación, tanto la madre como el niño son titulares de los derechos fundamentales a la familia y al debido proceso (artículos 42 y 29 de la CP). Los cuales fueron presuntamente vulnerados por la Comisaría de Familia al no facilitar la realización de visitas virtuales y al disponer un régimen de visitas definitivo que no reguló las virtuales, sin tener en cuenta las solicitudes hechas por la madre, dentro del proceso de restablecimiento de derechos del niño.

54. Así mismo, el menor de edad es sujeto de unos derechos de especial protección, entre ellos, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado, al amor y otros señalados en el artículo 44 de la Constitución Política.

Legitimación por pasiva

56. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad o de los particulares contra quienes

se dirige la acción, de ser los llamados a responder por la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, en caso de que la transgresión resulte probada⁷⁶.

57. De acuerdo con el artículo 86 superior, la legitimación por pasiva exige acreditar dos requisitos: (i) que la acción se dirige contra autoridades o particulares que presten un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de los cuales el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

58. Tal como se señaló en líneas anteriores, la acción de tutela se dirigió en contra de la Comisaría de Familia. En el trámite de primera instancia se vinculó a la Defensoría de Familia de Bogotá, al ICBF, a Ernesto y a Gladys y luego, en el fallo de esa instancia se desvincularon. Sin embargo, en sede de revisión, se vincularon nuevamente, para efectos de la protección del derecho de defensa y contradicción. A continuación, se analizará la legitimación por pasiva de estas autoridades y de los particulares.

Legitimación por pasiva de las autoridades

59. La accionante presentó tutela en contra de la Comisaría de Familia. De acuerdo con el artículo 83 de la Ley 1098 de 2006, las comisarías de familia son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. De igual manera, el artículo 98 de esa misma ley contempla que, en los municipios en donde no haya defensorías de familia, las funciones de estas estarán en cabeza del comisario de familia, de conformidad con la competencia subsidiaria.

La misma normativa dispone que los comisarios de familia se encargarán de garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y de atender y orientar a los niños, niñas y adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos. De igual manera, el artículo 5177 de la Ley 1098 de 2006 dispone una obligación conjunta de las autoridades en el Estado para el restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Estas tienen la obligación de informar a las comisaría de familia cuando tengan conocimiento de que algún niño, niña o adolescente se encuentre en condiciones de riesgo o vulnerabilidad.

60. En este caso, la Defensoría de Familia de Bogotá y la Comisaría de Familia han sido las autoridades que han tramitado el proceso de restablecimiento de derechos del niño, razón por la cual están legitimadas, por pasiva, en el caso que se analiza.

61. Además, en el trámite de revisión, se vinculó al ICBF, entidad que está legitimada, por pasiva, al ser la autoridad a quién se le atribuye la prevención y protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia⁷⁸.

Legitimación por pasiva de los particulares

62. Cuando la acción se ejerce contra particulares, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 exige adicionalmente que: (i) estos se encarguen de la prestación de un servicio público, (ii) su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o (iii) el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

63. En esta actuación, como quedó dicho, se vinculó, en sede de revisión, a Ernesto, padre

del niño, y a Gladys, abuela del menor de edad, particulares respecto de los cuales el niño está en estado de subordinación, entendida esta como la condición «que permite a una persona una relación de dependencia con otra persona producto de situaciones derivadas de una relación jurídica cuya fuente es la ley, por ejemplo, en el caso de los padres con los hijos»⁷⁹. En consecuencia, cuando la acción de tutela ejercida en contra de un particular tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de un niño, niña o adolescente, el juez constitucional debe partir de la premisa de su procedencia y, por contera, corresponderá al particular demandando desvirtuar esta presunción, mediante los medios probatorios adecuados.

64. En ese sentido, la presunta afectación de los derechos fundamentales podría estarse configurando por el incumplimiento del régimen de visitas virtuales, que debía ser gestionado por la abuela paterna, conforme la conciliación del 27 de noviembre de 2020 y el 4 de abril de 2021. Así, atendiendo a la edad del niño y las condiciones del caso, está demostrado el estado de subordinación respecto de su abuela y su padre. Lo anterior, debido a que, por un lado, producto de una decisión administrativa, la abuela es quien ostenta la custodia del niño. Por el otro, porque de la relación de paternidad, el padre conserva los derechos derivados de la responsabilidad parental⁸⁰, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006. Por lo anterior, la Sala concluye que ellos tienen legitimación por pasiva en la presente actuación.

Inmediatez

65. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad. Sin embargo, esta debe formularse en un plazo razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador. Este requisito responde al propósito de protección inmediata de los derechos fundamentales, lo que implica que, pese a no existir un término específico para acudir ante el juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción tutela en

un tiempo razonable. El juez evaluará las circunstancias de cada caso para determinar si el recurso fue presentado oportunamente, flexibilizando su análisis ante la concurrencia de sujetos de especial protección constitucional o personas en condición de vulnerabilidad⁸¹. El requisito de inmediatez debe evaluarse en cada caso concreto, de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁸².

66. En circunstancias excepcionales, el juez de tutela puede concluir que resulta procedente una solicitud de amparo presentada después de transcurrido un tiempo considerable desde el momento en que se vulneró o amenazó un derecho fundamental. Dichas circunstancias son las siguientes: (i) cuando se advierten razones válidas para la inacción del actor, tales como la configuración de situaciones de caso fortuito o fuerza mayor; (ii) en los casos en los que la situación de debilidad manifiesta del peticionario torna desproporcionada la exigencia del plazo razonable y (iii) excepcionalmente, cuando se presenta una situación de permanencia o prolongación en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que hace imperiosa la intervención del juez constitucional⁸³.

67. En el presente caso, la defensora de familia de Bogotá expidió el auto que decretó las visitas virtuales el 9 de octubre de 2020⁸⁴. En particular, dicho acto resolvió modificar la medida de restablecimiento de derechos del niño ubicándolo en medio familiar extenso y ordenó las visitas virtuales de la madre una vez al día, en un término no superior a 20 minutos. Al remitirse el proceso a la Comisaría de Familia, el 11 de noviembre de 2020, la accionante dirigió una solicitud de regulación de visitas, dado que, según expuso, se habría incumplido con lo establecido en el auto. Incluso, ante dichos incumplimientos, la accionante solicitó el apoyo de la Procuraduría General de la Nación.

68. En razón de ello, el 27 de noviembre de 2020, la Comisaría de Familia citó a una audiencia de conciliación a la abuela y a la madre, con el fin de llegar a un acuerdo respecto del régimen de visitas, estableciéndose que la abuela manejaría el enlace de conexión. Sin embargo, desde marzo de 2021 y hasta el 4 de abril de 2021, la comisaría estuvo a cargo de la creación del enlace de conexión. Luego de esto, es decir, desde el 5 de abril, la abuela retomó la creación de los mismos. A partir de esta fecha, la actora continuó relatando y

reportando, ante la Comisaría de Familia, los incumplimientos presentados en la realización de las visitas virtuales.

69. En efecto, entre el 5 de abril de 2021, fecha en la que la comisaria de familia volvió a radicar en cabeza de la abuela la creación del link, y el 9 de junio de 2021, fecha en la que la accionante interpuso la solicitud de amparo, pasaron dos meses. Término este que es razonable, más ante una situación aparente de vulneración de derechos que se ha prolongado en el tiempo, a pesar de que la demandante ha demostrado una diligencia adecuada en las actuaciones adelantadas. Por tal razón, se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

70. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que «[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable». Es decir que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resultan idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe acudir a ellos y no a la tutela.

71. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude ante el juez de tutela con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que se adopten decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer de un determinado asunto radicado bajo su competencia, dentro del marco estructural de la administración de justicia.

72. Sin embargo, aun cuando existan mecanismos dispuestos en el ordenamiento para la satisfacción de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es procedente si se acredita (i) que el mecanismo principal no es idóneo ni eficaz o (ii) que a pesar de ser apto, no es lo suficientemente expedito para evitar que se configure un perjuicio irremediable.

73. El primer escenario descrito se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial. Este análisis, según la jurisprudencia de esta Corporación, no puede hacerse en abstracto, sino que depende del caso concreto, para lo cual deben tomarse en cuenta las características procesales del mecanismo y el derecho fundamental involucrado. Así, el mecanismo principal excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

74. El segundo escenario se refiere a la interposición de la acción de tutela como mecanismo transitorio. La Corte Constitucional ha establecido que, en este caso, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sobre la naturaleza del perjuicio, la jurisprudencia ha señalado:

(i) debe ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) debe ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes; y (iv) la acción de tutela debe ser impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad⁸⁵

75. De este modo, cuando exista otro medio de defensa judicial para salvaguardar los derechos reclamados, el juez constitucional deberá evaluar si este es idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico objeto de estudio. Asimismo, cuando exista un mecanismo idóneo, deberá verificar si en el caso particular la tutela es procedente excepcionalmente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por tanto, si existe un mecanismo principal, la acción de tutela será procedente solamente cuando se configure alguna de las dos hipótesis mencionadas.

El cumplimiento del presupuesto de subsidiariedad en el caso que se analiza

76. De acuerdo con lo reseñado en los fundamentos jurídicos 26 y 28, los jueces de instancia manifestaron que la accionante tenía otros mecanismos administrativos y judiciales para obtener la protección los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. A continuación, la Sala estudiará la idoneidad y eficacia de dichos mecanismos.

Mecanismos administrativos

77. En el auto de 9 de octubre de 2020 se expresó que contra tal acto no se podía presentar ningún recurso⁸⁶. En ese sentido, la única manera de lograr el correcto desarrollo de las visitas dispuestas era, como lo hizo la accionante, acudir ante la misma autoridad administrativa, esto es ante la Comisaría de Familia, para que efectivizara el derecho, tomando las medidas a que hubiera lugar.

En búsqueda del correcto desarrollo de las visitas virtuales, dicha autoridad citó a una conciliación entre madre y abuela, el 27 de noviembre del mismo año. No obstante, las visitas virtuales se siguieron desarrollando con algunos problemas. A partir de marzo de 2021, la comisaria de familia manejó el enlace de acceso, pero ante su renuncia, desde abril del mismo año, la abuela paterna manejó el link. Ante la situación, el 9 de junio de 2021, la

madre presentó la acción de tutela, cuando aún se estaba tramitando el proceso administrativo, con la pretensión de que fuese la autoridad administrativa la que crease el link de acceso a las reuniones.

78. Al momento de resolverse la medida de protección de derechos definitiva, el 6 de agosto de 2021, la accionada modificó expresamente el régimen de visitas temporal señalado en octubre de 2020, respecto del cual se surtió la conciliación ese mismo año. Adicionalmente, la autoridad omitió referirse a las visitas virtuales, a pesar de que, para la fecha, ya se había tramitado una acción de tutela con el objeto de definir esa situación particular; contra esta decisión, Lina interpuso el recurso de reposición, para que se adicionara dicha determinación, sin embargo, la Comisaría de Familia confirmó su decisión, sin motivación alguna y no indicó que contra ella procedía la homologación ante un juez de familia.

79. De esta manera, se advierte que la accionante acudió ante la autoridad administrativa competente para solucionar las irregularidades de las visitas virtuales, respecto de la cual no tuvo una solución, pues con el cambio de comisaria se volvieron a presentar los problemas. Al ponerse de presente estas dificultades, la Comisaría de Familia guardó silencio y no resolvió la pretensión de la madre, al punto que al contestar la tutela lo que dijo fue:

La intolerancia reina en este caso, y que se escapa de las manos de esta Comisaria el arreglar de manera personal los problemas de tolerancia y convivencia dentro de esta familia, quienes pese a ser personas letradas, profesionales y adultos perfectamente capaces, son incapaces por sí mismos de manejar relaciones de cordialidad y respeto entre ellos, teniendo que recurrir al acoso sistémico y casi temerario a los funcionarios de esta Comisaria [negrilla fuera del texto original]

Es decir que, la comisaria desconoció su función, al punto de señalar que escapaba de sus manos arreglar los problemas de tolerancia y convivencia dentro de la familia, cuando,

precisamente, eso estaba dentro de su ámbito de acción y previamente la misma autoridad había dado solución al asunto. Por ejemplo, al crear, por parte de la Comisaría, los links de acceso a la reunión y disponer del seguimiento adecuado de las visitas virtuales, accediendo a ella u ordenando que algún funcionario del ICBF, de la Defensoría del Pueblo o de la Procuraduría General de la Nación acompañara la reunión.

80. Así, para el momento de la presentación de la tutela, la autoridad competente para reglamentar el régimen de visitas virtuales era la Comisaría de Familia, ante quien se había acudido para que fuera ella la que creara los links de acceso y no dio respuesta a esta solicitud. Tampoco impuso sanciones, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006. Lo anterior, en pleno desconocimiento de la eficacia, economía y celeridad de los trámites administrativos, y no se pronunció sobre este aspecto en el fallo del 6 de agosto del 2021 y en la reposición del mismo, a pesar de las insistentes peticiones de la madre.

81. En cuanto a las solicitudes elevadas por la accionante ante la Comisaría de Familia, se tiene que ella las presentó el 16, 24, 28, 30 de abril y 2, 8, 11, 15 de mayo⁸⁷, pidiendo la creación de un enlace para hacer las reuniones virtuales y que, dados los constantes incumplimientos, pidió que se amonestara a la abuela del niño. Esta facultad, según el artículo 5488 de la Ley 1098 de 2006, recae únicamente sobre las autoridades de familia. Por lo que, contrario a lo esgrimido por el juez de segunda instancia, la accionante si agotó esta herramienta, pese a que no haya obtenido un resultado favorable.

82. En esa medida, ante la omisión del servidor público competente, quien no dio respuesta a las peticiones de una de las partes dentro de la actuación administrativa, la vía para hacer respetar los derechos fundamentales invocados era la acción de tutela.

Mecanismos judiciales

83. En el acta de conciliación del 27 de noviembre de 2020 se informó que la misma prestaba mérito ejecutivo. En ese sentido, podría pensarse que la actora podría haber acudido al proceso ejecutivo por obligación de hacer, regulado en el artículo 433 del Código General del Proceso, para hacer cumplir las obligaciones dispuestas en el acta de conciliación. Sin embargo, con la decisión del 6 de agosto de 2021, se dejaron sin efectos las actuaciones previas, incluida el acta de conciliación, que había sido realizada para el cumplimiento de lo dispuesto el 9 de octubre de 2020.

84. Ahora bien, si en gracia a la discusión, se admitiera que la demandante podía haber acudido al proceso ejecutivo, este no sería adecuado ni efectivo. La primera, porque dicha actuación tiene como finalidad hacer cumplir las obligaciones claras, expresas y exigibles adquiridas, en este caso, en el acta de conciliación, en la que se estipuló que la abuela era la encargada de crear el link; sin embargo, lo que la madre pretendía no era que se cumpliera con esa estipulación, sino que fuera la autoridad administrativa la que modificara y asumiera ella misma el manejo del enlace de conexión, por lo que, para tal fin, no era procedente esta actuación judicial.

Proceso de única instancia para la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes

85. Podría pensarse que existe otro medio oportuno y eficaz al que puede acudir la madre, siendo este el proceso de única instancia para la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, al que hace referencia el numeral 3 del artículo 21 del Código General del Proceso, cuya competencia corresponde a los jueces de familia, que tiene como finalidad amparar el derecho a la familia.

86. El anterior instrumento, sin embargo, no tiene como finalidad hacer un control integral de las actuaciones administrativas de restablecimiento de derechos del menor y, por ello, no es un medio idóneo y eficaz que permita corregir las posibles violaciones al debido proceso surgidas dentro del mencionado trámite.

87. A diferencia del trámite de homologación, consagrado en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que tiene como finalidad revisar «el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso y, además, es un mecanismo de protección eficaz para que las personas afectadas por la resolución recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, demostrando que las circunstancias que le dieron origen se han superado y que razonablemente se puede pensar que no se repetirán»⁸⁹. El trámite de custodia tiene como propósito, partiendo de nuevos elementos, fijarla definitivamente, sin entrar a examinar la legalidad de las determinaciones que sobre la custodia y las visitas hayan sido adoptadas en sede administrativa. Así, por ejemplo, no podría dar órdenes concretas sobre los actos definitivos en materia de restablecimiento de derechos.

88. Teniendo en cuenta entonces que uno de los derechos sobre los cuales se solicita el amparo es el debido proceso, se concluye por la Sala que este no es un medio oportuno y eficaz para proteger ese derecho.

89. En conclusión, en el presente caso, el proceso de única instancia para la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes no es un medio idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos del debido proceso, la familia y el interés superior del niño y, a pesar de que se profirió una decisión administrativa que se encuentra en firme, esta acción constitucional sigue siendo el mecanismo idóneo y eficaz para cesar la presunta vulneración de derechos de la accionante y su hijo. Por lo anterior, la Sala encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad.

Resolución de fondo del caso

90. Definido que es procedente el estudio de fondo de la presente tutela, en sede de revisión, procede a resolverse el asunto.

91. La Sala, para desatar el caso concreto, procederá de la siguiente manera: (i) realizará unas consideraciones previas sobre el derecho a la igualdad; (ii) analizará el derecho al debido proceso, en su expresión de tutela judicial efectiva; (iii) estudiará el derecho a la familia y los derechos de los niños, niñas y adolescentes; (iv) abordará el trámite administrativo de restablecimiento de derechos y (v) el derecho a las visitas y el interés superior del menor de edad.

El derecho a la igualdad. Consideración previa

92. Observa la Sala que, aunque la accionante alegó la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, no realizó ningún análisis probatorio y sustancial del que pueda deducirse, con claridad (i) los sujetos comparables, (ii) el criterio de comparación y (iii) la razón por la cual dicha distinción no tiene fundamento en la Constitución; requisitos exigidos por la jurisprudencia de este tribunal⁹⁰ para establecer la existencia de un trato discriminatorio. Por tanto, al no evidenciarse, en el presente casos, la existencia de dichos requisitos, la Corte concluye que no se transgredió el mencionado derecho.

El derecho al debido proceso, en su expresión de tutela judicial efectiva

93. El artículo 29 de la Constitución consagra el derecho al debido proceso. De acuerdo con

lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que el debido proceso comprende una serie de garantías que «sujetan las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados»⁹¹. Así se ha entendido que, esas garantías están destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. En esa medida, el debido proceso implica la obligación de quien dirige el proceso de observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la Ley o en los reglamentos, conforme al principio de legalidad⁹².

94. En específico, este tribunal ha reconocido ciertas garantías que son propias del debido proceso administrativo, entre ellas

[E]l derecho a ser oído durante toda la actuación; (ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que el procedimiento se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que el procedimiento se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) la presunción de inocencia; (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir pruebas; y (ix) el derecho a impugnar las decisiones y promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso [negrilla fuera del texto original]

De igual manera, además de las garantías procesales, el debido proceso administrativo debe responder también a la «efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad» [negrilla fuera del texto original].

95. Dentro del núcleo esencial del debido proceso, se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva, que aplica en las actuaciones administrativas y que se garantiza «a través de las distintas acciones y recursos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de los derechos»⁹³. Ahora bien, una demora injustificada o una omisión en la resolución de asuntos sometidos a decisión de las autoridades, conlleva una vulneración del debido proceso en su expresión de la tutela judicial efectiva, además de configurarse una omisión o inactividad de la administración.

96. El concepto de inactividad de la administración corresponde a una pasividad, un no hacer de la autoridad en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad puede ser material o formal. La inactividad formal, como lo señala la doctrina, se refiere a la ausencia de actividad de la administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una pretensión de los particulares⁹⁴; la inactividad material, por su parte, se da por fuera del procedimiento administrativo y, a su vez, puede ser jurídica, si falta un acto jurídico, o fáctica, porque no se produce una actuación material no condicionada por un acto administrativo.

97. La tutela judicial efectiva, como parte del núcleo esencial del derecho del debido proceso, tanto administrativo como judicial, requiere que existan condiciones reales y efectivas en toda actuación, para que las personas puedan ejercer la defensa de sus intereses ante la justicia y sus pretensiones sean decididas de fondo.

98. Cuando no se resuelve una legítima pretensión formulada dentro de una actuación administrativa, es decir, cuando se configura una inactividad formal de la administración, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

99. Una expresión de la inactividad de la administración, ligada a la vulneración del debido proceso, se presenta cuando falta la motivación de un acto administrativo, pues a la

administración se le exige que exponga las razones, de manera suficiente, razonada, clara, detallada y precisa del sentido de sus determinaciones⁹⁵.

Cuando el administrado conoce los hechos y motivos de la decisión, puede ejercer su derecho a la defensa y ejercer la contradicción. Por ello, es indispensable que se conozcan los motivos precisos de la decisión administrativa, para que el administrado pueda interponer los recursos a disposición o acuda a los mecanismos judiciales que sean idóneos y efectivos. Esta Corte, se ha referido a este deber, en lo que tiene que ver con procesos policivos⁹⁶, evaluación de amenazas a la seguridad personal⁹⁷, desvinculación de funcionarios en provisionalidad ⁹⁸, entre otras materias, y lo ha tenido como causal para tutelar el derecho al debido proceso.

El derecho a la familia y los derechos de los niños, niñas y adolescentes

100. El artículo 42 de la Constitución Política consagra a la familia como derecho y núcleo fundamental de la sociedad. De acuerdo con esta disposición, la familia «se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla». En todo caso, el Estado y la sociedad deben garantizarle protección integral⁹⁹.

Por su marcada importancia en la sociedad, el constituyente brindó una protección reforzada de esta figura. En particular, se ha protegido la integridad familiar, velando por su respeto y conservación¹⁰⁰. En ese sentido, los integrantes del núcleo familiar tienen sus respectivas responsabilidades en relación con los demás participantes de la vida en común: los padres para con sus hijos y estos frente a aquéllos; todos juntos deben propugnar, en la medida de sus capacidades, por alcanzar una armonía que redunde en beneficio del crecimiento de la totalidad de ese núcleo. Además del respeto que se deben los unos a los otros, tanto por la dignidad que cada uno merece en su calidad de persona, como por lo que les corresponde

como miembros de una misma familia¹⁰¹.

101. Ligado al derecho a la familia, se encuentran los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en el artículo 44 de la Constitución. Entre esos está el derecho a tener una familia y no ser separados de ella, pues es en la familia donde los menores de edad puedan encontrar las condiciones de protección necesarias para su adecuado crecimiento y desarrollo¹⁰². En este sentido, existe una corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad en la atención, cuidado y protección de los menores de edad.

102. Por su parte, la Ley 1098 de 2006 desarrolla los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a la familia, al cuidado y al amor y determina que «los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella y sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos»¹⁰³. Es decir que, los vínculos familiares son un soporte base indispensable para un ambiente propicio de desarrollo, fundado en la felicidad, el amor y la comprensión.

103. En conclusión, el derecho a la familia, como institución básica de la sociedad, ha recibido una protección constitucional. Dentro de su ámbito, se encuentran los menores de edad, a quienes se les ha reconocido el derecho a tener una familia, a no ser separados de ella y a recibir cuidado y amor¹⁰⁴.

El trámite administrativo de restablecimiento de derechos

104. El artículo 50 del Código de la Infancia y la Adolescencia define el proceso de restablecimiento de derechos como «[l]a restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados». Por tanto, es una herramienta con la que cuenta el Estado para cumplir con su

obligación de proteger la dignidad e integridad de los niños, niñas y adolescentes y su capacidad para ejercer efectivamente sus derechos.

105. Todas las autoridades deben informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o, en su defecto, a los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad.

Así, se trata de un proceso que comienza en sede administrativa, con una competencia de los defensores y comisarios de familia para investigar la presunta vulneración o amenaza de los derechos de un niño, niña o adolescente y adoptar, de manera expedita, las medidas que correspondan para que sea posible superar la eventual situación de desprotección en que se encuentran. Sin embargo, en ciertos casos excepcionales, el trámite del proceso les corresponde a los jueces de familia, en particular, cuando la autoridad administrativa haya perdido competencia, por no resolver el proceso en el término establecido¹⁰⁵.

106. En principio, el trámite del proceso esta en cabeza de las defensorías de familia, quienes pueden adelantar de oficio las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos y adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la ley de infancia y adolescencia¹⁰⁶. Cuando en el municipio no haya un defensor de familia, las funciones las asumirán los comisarios, quienes tendrán las mismas atribuciones que los primeros.

107. Sin embargo, además de la competencia subsidiaria, los comisarios de familia tienen la función de garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar. Esto, de conformidad con el artículo 86 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

108. El artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que, una vez puesta en conocimiento la presunta vulneración o amenaza de los derechos de un niño, niña o adolescente, la autoridad correspondiente deberá, de manera inmediata, dar apertura a la verificación de los derechos. Para tales efectos, se realizará:

(i) valoración inicial psicológica y emocional, (ii) valoración de nutrición y revisión del esquema de vacunación, (iii) valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos, (iv) verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento, (v) verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social (iv) verificación a la vinculación al sistema educativo¹⁰⁷

En cuanto a la duración del proceso, los artículos 100, 102 y 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia fijan un término de seis (6) meses en los que la autoridad administrativa debe resolver la situación jurídica del menor de edad. Este plazo puede ser prorrogado por la autoridad, por seis (6) meses más, en casos excepcionales, mediante resolución motivada. Sin embargo «en ningún caso el proceso administrativo de restablecimiento de derechos con el seguimiento podrá exceder los dieciocho meses, contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa hasta la declaratoria de adoptabilidad o el reintegro del niño, niña o adolescente a su medio familiar»¹⁰⁸.

Una vez emitidas las medidas de restablecimiento de derechos por la autoridad administrativa, el coordinador del centro zonal del ICBF realizará las labores de seguimiento.

109. Debido al carácter transitorio e inmediato del proceso, al cumplirse los términos se

deberá tomar alguna de las siguientes determinaciones: (i) el cierre del proceso, cuando el niño, niña o adolescente esté ubicado en medio familiar y ya se hubiera superado la vulneración de los derechos; (ii) el reintegro al medio familiar, cuando el niño se hubiera encontrado institucionalizado y la familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos; o (iii) la declaratoria de adoptabilidad, cuando del seguimiento se hubiera establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos.

110. La decisión en que se adopte alguna de estas medidas es susceptible del recurso de reposición. Una vez ejecutoriada, dentro de los 15 días siguientes, las partes interesadas o el ministerio público podrán solicitar su revisión ante el juez de familia¹⁰⁹.

111. Para el caso que se analiza, es importante señalar que el procedimiento de restablecimiento de derechos es administrativo y en su desarrollo se puede adoptar un régimen de visitas, de manera oficiosa o por alguna postulación de los interesados.

El régimen de visitas y el interés superior del niño

112. El régimen de visitas, de acuerdo con el artículo 256 del Código Civil, permite al padre o madre que no tengan el cuidado personal de sus hijos que pueda visitarlos. El ICBF ha señalado que el régimen de visitas es un derecho familiar del cual son titulares tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio debe estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares¹¹⁰.

La norma en mención data de 1873, fecha de expedición del Código Civil, y dispuso que el régimen de visitas lo fijaría el juez como lo considerara más conveniente; para el momento en que se promulgó el Código Civil, era imposible que se regulara una opción de visitas no

presenciales de manera virtual.

113. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte¹¹¹, las visitas le permiten al niño, niña o adolescente mantener y seguir desarrollando las relaciones afectivas con sus progenitores, así como recibir de estos el cuidado y amor que demandan. En este sentido, se ha reconocido que las visitas no solo son un mecanismo para proteger al niño, niña o adolescente, sino que permiten el restablecimiento de la familia y refuerzan la unidad familiar.

114. Bajo este entendido, «las visitas son un dispositivo que facilita el acercamiento y la convivencia entre padres e hijos. Se trata entonces de un instrumento que contribuye al desarrollo integral del menor de edad en tanto hace posible que la relación con cada uno de sus padres se desarrolle en la mayor medida posible, aún en el contexto de las dificultades suscitadas entre ellos»¹¹². En tal sentido, el régimen de visitas protege los intereses del menor de edad y constituye un espacio de acercamiento y convivencia entre padres e hijos¹¹³. Se trata, entonces, de un derecho tanto del niño, niña y adolescente como de los padres, que debe ser garantizado por las autoridades administrativas y judiciales, y, así mismo, es exigible frente al padre o familiar que no lo ejerce o que lo impide.

115. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte ha abordado el estudio de las visitas virtuales desde una perspectiva que garantiza la unidad familiar. Por ejemplo, en la Sentencia T- 114 de 2021¹¹⁴, este tribunal estudió la acción de tutela presentada por una persona privada de la libertad en contra del INPEC y un establecimiento de reclusión, al no garantizar mensualmente las visitas virtuales con su núcleo familiar, conformado por otras dos personas privadas de la libertad y recluidas en centros penitenciarios ubicados en distintos municipios.

En este caso, la Corte resaltó la importancia de las visitas virtuales como mecanismo que permite garantizar el derecho fundamental a la unidad familiar. En ellas, confluyen

elementos tanto del derecho a mantener comunicaciones con las personas más cercanas, como de la garantía constitucional que tienen las personas privadas de la libertad a las visitas. Aún más, en el contexto de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19, pues permiten garantizar encuentros entre los internos y sus familiares en el marco de medidas de aislamiento social. Aseguran el contacto familiar, cuando la proximidad física es materialmente imposible o está restringida por motivos de salubridad pública. Además, cuando se trata de un núcleo familiar cuyos miembros se encuentran reclusos en distintos establecimientos penitenciarios, se vuelven más significativas, pues contribuyen al acercamiento de la persona privada de la libertad con su familia, y, al hacerlo, inciden en el proceso de resocialización de varias personas bajo la tutela del sistema penitenciario y carcelario.

116. Las anteriores razones que se derivan de una situación diferente, cobran más fuerza en casos como el que se estudia, en el que está en juego el interés superior del niño, respecto del cual la virtualidad, cuando existe imposibilidad física de realizar la visitas, puede lograr la comunicación entre la madre y el hijo. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta por los funcionarios competentes para establecer el régimen de visitas más conveniente.

117. Dicho régimen se puede establecer en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, pero, una vez terminado, a quien le corresponde fijarlo es al juez de familia en un proceso especial de única instancia para la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, ante quien pueden acudir los padres y ante el que debe participar el ministerio público, como garante de los derechos. Tal mecanismo es diferente a la homologación del acto administrativo expedido por el defensor de familia o, en su defecto, por el comisario de familia.

118. Este instrumento debe estar orientado por el principio del interés superior del niño que tiene como finalidad la satisfacción de los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes¹¹⁵. A este principio orientador se le han atribuido unas características. Al

respecto se ha señalado que: (i) es concreto y autónomo, pues solo se puede determinar a partir de las circunstancias individuales de cada niño¹¹⁶; (ii) es relacional, porque adquiere relevancia cuando los derechos de los niños entran en tensión con los de otra persona o grupo de personas¹¹⁷; y (iii) es obligatorio para todos, en la medida que vincula a las autoridades del Estado, a la familia y a la sociedad en general¹¹⁸.

119. La jurisprudencia de este tribunal ha considerado que, el principio del interés superior del niño debe ser referencia obligada al momento de evaluar los temas relacionados con la custodia y cuidado personal que los padres ejercen respecto de los hijos menores de edad o en situación de discapacidad. Es decir que, en todos los casos se debe dar aplicación directa a la regla *pro infans* que propende por el bienestar integral y armónico de los menores de edad, «de allí que los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos»¹¹⁹.

Por esta razón, le corresponde al Estado, a través de todas sus autoridades, adoptar medidas que propendan por el aseguramiento, en la mayor medida posible, de los derechos de los menores de edad, cuidando que el niño esté en un entorno seguro y saludable para su crecimiento y sean protegidos de cualquier riesgo o peligro que puedan enfrentar¹²⁰. También, debe prever instrumentos para sancionar las conductas que los afecten. En este proceso, la autoridad puede fijar un régimen de visitas virtuales, si así lo estima conveniente, en forma proporcionada a las condiciones fácticas de cada caso.

121. Adicionalmente, el interés superior del menor de edad se establece considerando las circunstancias individuales y únicas de cada niño, niña o adolescente, es decir, cuando se adoptan decisiones que pueden afectarlos se deben contrastar con los criterios generales

que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil. Las autoridades administrativas y judiciales tienen que, entre otros aspectos, (i) examinar integralmente la situación del menor y (ii) tener en cuenta el derecho a tener una familia y no ser separados de ella, por lo que, si ello se da, ha de ser excepcional y debe fundarse en prueba que demuestre el contexto familiar que justifica dicha determinación; así, por ejemplo,

cuando se evidencia que el contacto del menor con sus padres no garantiza su interés superior, porque hay un vínculo familiar violento y abusivo, se debe evaluar si existe una situación fundada de riesgo para la salud e integridad del menor¹²², que amerite su separación del medio familiar, sin posibilidad de un régimen de visitas.

122. Otro de los contenidos del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes es el de recibir amor y cuidado de la familia, el cual se manifiesta como el recíproco afecto, el continuo trato, la permanente comunicación, el ejemplo de vida y de dirección, es decir, genera una conexión directa con el cuidado y el amor.

123. En cuanto al régimen judicial de visitas, el legislador previó un mecanismo que le permite al niño, niña o adolescente mantener y seguir desarrollando las relaciones afectivas con sus progenitores, así como recibir de estos el cuidado y amor que demandan a través de un proceso judicial llamado reglamentación de visitas. Este proceso judicial, como ya se indicó, está a cargo de los jueces de familia, de acuerdo con el numeral 6º del artículo 21 del Código General del Proceso, y tiene por finalidad buscar un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la autoridad paterna. A este mecanismo se puede acudir una vez quede en firme el acto administrativo de fallo proferido dentro del proceso de restablecimiento de derechos del menor de edad, sin embargo, como ya se explicó, no tiene como finalidad realizar el control integral de la mencionada decisión, por lo que no sería un mecanismo eficaz para restablecer el debido proceso administrativo.

124. En conclusión, el régimen de visitas es un derecho de doble vía, que garantiza el

desarrollo de las relaciones entre los hijos y los padres, reforzando los lazos de unión. Este debe desarrollarse de acuerdo con el principio del interés superior del niño y todos, autoridades y particulares, deben propender por su efectivización.

Solución al caso concreto

La Comisaría de Familia vulneró el derecho al debido proceso, a la familia y los derechos de los niños

125. La Sala quiere destacar que la tutela que interpuso Lina tenía como finalidad la creación, por parte de las autoridades administrativas que adelantaban el proceso de restablecimiento de derechos, de un link que garantizara el régimen de visitas virtuales entre ella y su hijo menor de edad, situación que era de muy fácil resolución. Pero no obtuvo ninguna respuesta, y la motivación de ello la dio la Comisaría de Familia al momento de intervenir ante el juez de tutela de primera instancia, afirmando que ello escapaba de sus manos y que no era de su competencia.

Esta manera de proceder de la Comisaría de Familia, ante una solicitud tan clara y sencilla de responder, y la omisión de darle trámite a la pretensión de la madre dentro del proceso administrativo y decidir un recurso de reposición sin sustentación, estructura una inactividad formal de la administración, que desconoce los principios de eficacia, economía y celeridad que deben regir la administración pública y por tanto comporta una vulneración al derecho fundamental del debido proceso, el cual debe ser amparado por esta Corte.

126. Al margen de las medidas adoptadas en búsqueda del restablecimiento de derechos, la Sala estima que las gestiones adelantadas por la Comisaría de Familia, en procura del

cumplimiento del régimen de visitas, fueron insuficientes para garantizar la protección efectiva de los derechos a la familia y los derechos prevalentes del niño, por las siguientes razones:

* Aunque en la medida provisional adoptada el 9 de octubre de 2021, fijó unas reglas para las llamadas telefónicas y/o para las video llamadas, no se determinó el aplicativo que se iba a usar, en cabeza de quien recaía la responsabilidad de crear un enlace para permitir la comunicación, los horarios y las personas que acompañarían al niño en la visita virtual, entre otros temas de carácter práctico que permitieran el cumplimiento de la orden impartida, frente a los incumplimientos evidenciados.

- La Comisaría de Familia tuvo conocimiento de cada una de las circunstancias que dificultaban el correcto desarrollo de las visitas. En varias ocasiones, en específico, los días 16, 24, 28, 30 de abril y 2, 8, 11, 15 de mayo¹²³, con distintos pantallazos, la madre del menor de edad demostró que dirigió solicitudes e informes en los que ponía de presente las situaciones anteriormente mencionadas. Incluso, exhortó a la abuela del niño al cumplimiento de las medidas establecidas. Aun así, esa entidad decidió dejar la creación del enlace para las visitas virtuales en manos de la abuela paterna, a pesar de reconocer que ella y la madre eran incapaces, por sí mismas, de manejar relaciones de cordialidad y respeto, y ser la abuela la que presuntamente estaba abusando de la facultad que se le otorgó de manejar los enlaces de conexión, al impedir el normal desarrollo de las visitas virtuales.

- No acompañó ni vigiló el desarrollo de las visitas y tampoco ordenó que otra autoridad competente lo hiciera, con miras a la determinación de fórmulas diferentes que propiciaran mantener las relaciones entre la madre y el niño.

- No evaluó la adopción de medidas sancionatorias de cara al cumplimiento de ambas partes

del régimen de visitas, con fundamento en lo establecido en la Ley 1098 de 2006.

* Modificó por completo el régimen de visitas, el 6 de agosto de 2021, guardando silencio sobre las visitas virtuales, a pesar de la distancia física entre los lugares de residencia de madre e hijo y las dificultades económicas alegadas por la madre para efectuar visitas presenciales. Nótese que en esta decisión se modificó el régimen de visitas, variándose lo que, sobre este tema, se había decidido el 9 de octubre de 2020 por la Defensoría de Familia y en la conciliación del 29 de noviembre de 2020 realizada en la Comisaría de Familia, sin que se hiciera ninguna referencia a las visitas virtuales.

* En fallo del 6 de agosto de 2021 no se refirió a las visitas virtuales y, posteriormente, no se pronunció sobre esta omisión puesta de presente por la madre en el recurso de reposición, por lo que no existió motivación alguna para omitir la regulación de las visitas virtuales. Ignorando por completo que para ese momento la madre presentó una acción de tutela en su contra, con el propósito de dar solución a los incumplimientos de las mismas, específicamente, dirigido a que fuera la Comisaría la que manejara el link de conexión.

- La comisaria no indicó que contra el fallo proferido dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos procedía la homologación.

127. De acuerdo con lo anterior, se concluye que, a pesar de que la autoridad administrativa desarrolló algunas actividades para solucionar los problemas surgidos, al punto que, en marzo de 2021, ella misma se encargó de manejar el enlace de conexión asumiendo un rol proactivo frente a la situación, finalmente, a partir del 5 de abril del 2021, retrotrajo tal determinación y dejó, nuevamente, a la abuela como la persona encargada de crear los links, lo que generó inconvenientes en el desarrollo de las visitas virtuales.

128. A partir de allí, y a pesar de que la madre solicitó que la autoridad administrativa creara los enlaces y vigilara el desarrollo de las visitas, esta se desentendió de sus funciones y obligaciones en varias ocasiones. En primer lugar, al contestar la tutela al decir que:

[E]scapa de las manos de esta Comisaria el arreglar de manera personal los problemas de tolerancia y convivencia dentro de esta familia, quienes pese a ser personas letradas, profesionales y adultos perfectamente capaces, son incapaces por sí mismos de manejar relaciones de cordialidad y respeto entre ellos, teniendo que recurrir al acoso sistémico y casi temerario a los funcionarios de esta Comisaria [negrilla fuera del texto original]

Además, dicha respuesta desconoce lo expuesto por el dictamen de Medicina Legal que obra en el expediente, del que se desprende que la accionante parece tener problemas psicológicos, por lo que no es de recibo afirmar que ella es «perfectamente capaz» de resolver los inconvenientes con la abuela del niño.

129. En segundo lugar, porque omitió motivar el acto administrativo por medio del cual modificó el régimen el 6 de agosto de 2021 y, a pesar de que permitió formalmente ejercer el derecho de contradicción, confirmó su decisión sin motivación alguna y recortando las garantías de la accionante.

130. En tercer lugar, al reconocer que la profesional que podría acompañar las visitas se negó a hacerlo por nexos con la familia¹²⁴, no se dispuso de otra medida para solventar ese impase, a pesar de que la madre solicitó acudir a otros centros zonales, comisarías y defensorías de familia de lugares aledaños, para procurar el acompañamiento requerido, ante lo cual no se tomaron acciones concretas y efectivas.

Es decir que la accionada se desentendió de su principal función que es velar, precisamente, por la dirección del proceso y prevenir, remediar y sancionar incumplimientos por los medios que señala la ley. Pero, sobre todo, de garantizar de manera prevalente la satisfacción de los derechos de los niños, entre ellos, velar por su integridad y desarrollo armónico, disponiendo los medios para que el niño tenga contacto con su madre y se le brinden el cariño, cuidados y amor necesarios.

131. Debe recordarse, que las actuaciones de estas autoridades no finalizan con la emisión de un acto administrativo definitivo de cierre de la actuación administrativa. Recientemente, en la Ley 2126 de 2021¹²⁵, se estableció que los comisarios de familia y su equipo interdisciplinario pueden apoyar el seguimiento de las medidas de protección y atención. En particular deben, (i) verificar la situación de vulnerabilidad dentro de la familia, (ii) establecer el nivel de riesgo de la vulneración de los derechos de las personas afectadas, (iii) hacer las recomendaciones técnicas al comisario para que adopte todas las medidas necesarias para el restablecimiento, protección, estabilización y atención de los derechos de las víctimas de violencia y (iv) apoyar el seguimiento de las medidas de protección.

132. Es más, al margen de su competencia residual en los procesos de restablecimiento de derechos, el comisario puede iniciar actuaciones para la atención en casos en los que haya una situación en la que posiblemente se presente violencia intrafamiliar.

133. Así, al no brindarle una respuesta en el trámite del proceso de restablecimiento de derechos y modificar el régimen de visitas, la Comisaría de Familia incumplió con sus deberes primordiales, vulnerando consigo el derecho al debido proceso y, por esa vía, el interés superior del niño a tener una familia y poder contar con contacto permanente con su progenitora. Nótese que el debido proceso, implica el respeto a la legalidad, esto quiere decir que las autoridades no pueden actuar a su voluntad, pues el respeto de la plenitud de las formas implica preservar los derechos de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica.

134. Por lo anterior, la Sala concluye que la Comisaría de Familia vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la familia y desconoció el interés superior y la prevalencia que tienen los derechos de los niños.

135. En consecuencia, se revocará el fallo del 2 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia, que confirmó la sentencia del 23 de junio de 2021, emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal que declaró la improcedencia del amparo para, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, a la familia y los derechos de los niños, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

Teniendo en cuenta que quedó demostrada la vulneración al debido proceso y que no hay un mecanismo idóneo y eficaz diferente a la tutela para su protección, las ordenes que se impartirán serán de carácter definitivo.

136. Por lo anterior, se le ordenará a la Comisaría de Familia que, en el término de doce (12) horas, contados a partir de la notificación de esta providencia, le solicite al Instituto Nacional de Medicina Legal que realice una nueva valoración psicológica a la señora Lina y de su hijo, que permitan determinar las condiciones en que se encuentran para poder tener las visitas, presenciales y virtuales. Lo anterior, teniendo en cuenta que lo más importante es tener certeza de que el contacto del niño con su madre, así sea de manera virtual, no le va a generar ningún daño emocional ni psicológico.

137. Una vez se tenga el informe de valoración psicológica del menor de edad y de la madre, la Comisaría de Familia deberá, en el término de dos (2) días hábiles, contados a partir de la recepción del dictamen, adicionar el fallo definitivo dentro del proceso de restablecimiento de derechos y en él determinará la pertinencia de las visitas, si estas debe ser de forma inmediata o paulatina y, de ser procedentes, deberá regular el régimen de visitas virtuales del niño Carlos con su madre Lina, señalando expresamente: (i) la plataforma por la cual se

realizaran los encuentros, (ii) el enlace de conexión, (iii) el horario en que se desarrollarán, (iv) los medios de cumplimiento, (v) las sanciones aplicables en caso de incumplimiento y (vi) dejando, de manera expresa en la decisión, que contra ella procede la homologación ante los jueces de familia¹²⁶. Además, deberá establecer las autoridades competentes que acompañarán las visitas, que podrá ser algún servidor del ICBF del Centro Zonal correspondiente, en garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, a la familia y los derechos prevalentes del niño.

138. Una vez emitida tal decisión, en el marco de las competencias fijadas en los artículos 13.6127 y 15128 de la Ley 2126 de 2021, la Comisaría de Familia deberá, a través de su equipo interdisciplinario, efectuar un seguimiento a la situación que rodea al niño.

139. La Defensoría Regional de Córdoba, en el marco de sus competencias, acompañará la verificación del cumplimiento del régimen de visitas dispuesto por la Comisaría de Familia que permita la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, a la familia y los derechos prevalentes del niño.

140. De otra parte, desvinculará del trámite de tutela a la Defensoría de Familia de Bogotá, al haber perdido su competencia territorial para tramitar el proceso de restablecimiento de derechos.

Síntesis de la decisión

141. Le correspondió a la Sala revisar el fallo proferido con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Lina contra la Comisaría de Familia para la protección de los derechos al debido proceso, a la familia y la prevalencia que tienen los derechos de los niños, actuando como madre del niño Carlos. La demanda se fundamentó en que, desde la adopción del régimen de visitas virtuales, se presentaron distintas situaciones de

incumplimiento.

142. En primer lugar, la Sala encontró acreditados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela. En específico, respecto a la subsidiariedad, encontró que en esta ocasión el mecanismo judicial a disposición no era idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales en juego, pues su duración fomentaba una situación de separación entre la madre y su hijo

143. En segundo lugar, reiteró la relación que tiene el derecho fundamental a la familia (artículo 42 CP) y los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes (artículo 44 CP), en específico a preservar su familia, siempre que ella contribuya a su desarrollo armónico. Recordó que, cuando se trata de un menor de edad, es deseable que exista una relación entre él y sus padres, ya que, a través de estas, se crean lazos de unión y cariño. De acuerdo con lo anterior, en las actuaciones administrativas, las autoridades deben tomar en consideración el interés superior del menor de edad.

144. Por último, a partir de las pruebas recaudadas dentro del proceso, la Sala determinó que la Comisaría de Familia vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, la familia y los derechos prevalentes del niño. La autoridad conoció las situaciones que se presentaron en el desarrollo de las visitas virtuales y, a pesar de que adoptó medidas, olvidó sus funciones, al tomar una determinación que propició nuevos incidentes que cercenaron el contacto de la madre y el hijo, y no garantizó su interés superior ni veló por su desarrollo armónico dentro del seno familiar. En específico, al no atender a las solicitudes claras y recurrentes, que de manera sencilla podía efectuar, consistentes en la creación de un link para la conexión para las visitas virtuales entre la madre y el hijo.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo del 2 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia, que confirmó la sentencia del 23 de junio de 2021, emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal. En su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la familia de Lina y Carlos; y los derechos prevalentes del niño Carlos, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Comisaría de Familia que, en el término de doce (12) horas, contados a partir de la notificación de esta providencia, le solicite al Instituto Nacional de Medicina Legal la práctica de una nueva valoración psicológica a la señora Lina y de su hijo, que permitan determinar las condiciones en que se encuentran para poder tener las visitas, presenciales y virtuales.

Una vez se tenga el informe de valoración psicológica del menor de edad y de la madre, la Comisaría de Familia deberá, en el término de dos (2) días hábiles, contados a partir de la recepción del dictamen, adicionar el fallo definitivo dentro del proceso de restablecimiento de derechos y en él determinará la pertinencia de las visitas, si estas debe ser de forma inmediata o paulatina y, de ser procedentes, deberá regular el régimen de visitas virtuales del niño Carlos con su madre Lina, señalando expresamente: (i) la plataforma por la cual se realizaran los encuentros, (ii) el enlace de conexión, (iii) el horario en que se desarrollarán, (iv) los medios de cumplimiento, (v) las sanciones aplicables en caso de incumplimiento y (vi) dejando, de manera expresa en la decisión, que contra ella procede la homologación

ante los jueces de familia. Además, deberá establecer las autoridades competentes que acompañarán las visitas, que podrá ser algún servidor del ICBF del Centro Zonal correspondiente, en garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, a la familia y los derechos prevalentes del niño.

Una vez emitida tal decisión, en el marco de las competencias fijadas en los artículos 13.6 y 15 de la Ley 2126 de 2021, la Comisaría de Familia deberá, a través de su equipo interdisciplinario, efectuar un seguimiento a la situación que rodea al niño.

TERCERO.- DISPONER que la Defensoría Regional de Córdoba, en el marco de sus competencias, acompañe la verificación del cumplimiento del régimen de visitas establecido por la Comisaría de Familia que permitan la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, a la familia y los derechos prevalentes del niño.

CUARTO.- DESVINCULAR a la Defensoría de Familia de Bogotá del presente trámite, conforme con las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Auto del 29 de noviembre de 2022, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Once. Archivo “Anexo secretaria Corte AUTO SALA DE SELECCION 29 DE NOVIEMBRE DE 2022 NOTIFICADO EL 15 DE DICIEMBRE 2022.pdf”.

2 Constancia del 14 de diciembre de 2022, suscrita por la Secretaría General de esta Corporación. Archivo “Anexo secretaria Corte T-9.025.155 Reparto Expediente Cortes – Auto 29-Nov-2022-2.pdf”

3 Expediente digital T-9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Comsiaría.pdf”, folio 109.

4 Informe pericial emitido por el Grupo de Psiquiatría y Psicología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, el 9 de julio de 2021. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Comsiaría.pdf”, folios 2466 a 2498. En ese documento, refiriéndose al comportamiento de la madre, en hechos anteriores al del 18 de marzo del 2020, se señaló: «presentó un episodio de ira y descontrol donde violentó la salud física y emocional del niño, esta situación ya se había presentado en otras ocasiones, siendo los vecinos quiénes alertados por los ruidos y los gritos de Lina, dieron aviso a la autoridad».

5 De acuerdo con el artículo 79 de la Ley 1098 de 2006, las defensorías de familias son dependencias del ICBF, de naturaleza multidisciplinaria, encargados de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

6 El proceso de restablecimiento de derechos está regulado por la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia –, modificado por la Ley 1878 de 2018.

7 Expediente digital T-9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Comsiaría.pdf”. folio 135. Lo anterior, atendiendo a los factores de vulnerabilidad evidenciados y a que no se logró establecer contacto con la familia extensa que pudiera hacerse cargo de su protección.

8 El ICBF creó la figura de los hogares sustitutos con el fin de superar las situaciones de vulneraciones de derechos de niñas, niños y adolescentes. Así, de manera temporal, una familia voluntaria se encarga del cuidado de un menor de edad que está en un proceso de restablecimiento de derechos ante el ICBF. Consultado de la página

https://www.icbf.gov.co/system/files/hogaressustitutos_0.pdf, el 6 de marzo de 2023.

9 En particular, se estipuló que el padre tendría visitas virtuales los martes a las 3 p.m. Posteriormente, a solicitud de la Defensoría de Familia y de la madre, esta fue incluida en las visitas virtuales antes mencionadas a partir de mayo de 2020. Desde esa misma fecha, se cambió el horario de visitas del padre con el fin de evitar conflictos entre los progenitores.

10 De acuerdo con el Concepto N.º 5 de 2017 del ICBF «[l]a ubicación en familia de origen o familia extensa, consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos». De acuerdo con el ICBF la familia extensa la componen aquellos familiares diferentes a los padres y hermanos del niño, niña o adolescente tales como: abuelos, tíos, primos, bisabuelos y demás parientes que tienen en común un vínculo de consanguinidad. Consultado en la página <https://www.icbf.gov.co/familia-extensa>, el 8 de marzo de 2023.

11 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. ICBF.pdf”.

12 Ibídem, folios 28 a 35.

13 Expediente digital 9.025.155. Archivo “10101DEMANDA”, folio 1.

14 De acuerdo con el artículo 83 de la Ley 1098 de 2006, las comisarías de familia son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. De igual manera, el artículo 98 contempla que en los municipios en donde no haya defensorías de familia, las funciones de esta estarán en cabeza del comisario de familia, de conformidad con la competencia subsidiaria.

15 Expediente digital 9.025.155, archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Comisaria.pdf”, folio 681.

16 Correo electrónico enviado por la madre a la Comisaría, el 18 de noviembre de 2020. archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Comisaría.pdf”, folios 684 a 711.

17 Como prueba de los obstáculos para realizar las visitas virtuales la accionante aporta capturas de pantalla.

18 Correo electrónico enviado por la madre a la Comisaría de Familia, el 18 de noviembre de 2020. Archivo "Anexo secretaria Corte Rta. Comsiaría.pdf", folios 726 a 728.

19 Correo electrónico enviado por la madre a la Comisaría de Familia el 18 de noviembre de 2020. Archivo "Anexo secretaria Corte Rta. Comsiaría.pdf", folio 791 a 792.

20 Ibidem, folio 791.

21 Ibidem, folio 791.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

24 Correo electrónico enviado por la madre a la Comisaría de Familia, el 18 de noviembre de 2020. Archivo "Anexo secretaria Corte Rta. Comisaria.pdf", folios 794.

26 Ibidem, folios 844.

27 Ibidem, folio 1758, 1763, 1780, 1781, 1808

28 Ibidem, folio 1847 y 1845.

29 Expediente digital 9.025.155. Archivo "0101DEMANDA.pdf" folio 1.

30 Expediente digital 9.025.155. Archivo "10101DEMANDA", folio 80.

31 Ibidem, folio 2496.

32 Ibidem, folio 2497.

33 Ibidem, folio 2498.

34 Expediente digital 9.025.155. Archivo "Anexo secretaria Corte Rta. Lina.pdf", folios 1 a 3.

35 Expediente digital 9.025.155. Archivo "Anexo secretaria Corte Rta. Comisaria.pdf", folio 2532 a 2639.

36 Ibidem, folio 2365.

37 Minuto 17:47 a minuto 20 de la grabación aportada por la madre, denominada “Voz 015.m4a. Archivo denominado “Anexo secretaria Corte Rta. Lina.pdf”

38 Ibidem, folios 2640 a 2641.

39 Código de Infancia y Adolescencia.

40 Así lo manifestaron la madre y la abuela en sus declaratorias del 22 y 24 de febrero de 2023, respectivamente.

41 Expediente digital 9.025.155. Archivo “02ActaReparto.pdf”.

42 Expediente digital 9.025.155. Archivo “0101DEMANDA.pdf” folio 1.

43 Expediente digital 9.025.155. Archivo “10101DEMANDA”, folio 80.

44 Expediente, archivo: “0010Sentencia”, folios 2 y 3.

45 Expediente digital 9.025.155. Archivo “19Sentencia.pdf”.

46 Expediente digital 9.025.155. Archivo “41SentenciaSegundaInstancia.pdf”.

47 Artículo 54 «La medida de amonestación consiste en la conminación a los padres o a las personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente sobre el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden o que la ley les impone. Comprende la orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, con la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo, so pena de multa convertible en arresto».

49 El Acuerdo N.º 01 de 2022 de la Corte Constitucional, en su artículo 1º, dispuso que la Sala Segunda de Revisión estaría presidida por el magistrado Juan Carlos Cortés González.

50 Respecto de las pruebas de oficio, la Sentencia SU-768 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio, señaló que «[e]n relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la

búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial. El decreto oficioso de pruebas no es una mera libertad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo con esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretenden hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes».

51 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. ICBF.pdf”.

52 Ibídem, folios 5 a 35.

53 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Comisaria.pdf”.

54 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Comisaria.pdf”.

55 Si bien la Comisaría de Familia afirmó que no se interpuso recurso alguno, de las pruebas del expediente se desprende que la accionante sí lo hizo.

56 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Lina.pdf” y “Anexo secretaria Corte Diligencia I 22-Feb-23.pdf”

57 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Lina.pdf”.

58 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Lina.pdf”.

59 Ibidem.

60 Declaración desarrollada a través de la plataforma digital Teams, el 22 de febrero de 2023.

61 Declaración desarrollada a través de la plataforma digital Teams, el 24 de febrero de

2023.

62 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte T-9025155 OFICIO OPT-A-054-2023.pdf”.

63 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Lina(después de traslado).pdf”.

64 Ibídem, folio 3.

65 Id.

66 Artículo 10 «La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales».

67 Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

68 Artículo 288 «La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. // Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. //los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia».

69 Artículo 306 «Siempre que el hijo tenga que litigar contra quien ejerce la patria potestad, se le dará un curador para la litis, el cual será preferencialmente un abogado defensor de familia cuando exista en el respectivo municipio; y si obrare como actor será necesaria la autorización del juez».

70 Sentencia T-439 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

71 Sentencia SU-696 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En idéntico sentido, Sentencia T-680 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

72 Al respecto, ver las sentencias T-409 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, y T- 262 de 2022, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

73 Sentencia T-351 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

74 Artículo 23 “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.”

75 Expediente digital 9.025.155, archivo “0101DEMANDA.pdf”, folio 1.

76 Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T- 262 de 2022, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

77 El restablecimiento de los derechos de niños, niñas o adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales.

78 Esto, de acuerdo con la Ley 75 de 1968, por medio de la cual se crea el ICBF.

79 Sentencia T- 151 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo; y Sentencia T-188 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

80 Según el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 «La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad

compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. // En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos».

81 Sentencias T-148 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-608 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, y T-117 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

82 Ver sentencias T-679 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo, y T-606 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

83 Sentencia SU-016 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

84 Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. ICBF.pdf”, folios 28 a 35.

85 Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

86 Expediente digital T- 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. ICBF.pdf”, folio 35.

87 Expediente digital T- 9.025.155. Archivo “0101DEMANDA.pdf”, folios 61 a 75.

88 Artículo 54 «La medida de amonestación consiste en la conminación a los padres o a las personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente sobre el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden o que la ley les impone. Comprende la orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, con la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo, so pena de multa convertible en arresto».

89 Sentencia T- 502 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

90 Al respecto ver las sentencias SU- 353 de 2022, M.P. (e) Hernán Correa Cardozo, y T-010 de 2023, M.P Paola Andrea Meneses Mosquera.

91 Sentencia C-496 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Sentencia C- 092 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

92 Sentencia C- 163 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

93 Sentencia C- 086 de 2016, Jorge Iván Palacio.

94 Nieto, A., «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», en RAP, 37, 1962, p.80. Santiago Tawil, G., Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa, I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 286: «la inactividad material sería aquella que se traduce en el incumplimiento por parte de la Administración de sus competencias ordinarias, en la pasividad de los entes administrativos para ejecutar o llevar a su debido cumplimiento los objetivos que le son propios».

95 Sentencia T- 146 de 2022, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

96 Ibidem.

98 Sentencia C- 102 de 2022, M.P. Diana Fajardo Rivera.

99 Sentencia T-292 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

100 Ibidem.

101 Sentencia T- 199 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

102 Sentencias T-384 de 2018 y T- 210 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

103 Artículo 22 de la Ley 1098 de 2006. Referenciado en las sentencias T- 387 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T- 115 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

104 Sentencia C- 274 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas.

105 Numeral 4 del artículo 119 de la Ley 1098 de 2006.

106 En particular, el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 dispone que corresponde al defensor de familia: «1. Adelantar de oficio las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza//

2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la

violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes//3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas».

107 Artículo 52 Ley 1098 de 2006.

108 Sentencias T- 378 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, y T-210 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

109 Artículo 100 Ley 1098 de 2006.

110 Concepto n.º137 de 2012, ICBF. Consultado en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000137_2012.htm el 7 de marzo de 2023.

111 Sentencia T- 311 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

112 Ibidem.

113 Sentencia T- 115 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

114 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

115 Al respecto ver las sentencias C-239 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; C-569 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-587 de 2017, Alberto Rojas Ríos.

116 Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda.

117 Sentencia T- 514 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández.

118 Sentencia T- 262 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

119 Sentencia T-384 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

120 Sentencia T-062 de 2022. M.P. Alberto Rojas Ríos.

121 Sentencia T-557 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

122 Sentencia T-1090 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

123 Expediente digital T- 9.025.155. Archivo “0101DEMANDA.pdf”, folios 61 a 75.

124 Tal como se evidencia de la respuesta de la Alcaldía del 1º de septiembre de 2021. Expediente digital 9.025.155. Archivo “Anexo secretaria Corte Rta. Lina.pdf”, folio 4.

125 «Por la cual se regula la creación, conformación y funcionamiento de las comisarías de familia, se establece el órgano rector y se dictan otras disposiciones».

126 De acuerdo con el inciso 2º del artículo 67 de la Ley 1437 del 2011 «[e]n la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo»

127 Artículo 13.6 «[l]e corresponde al comisario o comisaria de familia: 6. Preparar y presentar informes de seguimiento y gestión de los procesos a su cargo»,

128 Artículo 15.6 «[a]demás de las funciones necesarias para cumplir el objeto misional de las Comisarías de Familia, los y las profesionales en psicología y trabajo social, de acuerdo con las funciones asignadas en el Manual de Funciones y Competencias Laborales, deben garantizar la protección de los derechos de las víctimas de violencia en el contexto familiar, en este sentido deberán// 6. Apoyar el seguimiento de las medidas de protección y atención».