Sentencia T-173/24

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

(…) se omitió la valoración de distintas pruebas que obran en el expediente del proceso judicial de reglamentación de visitas que advierten riesgos graves y ciertos para la integridad y los derechos fundamentales del niño al tener contacto con su padre. Segundo, porque hizo un uso inadecuado de la facultad de decidir ultra y extra petita en tanto la orden de provocar un acercamiento entre padre e hijo, no solo puso en riesgo la seguridad del niño Felipe, sino que generó mayor conflicto entre las partes. Y tercero, porque no se escuchó la opinión del niño Felipe para tomar esa decisión.

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

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

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

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OIDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA-Reiteración de jurisprudencia

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

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Límites a la presunción de inocencia en casos de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes

(…) la garantía constitucional de la presunción de inocencia no implica el deber correlativo de admitir las visitas a un menor por parte de quien ha sido acusado de abusarlo sexualmente, menos aún, involucra que sólo se puedan suspender tales visitas en el en (sic) que la

acusación se compruebe ante un juez penal. Contrario a ello, el examen que deben realizar las autoridades frente al régimen de visitas en estos escenarios se encuentra supeditado a la preservación de la integridad y bienestar del menor en la mayor medida posible, en tanto éste es el principio que orienta la actuación del Estado en favor del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

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

JUEZ DE TUTELA-Facultad de fallar extra y ultra petita

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Facultad para archivar actuaciones penales

(…) el archivo de las diligencias solo es posible cuando no existan motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización de los hechos como delito. Al respecto, es importante recordar que el archivo de las diligencias en materia penal, por parte de la Fiscalía, no reviste el carácter de cosa juzgada.

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA-Deber de reserva de la información relacionada con la ubicación de las víctimas de violencia

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Sexta de Revisión-

SENTENCIA T-173 de 2024

Referencia: Expediente T-9.619.484

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, revisa el fallo de tutela proferido el 28 de junio de 2023 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dentro del proceso de tutela de la referencia.

ACLARACIÓN PREVIA

Como quiera que en el presente caso se estudiará la situación de un menor de edad, se advierte que, como medida de protección a su intimidad, es necesario suprimir sus nombres y los de las otras personas que son mencionadas en esta providencia, como también sus demás datos personales. En consecuencia, para efectos de identificar a las personas, y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, se utilizarán nombres ficticios, incluyendo el de "Amelia" que fue el utilizado para identificar a la accionante en el Auto de selección de 26 de septiembre de 2023.

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. Hechos relevantes

1. 1. Amelia y Rafael tuvieron una relación sentimental producto de la cual nació Felipe, quien actualmente tiene ocho años de edad. La relación sentimental terminó por desconfianza mutua y porque en octubre de 2017 él la "empujó" durante una discusión. Con ocasión de la separación, cada uno se fue a vivir con su respectiva madre, ambos en la ciudad de Cúcuta. Desde el 4 de junio de 2017, cuando el niño Felipe cumplió dos años de edad, el señor Rafael lo recogía los sábados en casa de la señora Amelia, y se lo llevaba para la casa de la abuela donde permanecía todo el fin de semana.

1.1. Primera medida de protección

2. El 3 de mayo de 2018, la señora Amelia solicitó una medida de protección contra el señor Rafael ante la Inspección Primera Urbana de Policía de San José de Cúcuta, por maltrato físico y verbal, además de intimidaciones realizadas mediante llamadas y mensajes. Afirmó que: "anoche (…) me dio un cabezazo y me empujo (sic) me iba a golpear si no fuera porque mi mamá llegó". El Inspector otorgó la medida de protección solicitada no sólo en favor de la solicitante, sino también de su grupo familiar (hijo y madre), y la comunicó al cuadrante del sector donde vivía. El 16 de mayo de 2018, el Inspector adelantó diligencia de conciliación en

la que tanto la señora Amelia como el señor Rafael, se comprometieron a tener buena conducta.

1.2. Proceso penal por acto sexual con menor de catorce años

3. El 16 de agosto de 2018, la señora Amelia radicó denuncia contra el señor Rafael ante la Fiscalía General de la Nación por el delito de acto sexual con menor de catorce años cometido presuntamente contra el niño Felipe. En la entrevista que ella rindió ante la Fiscalía 17 Local CAIVAS de Cúcuta, explicó que debido a que no había permitido que el niño fuera a la casa de la abuela paterna porque posterior a las últimas visitas llegaba agresivo y de mal humor, el señor Rafael llegó a su casa a visitar al niño Felipe, y los dejó solos un momento mientras ella hacía la comida. Al regresar a la habitación, dijo haber visto al niño boca abajo en la orilla de la cama sobre sus rodillas, y al señor Rafael de pie "abriéndole la cola al niño tocándosela". Cuando la señora Amelia lo recriminó, el señor Rafael explicó que estaba revisando al niño porque le había visto la cola roja y quería saber qué le había pasado.

4. El 28 de octubre de 2022, la Fiscalía 10 Local CAIVAS de Cúcuta archivó provisionalmente la indagación por el delito de acto sexual con menor de catorce años, iniciada contra el señor Rafael. Argumentó que hay atipicidad de la conducta "toda vez que esta investigación solo cuenta con el dicho del denunciante mas no con el de la víctima (…) el menor en su entrevista forense no manifestó ningún (…) tocamiento". En la decisión también indicó: "(…) se advierte que la presente decisión hace tránsito a cosa juzgada meramente formal, respecto del delito sexual, por lo que si surgen nuevos elementos materiales probatorios y aún no ha operado la extinción de la acción penal, la indagación se reiniciara (sic) al tenor del art. 79 del C.P.P.) (…)".

1.3. Proceso penal por violación de habitación ajena

5. El 19 de agosto de 2018, el señor Rafael fue capturado en flagrancia por el delito de violación de habitación ajena, cuando intentaba ingresar sin autorización y por el techo a la residencia de la señora Amelia en Cúcuta. Durante el interrogatorio, sostuvo que ingresó "sin permiso" con el único fin de ver a su hijo ya que ella le estaba "escondiendo el niño".

1.4. Audiencia de conciliación para regulación de alimentos, custodia y visitas

6. El 27 de agosto de 2018, el señor Rafael solicitó audiencia de conciliación para la regulación de alimentos, custodia y visitas ante la Defensoría de Familia del Centro Zonal Cúcuta 2. En respuesta a la citación a dicha audiencia, la apoderada de la señora Amelia informó que su representada había huido de Cúcuta junto con su núcleo familiar, debido al peligro que el señor Rafael representa para ellos. El 16 de enero de 2019 se realizó audiencia de conciliación la cual se declaró fallida porque la señora Amelia no se hizo presente.

1.5. Proceso judicial de reglamentación de visitas dentro del cual se dictan las decisiones contra las que se presenta la solicitud de tutela

7. El 3 de septiembre de 2019, el señor Rafael inició proceso de reglamentación de visitas ante el Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta en Oralidad. En la demanda reclamó que tiene derecho a compartir tiempo con su hijo los fines de semana por lo menos cada quince días. También indicó que desconocía el paradero de la señora Amelia y de su hijo.

8. El 9 de marzo de 2020, la apoderada de la señora Amelia se opuso a las pretensiones. Señaló que su representada quiere proteger su vida y la de su hijo de cualquier agresión psicológica, verbal y física por parte del señor Rafael. Dentro de los anexos, adjuntó comunicación de 12 de septiembre de 2018, remitida por la Comisaría de Familia Zona Sur de Santa Marta a la estación de Policía “Los Pelicanos” para hacer efectiva la medida provisional de protección otorgada en favor de la señora Amelia, en contra del señor Rafael, por parte de la Comisaría.

9. Mediante auto de 9 de septiembre de 2020, el Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta en Oralidad ordenó remitir el proceso judicial a los despachos judiciales de familia de Santa Marta, por razón de la competencia territorial, teniendo en cuenta que allí está residiendo el niño Felipe. La información de la nueva residencia fue obtenida por el Juzgado al recibir respuesta a un requerimiento que emitió, en auto de 11 de marzo de 2022, donde le solicitó a la apoderada de la señora Amelia que aportara información del domicilio exacto donde residía el niño Felipe, certificado de estudios del colegio en el que estaba matriculado y certificación de residencia del presidente de la junta de acción comunal. El proceso, luego de su remisión, le correspondió al Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa Marta que avocó conocimiento en auto de 21 de octubre de 2020.

10. En auto de 21 de octubre de 2020, el Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa

Marta ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) realizar un estudio psicosocial para determinar el nivel de riesgo o vulneración de los derechos del niño Felipe y conocer sus deseos con relación al régimen de visitas propuesto en la demanda. En informe de 6 de noviembre de 2020, el ICBF concluyó que el niño tiene vulnerado su derecho a la integridad por el presunto abuso del que fue víctima, y que la señora Amelia es apta para asumir los cuidados de su hijo y es la garante de los derechos del niño. El informe no incluye información sobre la opinión del niño relacionada con el régimen de visitas propuesto en la demanda.

11. En auto de 19 de noviembre de 2020, el Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa Marta ordenó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses (INMLCC) realizar una valoración psiquiátrica al señor Rafael para evaluar el nivel de riesgo al que estaría sometido el niño Felipe en caso de permitirle a su padre pasar tiempo juntos. En el informe rendido el 10 de febrero de 2021 por los especialistas de Medicina Legal, (i) se leen las manifestaciones del niño así: “no quiero visitar a mi papá”, “no quiero ver a mi papá porque él es muy malo conmigo, me dice cosas malas, me empuja, me agacha y me toca la cola, me dice que si le digo a mi mamá me pega más duro”; (ii) se advierte que el señor Rafael “no está apto para ejercer el rol de padre, el cual pone en riesgo la seguridad sexual del menor”; y (iii) se concluye que “No se recomienda que el señor Rafael tenga un régimen de visitas o de custodia, hasta tanto la fiscalía 17 seccional CAIVAS no tome una decisión de fondo la culpabilidad o inocencia de [los] actos abusivos que recaen [en su contra]”.

12. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso, el Juez Primero del Circuito de Familia de Santa Marta profirió el 23 de febrero de 2021, la sentencia contra la cual se presenta la acción de tutela, así:

“PRIMERO. NEGAR las pretensiones en cuanto al régimen de visitas solicitado por el Señor RAFAEL a favor de su menor hijo FELIPE, en contra de AMELIA, tal como se expuso a lo largo de esta audiencia.

SEGUNDO. De conformidad a las facultades ultra y extra petita, a fin de evitar futuros pleitos y lograr el arraigo y la integración del menor FELIPE con su padre, Señor RAFAEL, se dispone que se realice por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a través de su equipo interdisciplinario en las ciudades de Santa Marta y Cúcuta respectivamente, el

acercamiento y reconocimiento del mencionado menor para con su señor padre, RAFAEL.

Logrado esto, las partes podrán a través de un proceso judicial o por mutuo acuerdo establecer el régimen de visitas acorde con los resultados de la valoración que se realice en los seguimientos por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a los Señores RAFAEL, AMELIA y el menor FELIPE.

Para lo anterior, la Señora AMELIA deberá facilitar en garantía de los derechos de su menor hijo, el acceso y la comunicación conforme lo indique el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en el seguimiento que debe empezar a partir de marzo del 2021. Así mismo, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR deberá reportar a este despacho, cada dos (2) meses el estado de la diligencia en la cual se establezca el alcance y cuál ha sido el desarrollo de la integración entre el Señor RAFAEL y el menor FELIPE. OFÍCIESE al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR de Santa Marta y Cúcuta para lo pertinente. Envíese copia de esta decisión y del expediente digital para lo respectivo.

TERCERO. SE FIJA como cuota de alimentos a favor del menor FELIPE y a cargo del Señor RAFAEL la cuantía del 50% del salario mínimo legal vigente, los cuales serán consignados en la cuenta de depósitos judiciales No. 470012033001 en el Banco Agrario de Colombia, a órdenes de esta agencia judicial y a favor de la Señora AMELIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1010111111, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes a partir del mes de febrero de 2021.

La cuota aquí fijada, aumentará de acuerdo al incremento del salario mínimo legal vigente, a partir de Enero del 2022 y presta mérito ejecutivo en caso de incumplimiento por parte del Señor RAFAEL.

CUARTO. Sin condena en costas.

QUINTO. La presente providencia se notifica por estrado y contra ella no procede recurso alguno por ser trámite de única instancia" (subrayado fuera de texto).

13. El 21 de abril de 2021, en cumplimiento de orden judicial, el ICBF sostuvo una primera conversación telefónica con la señora Amelia en la que ella se opuso a la propuesta de acercamiento e informó sobre la presunta comisión del delito de abuso sexual del que habría

sido víctima su hijo por parte del padre.

15. En auto de 6 de octubre de 2021, el Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa Marta archivó el incidente de imposición de sanción de multa por desacato. No obstante lo anterior, prohibió a la señora Amelia y a su apoderada interpretar de manera equivocada la sentencia, ya que es suficientemente clara en señalar que se debe permitir “la integración” del niño y su padre.

16. En auto de 6 de marzo de 2023, el Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa Marta requirió a la señora Amelia a “CUMPLIR las órdenes proferidas en la sentencia del 23 de febrero de 2021, en cuanto a prestar toda la colaboración al ICBF para lograr un acercamiento entre el niño FELIPE y su padre, so pena de que esta autoridad judicial ejerza en su contra los poderes correccionales (…) previo trámite incidental”, en un término perentorio de cinco días.

1.6. Proceso administrativo de restablecimiento de derechos

17. El 28 de abril de 2021, la Defensora de Familia CAIVAS del Centro Zonal de Santa Marta I del ICBF inició proceso de restablecimiento de derechos y dos días después la psicóloga del centro zonal asignado rindió informe en el que indicó que el niño “siente odio contra su padre, por presunto abuso sexual por parte del progenitor, refería que quiere matar a su papá con un cuchillo y matarse a él mismo después de recordar hechos en entrevista con psicólogo forense el niño refiere que se quería cambiarse de ropa para ir a hablar con Dios y tirarse del segundo piso”. El 26 de abril siguiente, la Defensora de Familia asignó de manera provisional la custodia y cuidado personal del niño Felipe a su mamá.

18. En los informes rendidos el 22 de octubre y 15 de diciembre de 2021, y el 22 de enero de 2022, dentro del proceso de restablecimiento de derechos, se indicó como diagnóstico presuntivo “que el niño fue presunta víctima de acoso sexual infantil (…) hallazgo inicial, con respuestas posteriores al evento por parte del niño como irritabilidad, llanto fácil, flashbacks constantes, temor a permanente o salir solo, conductas agresivas y evitativas y activación emocional y conductual”. Adicionalmente, el psicólogo del ICBF que atendió al niño Felipe evidenció “afectación y desestabilidad en la salud del niño al evocar recuerdos sobre el presunto abuso sexual generado por su progenitor (…) motivo por el cual, no se incluyó al señor Rafael en el proceso de atención psicológica del niño”.

19. El 22 de julio de 2022, la Defensora de Familia CAIVAS del Centro Zonal de Santa Marta 1 cerró el proceso administrativo de restablecimiento de derechos porque la situación de amenaza y vulneración de los derechos del niño Felipe se entiende superada al encargar de su cuidado a la señora Amelia.

20. El 30 de marzo de 2023, la señora Amelia solicitó al ICBF copias del expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos iniciado por esa entidad el 21 de abril de 2021. Al día siguiente, la Defensora de Familia que tuvo el caso dio respuesta a la petición informando que se solicitó en préstamo el expediente porque se encuentra en el archivo del ICBF.

1.7. Otras medidas de protección

21. El 26 de abril de 2023, la Inspectora de Policía Sur – Casa de Justicia de Santa Marta emitió medida de protección a favor de la señora Amelia, y en contra del señor Rafael. Lo anterior, en respuesta a la solicitud de protección elevada por la señora Amelia debido a las constantes persecuciones de las que ha sido víctima, llamadas y extorsiones. Las atribuye al hecho de que el Juez Primero del Circuito de Familia de Santa Marta (sic) haya hecho pública su dirección de residencia dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas para que se surtiera la notificación de la demanda.

2. Solicitud de protección constitucional

22. El 16 de junio 2023, Amelia, en nombre propio y de su hijo Felipe, solicitó la tutela de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción, a la petición y al interés superior de los niños. Dicha vulneración la atribuye, por un lado, al Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta por dos razones: la primera, porque en sentencia proferida el 23 de febrero de 2021 dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas, ordenó el acercamiento entre el niño Felipe y su padre en contra de la opinión del niño y a pesar de existir prueba del riesgo al que lo sometía, incurriendo con ello en defecto fáctico; la segunda, porque no obstante tener la información sobre las solicitudes de medida de protección interpuestas contra el señor Rafael por las amenazas e intimidación realizadas contra la señora Amelia y su familia, el Juez habría facilitado el acceso a la información sobre el lugar de su residencia permitiendo conocer su ubicación y exponiéndolos a mayor riesgo. Por otro lado, al ICBF en tanto no dio respuesta a la petición realizada el 30 de marzo de

2023 por la señora Amelia de entregar copia del expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos identificado con el radicado Nro. 22222222.

23. Considera que la orden de promover el acercamiento entre padre e hijo contenida no solo en la sentencia sino en los incidentes de desacato que se iniciaron por su "incumplimiento", desconoce de manera terca, peligrosa y presuntamente corrupta, el acervo probatorio. Por tanto, solicitó ordenar al Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa Marta: (i) abstenerse de emitir autos que ordenen el acercamiento entre el niño Felipe y su padre hasta que el ICBF cierre el proceso de restablecimiento de derechos y se reciban las valoraciones psicológicas que ha hecho la entidad; (ii) abstenerse de tener una posición hostil, temeraria y dominante en contra de ella pues con "abuso de poder y posición dominante", ha ordenado apertura de incidente de desacato al estar preocupado por los derechos del padre pero no del niño; y (iii) certificar el arraigo que tiene el señor Rafael. Asimismo, solicitó informar al señor Rafael que se abstenga de rondar la casa y espacios que frecuentan la señora Amelia y el niño Felipe, hasta que la Fiscalía 17 CAIVAS de Cúcuta se pronuncie sobre el proceso penal en contra del señor Rafael. Finalmente, solicitó ordenar al ICBF que le entregue copia del expediente administrativo del procedimiento de restablecimiento de derechos del niño Felipe.

3. Trámite procesal de instancia

24. La solicitud de tutela fue repartida a la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta que, mediante auto de 14 de junio de 2023, la admitió y le dio traslado al Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa Marta. En esa providencia también se ordenó la vinculación procesal del señor Rafael, la señora Cristina, el INMLCC, el ICBF, la Defensora de Familia CAIVAS del Centro Zonal de Santa Marta 1, la Comisaría de Familia del Barrio Panamericano (Cúcuta), la UARIV, el Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta en Oralidad, la Casa de Justicia de Santa Marta, la Policía Metropolitana de Santa Marta, la Fiscalía Local 17 CAIVAS Cúcuta, el psicólogo Oscar Javier Vargas, la trabajadora social Arleth María Montiel, y la psicóloga Ledys Barreto.

4. Oposiciones e intervenciones en instancia

25. El Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta indicó, entre otras, que: (i) en el informe del investigador de campo que obra en el proceso penal ante Fiscalía 17 Local de

CAIVAS de Cúcuta, se indicó que el niño Felipe no hizo manifestaciones relacionadas con abuso sexual; (ii) en la sentencia que se reprocha, proferida en el proceso judicial de reglamentación de visitas, se ordenó que la señora Amelia facilitara el acercamiento entre el niño y su padre con el fin de garantizar los derechos del niño a no ser separado de su familia; (iii) no ha recibido dádivas como lo ha señalado de manera temeraria la accionante; y (vi) la tutela no es otra instancia judicial para el proceso judicial de reglamentación de visitas.

26. La Fiscalía 10 Local CAIVAS Cúcuta informó que la noticia criminal por acto sexual con menor de catorce años donde la presunta víctima es el niño Felipe, fue archivada el 28 de octubre de 2022 de manera provisional por atipicidad de la conducta después de la recolección de elementos materiales probatorios. También, que el expediente fue reasignado a esa dependencia el 28 de octubre de 2022, ya que antes estaba siendo adelantado por la Fiscalía 17 Local CAIVAS Cúcuta. En todo caso, señaló que, si surgen nuevos elementos probatorios, se reanudará la indagación mientras no se haya extinguido la acción penal.

27. El Centro Zonal de Santa Marta 1 del ICBF relacionó las actuaciones adelantadas en cumplimiento de la ordena contenida en la sentencia proferida por el Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta el 23 de febrero de 2021. Indicó que hicieron visita domiciliaria a la señora Amelia para promover el acercamiento entre el niño y su padre. Durante la visita, la señora Amelia se indispuso por lo que tuvieron que posponerla para el 6 de junio de 2023, cuando, en la sede del Centro Zonal de Santa Marta 1, se le informó el objetivo de la actuación. La señora Amelia se negó rotundamente a los encuentros ordenados por el Juez e informó sobre los presuntos actos sexuales abusivos cometidos por el señor Rafael en contra de su hijo. Al efecto, aportó copia de la denuncia penal. En la contestación a la solicitud de tutela, el ICBF adjuntó: (i) respuesta de 18 de mayo de 2021, dirigida a la señora Amelia, donde la profesional con funciones de Coordinadora del Centro Zonal Santa Marta 1 indica que durante el proceso de atención psicológica al niño Felipe se evidenció afectación y desestabilidad en la salud mental del niño al evocar recuerdos sobre el presunto abuso sexual cometido por su padre, razón por la cual en el proceso de atención psicológica no se incluyó al señor Rafael; (ii) formato de valoración psicológica del ICBF, de 23 de abril de 2021, donde se indica que “[Felipe] siente odio contra su padre, por presunto abuso sexual del progenitor, refería que quiere matar a su padre con un cuchillo y matarse a él mismo, después de recordar hechos en entrevista forense el niño refiere que se quería cambiarse (sic) de ropa para ir a hablar con Dios y tirarse del segundo piso”; (ii) auto de apertura de

PARD y acta de asignación provisional de custodia y cuidados personales, ambas de 26 de abril de 2021; (ii) informe de seguimiento psicológico al niño Felipe con fecha 16 de junio de 2022; (iii) formato de informe de superación de situaciones que generan ingreso a proceso administrativo de restablecimiento de derechos (PADR), de 30 de junio de 2022; (iv) respuesta fechada el 26 de julio de 2022, en la que la Defensora de Familia CAIVAS del Centro Zonal Santa Marta 1 le responde una petición a la señora Amelia indicando que no puede expedir copias del expediente administrativo porque es información reservada; y, (v) respuesta de la Coordinadora del Centro Zonal I de Santa Marta del ICBF al Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta, fechada 7 de junio de 2023, de acuerdo con la cual la señora Amelia se niega rotundamente al acercamiento porque hay denuncia penal por acto sexual con menor de catorce años en contra del padre del niño Felipe.

28. El INMLCC se opuso a cualquier decisión en contra de esa entidad, ya que de los hechos de la solicitud de amparo no se desprende que haya violado derechos fundamentales. También, remitió copia del informe pericial rendido en el proceso de reglamentación de visitas, con radicado UBSTM-DSMGD-00280-2021 de 10 de febrero de 2021.

29. La UARIV indicó que ninguna acción u omisión de la entidad vulneró los derechos fundamentales de la accionante, ni de su hijo, razón por la cual solicitó su desvinculación del proceso.

30. El Grupo Jurídico de la Dirección Regional de Norte de Santander del ICBF argumentó que no cumple los requisitos de legitimación por pasiva para ser vinculado al proceso de tutela, y relacionó las actuaciones que ante la Regional de Norte de Santander del ICBF se desarrollaron con relación al niño Felipe.

31. La Oficina jurídica de la Caja Honor (Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía) solicitó su desvinculación del proceso por falta de legitimación en la parte pasiva.

32. La señora Cristina, madre de Amelia y abuela de Felipe, informó que fue secuestrada en 2017 y debió desplazarse forzosamente, desde Cúcuta hacia Santa Marta, porque el señor Rafael le informó a una miembro del ELN, “alias Chayita”, que ella había robado a ese grupo armado ilegal. Aseguró que la estrategia del señor Rafael, para poder acceder a su ubicación, fue demandar a su hija para la regulación de visitas de su nieto. Después de que él pudo acceder a su información personal, los extorsionistas la han llamado, le han enviado

mensajes de texto y la han perseguido. Al efecto, adjuntó fotografías de acercamientos a su vivienda en Santa Marta por parte de personas extrañas en horas de la noche, y por el señor Rafael. También, una fotografía fechada 25 de abril de 2023, en la que aparece el señor Rafael cerca al colegio del niño Felipe, y también miembros de la Policía Nacional, después de que fueran llamados por la madre y abuela del niño.

33. La procuradora 25 judicial II para la defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia, la familia y las mujeres de Santa Marta, el 22 de junio de 2022, solicitó que se atiendan en el proceso las valoraciones psicológicas que le han practicado al niño Felipe, las cuales evidencian una afectación en su salud mental al recordar el presunto abuso sexual generado por su progenitor. Lo anterior, para que se proteja el interés superior del niño en los términos del artículo 44 constitucional.

34. El señor Rafael no se pronunció en el proceso de tutela, a pesar de que fue notificado.

5. Decisión judicial objeto de revisión

35. Mediante la sentencia de 28 de junio de 2023 que en esta ocasión se revisa, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en decisión de única instancia, solo amparó el derecho de petición al encontrar que había sido vulnerado por el ICBF por haberse abstenido de entregar copia del expediente administrativo solicitado, así:

“PRIMERO: DENEGAR el amparo pedido al interior de la Acción de Tutela impetrada por AMELIA, en representación de su menor hijo, contra el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE SANTA MARTA, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CONCEDER el amparo al derecho fundamental de petición y, en consecuencia, ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL MAGDALENA que, dentro del término de 48 horas siguientes, contadas a partir de la notificación respectiva, proceda emitir respuesta frente a la petición de la señora AMELIA sobre la copia del expediente Historia de Atención No. 1011101111 y Radicado SIM No. 22222222.

TERCERO: NOTIFICAR esta determinación (…)”.

36. Para negar la protección de los derechos que se alegaron en la solicitud de tutela contra el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta, el Tribunal indicó que, al momento

de ordenarse el acercamiento entre el señor Rafael y su hijo, no existía decisión de fondo en la indagación penal adelantada por el delito de acto sexual con menor de catorce años que, en todo caso, fue archivada provisionalmente por la Fiscalía 10 Local CAVIAS Cúcuta. En consecuencia, lo decidido en la sentencia reprochada no fue arbitrario ni tiene defecto alguno ya que pretende un acercamiento entre el padre y el hijo con vigilancia del ICBF, y no existe decisión penal de fondo que impida la recuperación de la relación entre ellos.

37. La decisión de primera instancia no fue impugnada.

6. Cumplimiento de la sentencia de tutela de instancia

38. El ICBF, el 5 de julio de 2023, dio cumplimiento a la orden contenida en la sentencia proferida por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, con el envío a la señora Amelia de la copia del expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño Felipe.

7. Selección y reparto del expediente

39. Según consta en Auto de 26 de septiembre de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Nro. 9 seleccionó el caso de la referencia y lo repartió a la Sala Sexta de Revisión para su sustanciación.

8. Pruebas practicadas en sede de revisión de tutela

40. Mediante auto 2761 de 3 de noviembre 2023, el magistrado sustanciador ordenó la práctica de pruebas e informó a las partes que, una vez recibidas, se pondrían a su disposición. A su vez, ordenó al Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta y al ICBF que, como medida provisional, suspendan el cumplimiento y ejecución de las órdenes contenidas en la sentencia proferida dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas que hoy se reprocha, consistentes en el “acercamiento y reconocimiento” entre el niño Felipe y su padre hasta que esta Sala profiera una decisión en el expediente de tutela.

41. El 30 de noviembre de 2023, la Secretaría General de la Corte Constitucional allegó al despacho del magistrado sustanciador el informe de ejecución del mencionado auto.

8.1. Información aportada por la Inspección de Policía Sur – Casa de Justicia de Santa Marta

42. En mensaje de 23 de noviembre de 2023, el Inspector de Policía Sur – Casa de Justicia de Santa Marta allegó copia de las medidas de protección otorgadas a favor de la señora Amelia en virtud del artículo 133 de la Ley 906 de 2004 y la Ley 1448 de 2011, el 6 de junio de 2022 y el 26 de abril y 22 de noviembre de 2023, para enfrentar cualquier riesgo o amenaza que provenga del señor Rafael.

8.2. Prueba practicada por el Centro Zonal Santa Marta 1 del ICBF – entrevista al niño Felipe por el equipo psicosocial de la entidad

43. Entre las pruebas ordenadas en el auto 2761 de 3 de noviembre de 2023 estaba la realización de una entrevista por parte de un equipo psicosocial del ICBF, para indagar sobre la opinión del niño Felipe sobre (i) su padre; (ii) la posibilidad de tener con él una relación familiar actual o futura; y (iii) las condiciones familiares actuales con su madre y su abuela.

44. El informe fue remitido el 21 de noviembre de 2023, por el equipo psicosocial conformado por una defensora de familia, una psicóloga y una trabajadora social. En relación con la opinión que el niño tiene de su padre, se lee: “Mi papá es malo, me regañaba, me pegaba y me maltrataba y me hacía sufrir mucho -agacha la cabeza- y también me hacía abuso sexual- y también era tacaño porque le pedía cosas y no me daba además creo que es ladrón”. En relación sobre la posibilidad de tener una relación cercana con su padre, sostiene: “No, cero, no quiero volver a ver nunca a mi papá, no quiero jamás, jamás volver a encontrarme con él”. Lo anterior, ni en la actualidad ni en el futuro, pues: “él es malo, uno con malos no se encuentra nunca, yo no quiero volverlo a ver o hablarle”. Por último, al ser interrogado sobre la vida con su madre y su abuela, contestó: “Es muy buena [su vida con ellas] mi abue me quiere mucho es cariñosa, amorosa siempre me da la razón y prepara muy buena comida – sonríe y se pasa la mano por el área abdominal realiza un gesto de satisfacción. Mi mamá nunca me regaña ella siempre habla conmigo me da consejos y pone unas reglas muy simples que son 1. Hacer las tareas, 2. Ir al colegio y 3. Ver youtube solamente los fines de semana. A mí me gusta vivir con ellas me siento muy feliz al lado de mi mamá y mi abuelita, ellas me cuidan mucho”.

8.3. Información aportada por Defensoría de Familia del Centro Zonal Santa Marta 1 ICBF

45. En comunicación de 21 de noviembre de 2023, la defensora de familia del Centro Zonal Santa Marta 1 del ICBF informó que luego de que se emitiera la orden de “acercamiento y

reconocimiento” contenida en la sentencia proferida el 23 de febrero de 2021 por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta, se ordenó medida provisional de restablecimiento de derechos en favor del niño Felipe contenida en auto de 4 de mayo de 2021, y su ubicación en el programa de apoyo especializado de la Fundación Rehabilitación Integral. La Fundación, a través de la psicóloga responsable del asunto, concluyó que el niño se reconoce como víctima de violencia intrafamiliar y sexual por parte su progenitor, razón por la cual no acepta la figura paterna o cualquiera que quiera ejercer ese rol. Concluyó que “Tener contacto con el progenitor en las actuales circunstancias, es lesivo para los potenciales de desarrollo del niño”. Sostuvo que esa información se remitió al Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta, con sus anexos, mediante oficio de 19 de agosto de 2022.

46. Además, el 22 de noviembre de 2023, la Defensora de Familia del Centro Zonal Santa Marta 1 ICBF remitió a la Corte copia del expediente del proceso de restablecimiento de los derechos del niño Felipe.

8.4. Información aportada por la Fiscalía 10 Local CAIVAS Cúcuta

47. El 22 de noviembre de 2023, la Fiscal 10 Local CAIVAS Cúcuta envió copia de la indagación previa que se adelantó contra el señor Rafael por la presunta comisión del delito de acto sexual con menor de catorce años contra su hijo.

8.5. Información aportada por la Fiscalía 19 Local Querellables de Cúcuta

48. El 30 de noviembre de 2023, la Fiscalía 19 Local Querellables de Cúcuta remitió copia de la indagación previa que se adelantó contra el señor Rafael por la presunta comisión del delito de violación de habitación ajena.

8.6. Información aportada por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta

49. El 27 de noviembre de 2023, el citador de la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta compartió vínculo para consulta íntegra del expediente de tutela que está siendo objeto de revisión.

8.7. Información remitida por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta

50. La Secretaría del Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta remitió mensaje, el 9 de noviembre de 2023, en el que informó que el Juez ordenó en auto de la misma fecha obedecer y cumplir la orden emitida por la Corte Constitucional en auto 2761 de 3 de noviembre de 2023 de suspender, como medida provisional, el cumplimiento y ejecución de la orden contenida en la sentencia proferida dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas que hoy se reprocha, consistente en promover el "acercamiento y reconocimiento" entre el niño Felipe y su padre hasta que esta Sala profiera una decisión en el expediente de tutela.

8.8. Información remitida por Amelia

51. El 15 de noviembre de 2023, la accionante envió copia de la media de protección que le otorgó el Inspector de Policía Sur – Casa de Justicia de Santa Marta el 22 de abril de 2022 para enfrentar cualquier riesgo o amenaza que provenga del señor Rafael.

8.9. Pronunciamiento de la tutelante sobre las pruebas practicadas

52. El 29 de noviembre de 2023, la señora Amelia se pronunció sobre las pruebas aportadas al expediente. Manifestó que (i) debe respetarse la voluntad del niño Felipe de no volver a ver a su papá; (ii) tiene temor de que una decisión judicial en contra de su hijo genere una retaliación del padre; (iii) el señor Rafael le escribe mensajes solicitando verse con ella, "renunciando al niño", pero que ella siente temor de un encuentro personal por su carácter y agresividad; (iv) si la Corte decide en contra de las pretensiones, solicita que se asigne una persona para que le explique la decisión al niño Felipe; (v) el 4 de julio de 2023, en correo electrónico enviado a la Fiscalía 10 Local CAIVAS Cúcuta, solicitó la reactivación de la indagación penal contra el señor Rafael por acto sexual con menor de catorce años, teniendo en cuenta los informes psicológicos que le hicieron al niño en el ICBF y en el INMLCC; y (vi) lo único que desea es proteger a su hijo.

. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

53. La Sala Sexta de Revisión, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo, y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, es

competente para revisar la decisión judicial proferida dentro del proceso de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico y estructura de la decisión

54. El 16 de junio 2023, Amelia, en nombre propio y de su hijo Felipe, solicitó la tutela de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción, a la petición y al interés superior de los niños. Dicha vulneración la atribuye, por un lado, al Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta por dos razones: la primera, porque en sentencia proferida el 23 de febrero de 2021 dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas, ordenó el acercamiento entre el niño Felipe y su padre en contra de la opinión del niño y a pesar de existir prueba del riesgo al que lo sometía, incurriendo con ello en defecto fáctico; la segunda, porque no obstante tener la información sobre las solicitudes de medida de protección interpuestas contra el señor Rafael por las amenazas e intimidación realizadas contra la señora Amelia y su familia, el Juez habría facilitado el acceso a la información sobre el lugar de su residencia permitiendo conocer su ubicación y exponiéndolos a mayor riesgo. Por otro lado, al ICBF en tanto no dio respuesta a la petición realizada el 30 de marzo de 2023 por la señora Amelia de entregar copia del expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos identificado con el radicado Nro. 22222222.

55. La Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por un lado, negó el amparo solicitado contra el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta y, por otro lado, concedió la protección al derecho fundamental de petición que fue vulnerado por el ICBF al no entregar copia del expediente administrativo del procedimiento de restablecimiento de derechos del niño Felipe.

56. En consecuencia, corresponde a la Sala revisar si la sentencia de tutela proferida por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 28 de junio de 2023 debe ser confirmada por estar ajustada a derecho o revocada por carecer de fundamento en los términos de los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Para tales efectos, en el evento en que se decida revocar la decisión de instancia, la Sala determinará (i) si el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta y el ICBF vulneraron los derechos fundamentales de la señora Amelia y de su hijo Felipe; (ii) si el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta desconoció el carácter reservado de

la información de residencia de la accionante; y (iii) si la Fiscalía General de la Nación, con base en el archivo provisional de la investigación, que esa entidad condicionó a la llegada de nuevos elementos al expediente, debe continuar la investigación penal tomando en consideración los hechos y documentación que constan y forman parte de los expedientes remitidos al proceso de tutela y los demás que estime necesarios incorporar a la indagación.

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

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

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

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

60. Bajo tales supuestos constitucionales y los artículos 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, dada la naturaleza judicial de las citadas autoridades puesto que, en tales casos, “la adecuada protección de los principios y valores constitucionales implica un ejercicio de ponderación entre la eficacia de la mencionada acción –presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho, y la vigencia de la

autonomía e independencia judicial, el principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica". Por lo anterior, ha señalado que:

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

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

3.1. De los requisitos generales

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

63. (ii) Inmediatez. Esta exigencia implica acreditar que, atendiendo a la vulneración alegada y a las circunstancias del accionante, la tutela se interpuso en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración. Por tanto, el análisis de su cumplimiento debe realizarse a la luz del principio de razonabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución en cuanto establece que, si bien esta acción puede ejercerse "en todo momento", está establecida para reclamar la "protección inmediata" de los derechos fundamentales. Por tanto, a pesar de no existir un término de caducidad para esta acción, es necesario acreditar que el tiempo transcurrido entre la presunta lesión del derecho y la interposición de la acción corresponda a un plazo razonable, atendiendo a las

circunstancias del caso.

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

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

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

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

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

70. (vi) Relevancia constitucional. La jurisprudencia constitucional ha señalado que este

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

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

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

3.2. De los requisitos específicos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.1. Legitimación en la causa de la parte activa

83. En este caso se cumple este requisito porque la tutela fue presentada por Amelia en nombre propio y, además, si bien no lo menciona de manera explícita, la Sala interpreta que

también lo hace en representación de su hijo Felipe, quien es el niño que estaría sufriendo la afectación a sus derechos fundamentales por la orden de “acercamiento y reconocimiento” con su padre, proferida el 23 de febrero de 2021 por el Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta.

84. La representación legal del niño Felipe por parte de su mamá, se basa en el artículo 306 del Código Civil que otorga la representación de los hijos a cualquiera de los padres. Así mismo, según el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 y la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional que admite la legitimación de los padres como representantes de los menores de edad para interponer acciones de tutela con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de sus hijos. Revisado el registro civil del niño Felipe se verifica que la señora Amelia es su madre y, por lo tanto, actúa como su representante legal. Con ello se acredita el requisito de legitimación por activa.

3.3.2. Legitimación en la causa por pasiva

85. En este caso se cumple este requisito porque la tutela se presentó contra el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta que ordenó el “acercamiento y reconocimiento” entre el niño Felipe y el señor Rafael, en la sentencia que profirió el 23 de febrero de 2021 dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas, durante el cual, además, habría facilitado el acceso a su dirección de residencia exponiendo a la demandante y a su familia a las amenazas y persecuciones de las que han sido víctimas por parte del señor Rafael.

86. También se cumple respecto al ICBF por ser la entidad que no ha entregado la copia del expediente administrativo del procedimiento de restablecimiento de derechos del niño Felipe, a pesar de que la accionante presentó una petición con esa solicitud el 30 de marzo de 2023. El ICBF tiene la competencia para entregar copias de los documentos que posee, en virtud de los artículos 4 y 5 de la Ley 1712 de 2014.

3.3.3. Inmediatez

88. Para la Sala, si bien es cierto que la orden de “acercamiento y reconocimiento” fue proferida inicialmente por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta en sentencia de 23 de febrero de 2021, es importante tener en cuenta, para el análisis del

requisito de inmediatez, que la accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales contra la iteración de los requerimientos del Juez que son los que estarían generando la vulneración continua y actual de los derechos del niño Felipe. Así lo explicó esta Corte en sentencia SU-428 de 2016:

"En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha insistido en que, si bien el artículo 86 de la Constitución Política, señala que la acción de tutela puede ser interpuesta en todo momento, ello no significa que no deba promoverse en un plazo razonable desde el inicio de la amenaza o vulneración pues, de acuerdo con el mismo artículo constitucional, es un mecanismo diseñado para reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales. (…) Así mismo, (…) no es exigible el principio de inmediatez de modo estricto: (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual; y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, hace desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros (…)" (subrayado fuera de texto).

89. Por consiguiente, con respecto a las pretensiones dirigidas contra el Juzgado, la Sala encuentra cumplido el requisito de inmediatez ya que estudiará la afectación de los derechos de Felipe que habría sucedido desde la sentencia de 23 de febrero de 2021 y se ha prolongado hasta el segundo requerimiento que se profirió en auto de 6 de marzo de 2023, con el objetivo de advertir sobre el incumplimiento de las órdenes dictadas con anterioridad.

90. Por otro lado, con relación al derecho fundamental de petición que habría vulnerado el ICBF, la inmediatez también se satisface porque la petición de copias fue presentada el 30 de marzo de 2023, poco más de tres meses antes de radicar la solicitud de tutela.

3.3.4. Subsidiariedad

91. En este caso se cumple con este requisito porque según el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) las sentencias proferidas en procesos judiciales de reglamentación de visitas no admiten recurso ya que se profieren en única instancia. A su vez, los autos que el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta dictó para requerir el cumplimiento de la orden de "acercamiento y reconocimiento" entre

papá e hijo son autos de “cúmplase” que no admiten recursos según el artículo 299 del mismo compendio normativo. Adicionalmente, ninguna de dichas providencias era susceptible de ser recurrida mediante los recursos extraordinarios de casación y revisión, ya que no se cumplían las exigencias previstas en los artículos 334 y 355 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), respectivamente. Por lo anterior, la accionante no tenía otros mecanismos judiciales ordinarios ni extraordinarios para controvertir la decisión del Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta.

92. Frente al derecho fundamental de petición, este requisito también se cumple. La omisión de entregar las copias del expediente solicitado, consolidada el 17 de abril de 2023 al cumplirse el plazo de diez días para entregar la información en los términos del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), no tiene otro mecanismo judicial ordinario o extraordinario de controversia.

3.3.5. Relevancia constitucional

93. La cuestión que se analiza en este caso involucra la protección efectiva de los derechos fundamentales del niño Felipe, en especial al debido proceso, el derecho a ser escuchado en las actuaciones que lo afectan, como también la protección de su interés prevalente y su derecho a una vida libre de violencia. Estos derechos habrían sido transgredidos por la decisión del Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta de ordenar un “acercamiento y reconocimiento” entre el niño y su padre, a pesar de la denuncia de abuso sexual en contra del progenitor y de los informes psicológicos que indican una afectación del niño por el presunto abuso del que ha sido objeto de parte del señor Rafael.

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

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

95. En la solicitud de tutela se identificaron los hechos que originaron la vulneración de los

derechos fundamentales de la señora Amelia y el niño Felipe.

3.3.7. Que la irregularidad procesal tenga incidencia en la providencia

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

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

97. El auto de requerimiento de 6 de marzo de 2023 y la sentencia de 23 de febrero de 2023, proferidos por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta, no corresponden a sentencias de tutela.

98. El 28 de junio de 2023, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por un lado, negó el amparo solicitado contra el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta y, por otro lado, concedió la protección al derecho fundamental de petición que fue vulnerado por el ICBF al no entregar copia del expediente dentro del proceso de restablecimiento de derechos del niño Felipe.

99. Respecto al defecto fáctico en el que habría incurrido el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta, sostuvo:

"(…) Pues bien, relacionado lo obrante dentro del plenario digital, para la Sala no se encuentra acreditado un defecto que abra paso a la concesión del resguardo deprecado, tal como pasa a explicarse.

Es de saber que, si bien existen denuncias en curso contra el señor RAFAEL por ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS y SECUESTRO, no lo es menos que, al momento de proferirse la sentencia que ordenó el acercamiento y reconocimiento del menor con su padre, y actuaciones subsiguientes desplegadas por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta, no existía decisión de fondo, a partir de la cual se desprenda la certeza del delito cometido y que, a su vez, impida la recuperación de la relación personal entre padre e hijo. (…)

Mismo sucede en el particular, pues la competencia para declarar la ocurrencia de un delito es de la Fiscalía General de la Nación y de los jueces de la especialidad penal, y sin un pronunciamiento al respecto, mal haría el juez de familia en dar por hecho la comisión del

tipo penal y emitir decisiones bajo ese criterio incierto.

(…) Lo anterior, tiene consonancia con los procederes arriba relacionados, pues dentro del marco del asunto de regulación de visitas, se está llevando a cabo un proceso de acercamiento con el padre bajo el acompañamiento de las autoridades administrativas respectivas, en el que se han de valorar todos los elementos para arribar a una conclusión que deberá estar justificada en el interés superior del niño, y a la cual, valga aclarar, no puede adelantarse este Cuerpo Colegiado en esta senda constitucional, dado su carácter subsidiario y residual.

Lógica consecuencia de lo hasta aquí esbozado, las gestiones adelantadas por el Juzgado Primero de Familia de Santa Marta no lucen arbitrarias o trasgresoras de las prerrogativas incoadas, ni constituyentes de yerro o defecto alguno que torna viable el amparo solicitado, motivo por el cual, se negará. (…)" (subrayado fuera de texto).

100. Frente a la violación del derecho de petición por parte del ICBF, sostuvo:

"Finalmente, y en cuanto a la queja de la tutelante en cuanto a la petición incoada el 30 de marzo de 2023 al ICBF para el envío del expediente (…) se tiene que, en el decurso de este trámite, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Magdalena, se limitó a solicitar una prórroga de dos días para responder la acción incoada, pero luego de ello no acudió a controvertir los reproches de la accionante, por lo que no existe en el plenario, prueba alguna sobre la satisfacción de aquel pedimento.

Lo antedicho, deja entrever la vulneración del derecho de petición de la señora AMELIA pues, reitérese, su postulación no ha sido atendida, sin que se pueda colegir que la circunstancia informada respecto a la ubicación del expediente justifique la tardanza en la que ha incurrido la autoridad, comoquiera que a la fecha de interposición de este mecanismo constitucional, se ha sobrepasado con creces el doble del lapso inicialmente previsto para las peticiones de documentos, el cual es de 10 días".

101. Revisada la providencia, la Sala avala lo dicho respecto a la vulneración del derecho de petición a cargo del ICBF, pero revocará lo decidido respecto a la ausencia de configuración de defecto alguno porque, contrario a lo dicho por el juez de tutela, la sentencia proferida el 23 de febrero de 2021, y sus autos de seguimiento, sí incurrieron en defecto fáctico al

ordenar el “acercamiento y reconocimiento” entre padre e hijo sin tener en cuenta las pruebas que advertían sobre el riesgo al que con ello se habría sometido al niño Felipe. En el estudio de fondo que lo anterior habilita, la Corte encuentra que el Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta incurrió en defecto fáctico por tres razones.

102. Primero, porque omitió valorar distintas pruebas que obraban en el expediente del proceso judicial de reglamentación de visitas, con las que contaba el operador judicial al momento de tomar la decisión del 23 de febrero de 2021, y que indicaban riesgos graves y ciertos para la integridad y los derechos fundamentales del niño al tener contacto con su padre: (i) la denuncia por acto sexual abusivo con menor de catorce años, radicada ante la Fiscalía General de la Nación el 16 de agosto de 2018, según la cual el niño Felipe pudo haber sido víctima de ese delito por parte de su padre. En la denuncia se indica que el niño “(…) en varias oportunidades se quita los pantalones y se inclina (…)” y que el señor Rafael explica que lo hace para verificar que no hubiera sido violado. Esta denuncia fue aportada al proceso judicial de reglamentación de visitas el 16 de enero de 2021, por la Fiscalía General de la Nación, después de que fuera mencionada en la contestación por parte de la apoderada de la señora Amelia; (ii) las recomendaciones del informe pericial de clínica forense, de 28 de septiembre de 2018, dirigido al proceso penal por acto sexual abusivo con menor de catorce años, donde la profesional forense indica: “Se sugiere valoración por psicología con el examinado [el niño Felipe] y también para la madre, ya que hay historia de una violencia intrafamiliar y maltrato. Se recomienda a la autoridad dar medidas de protección para la víctima y la madre”. Ese informe fue practicado por el INMLCC, ordenado por el Fiscal que llevaba la indagación por acto sexual abusivo contra menor de catorce años, y fue aportado al proceso judicial de reglamentación de visitas por este organismo el 16 de enero de 2021; (iii) el informe de valoración psicológica del ICBF, ordenado por el Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas, con fecha 10 de noviembre de 2020, en el que se indica: “[el niño Felipe] demuestra un comportamiento de rebeldía en contra de su progenitor, manifestando apatía hacia él y sentimientos negativos no deseables. (…) demuestra apatía, alejamiento, sentimientos de tristeza, desvía la conversación cuando le mencionan a su progenitor, se observa tímido”; (iv) “informe de resultados de proceso de atención – restablecimiento de derechos”, de 22 de enero de 2021, en el que la psicóloga indicó: “Descripción del diagnóstico presuntivo: Por ende, a partir de lo hallado en el proceso de valoración, verificado con las diversas estrategias y explicito con anterioridad en los factores de generatividad y vulnerabilidad, se

permite establecer que el niño fue presunta víctima de abuso sexual infantil". El informe fue allegado al proceso judicial de reglamentación de visitas a través de oficio de 19 de agosto de 2021 enviado por la Defensora de Familia del Centro Zonal Santa Marta 1 al Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta; (v) el informe pericial del INMLCC, rendido dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas conforme a solicitud del Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta, fechado 10 de febrero de 2021. En ese informe se indica que el niño manifestó al profesional forense "no quiero visitar a mi papá", "no quiero ver a mi papá porque él es muy malo conmigo, me dice cosas malas, me empuja, me agacha y me toca la cola, me dice que si le digo a mi mamá me pega más duro". También, que "[el padre] no está apto para ejercer el rol de padre, el cual pone en riesgo la seguridad sexual del menor". Por lo anterior, se concluye que "No se recomienda que el señor Rafael tenga un régimen de visitas o de custodia, hasta tanto la fiscalía 17 seccional CAIVAS no tome una decisión de fondo la culpabilidad o inocencia de [los] acto[s] abusivos que recaen [en su contra]"; (vi) apartes del informe forense UBSTM-DSMGD-03330-2018, ordenado por la Fiscalía 17 Local CAIVAS dentro de la indagación por acto sexual contra menor de catorce años, citado en el informe del INMLCC de 10 de febrero de 2021, en el que se citan respuestas del niño Felipe: "[pregunta] Sabes dónde está tu papá?: [respuesta] 'la policía está persiguiendo al ladrón, mi papa es el ladrón….' [tema] Sobre por qué tu papá es un ladrón refiere el examinado: [respuesta] porque me trata mal. Me empujaba y me tiraba al suelo, me quitaba el pantalón y me ponía así (el menor se agacha y se coloca en posición de perrito) me tocaba la cola, me dijo que si le decía a mi mamá el ladrón (el padre) le pegaría más duro";

104. Segundo, porque hizo un uso inadecuado de la facultad de decidir ultra y extra petita. Al respecto, la Sala recuerda que el parágrafo 1 del artículo 281 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) le otorga la competencia al juez de familia para decidir ultra petita y extra petita "(…) cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole".

105. Sin embargo, esta competencia no es una carta blanca para que el operador judicial desconozca el debido proceso de los involucrados en el conflicto de familia, ya que una decisión tomada en ejercicio de esas facultades debe basarse, en todo caso, en las pruebas practicadas y respetar el artículo 29 constitucional. Además, en ningún caso puede ir en contravía del interés superior del niño, niña y adolescente involucrado en el proceso,

garantizado por el artículo 44 constitucional.

106. Así lo sostuvo la Corte en las sentencias T-051 de 2022 y T-028 de 2023, en las que reiteró que la decisión que adopte el juez de familia en ejercicio de esta competencia desconoce el debido proceso cuando: (i) versa sobre asuntos que no fueron debatidos en el proceso y que carecen de cualquier relación con el objeto del litigio; (ii) sea irracional y desconozca el derecho fundamental de alguna de las partes del proceso; y (iii) tenga una disparidad protuberante con lo probado en el proceso, carente de justificación objetiva.

107. Tercero, porque el Juez omitió escuchar la opinión del niño Felipe, no obstante lo cual, resolvió ordenar un "acercamiento y reconocimiento" entre el niño y su padre. Al respecto, la Sala recuerda que el artículo 44 de la Constitución protege varios derechos fundamentales en favor de los niños, niñas y adolescentes, entre los que está el de expresar libremente su opinión. Ese derecho fue reglamentado en la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), que en su artículo 26 consagra la garantía fundamental del debido proceso de los niños, niñas y adolescentes, la cual implica que: "En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta". Dicha garantía también está consignada en el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por la Ley 12 de 1991), interpretada por esta Corte en la sentencia C-452 de 2020, en la que se precisó que la libertad de los niños, niñas y adolescentes para expresar sus opiniones debe ser libre, sin influencias ni presiones:

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

108. De esta manera, en toda actuación judicial o administrativa que pueda afectar los intereses o derechos fundamentales de un niño, niña o adolescente, se debe garantizar la expresión de sus opiniones, realizando todas las acciones necesarias para que la recepción

de dicha opinión sea acorde con su edad y desarrollo, en un ámbito seguro y respetuoso. Así mismo, esta garantía también implica que las autoridades deben escuchar, de manera respetuosa y atenta, la opinión expresada y deben valorarla de manera integral como una prueba adicional junto a las demás pruebas que obren en el expediente para tomar una decisión que proteja el interés superior del niño, niña o adolescente, en los términos del artículo 44 constitucional. Este análisis ya fue realizado por la Corte, en la sentencia T-225 de 2022, al decidir un caso análogo al estudiado en esta ocasión:

"En este orden de ideas, cuando existe una medida de protección que busca garantizar la integridad y el bienestar emocional de una niña, su revocatoria y las demás medidas que se adopten en su reemplazo exigen una argumentación rigurosa que demuestre su coherencia con el postulado de la prevalencia de los derechos de las niñas y niños y el principio orientador de su interés superior.

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

109. Las autoridades judiciales y administrativas al escuchar a los niños, niñas y adolescentes deberán tener en cuenta su edad y madurez para la valoración del testimonio.

110. En el presente caso, si bien en la sentencia que se revisa el Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta negó las pretensiones del señor Rafael de fijación de un régimen de visitas, seguidamente ordenó un "acercamiento y reconocimiento" entre padre e hijo con fundamento en sus facultades oficiosas. Sin embargo, para tomar dicha decisión, no indagó

sobre la opinión del niño Felipe sobre un eventual acercamiento con su padre. Para la Sala, así como el juez hizo uso de facultades oficiosas para dictar una orden que no se compadeció de la situación del niño Felipe, así mismo pudo haber hecho uso de esas facultades para oírlo y valorar su opinión junto con las demás pruebas del expediente y tomar una decisión que consultara el interés superior del niño.

111. Por lo anterior, la Sala dejará sin efectos la orden de “acercamiento y reconocimiento” dictada por el Juez Primero de Familia del Circuito de Santa Marta en la sentencia de 23 de febrero de 2021 que hoy se reprocha, por contradecir las pruebas obrantes en el expediente y por no indagar sobre la opinión del niño Felipe referida a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizarían los acercamientos.

112. Ahora bien, dado que los jueces de familia deben desplegar su facultad probatoria con el fin de obtener los elementos necesarios para tomar una decisión en procura de la protección de los derechos de las víctimas de violencia, en especial cuando son niños, niñas o adolescentes por la prevalencia de sus derechos, la Sala considera necesario pronunciarse sobre algunos asuntos adicionales que deben ser corregidos por los operadores de justicia.

4.1. El ámbito de decisión del juez de familia y su distinción con el régimen de responsabilidad penal

113. El derecho fundamental al debido proceso se debe garantizar tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, según el artículo 29 constitucional. Una de las garantías que hacen parte del debido proceso es la presunción de inocencia, según la cual toda persona es inocente hasta que se haya declarado judicialmente responsable. Esta garantía, sin embargo, tiene una aplicación independiente en cada régimen jurídico y de responsabilidad aplicable.

114. Por un lado, según los artículos 21, 22, 32 y 34 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), la jurisdicción ordinaria en su especialidad de familia conoce, entre otros asuntos, de las controversias relacionadas con los niños, niñas y adolescentes, y de aquellas surgidas de las relaciones entre los cónyuges, compañeros permanentes y, en general, los miembros de la familia. Al estudiar estos asuntos, el juez de familia muchas veces debe conocer y valorar situaciones de violencia cometidas entre los miembros de la familia y definir las consecuencias constitucionales y legales que esos actos de violencia pueden traer

para las partes del proceso respectivo.

115. Por otro lado, conforme al artículo 4 de la Ley 906 de 2004, en el régimen penal, las sanciones derivadas de la responsabilidad penal cumplen las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Esas sanciones se imponen como último recurso (ultima ratio) por la afectación grave (antijurídica) de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal (Ley 599 de 2000). Lo anterior, porque las sanciones del régimen penal pueden limitar severamente el derecho fundamental a la libertad personal, y aquellos que son conexos al momento del cumplimiento de la pena.

116. En consecuencia, en los procesos judiciales de asuntos de familia, donde se analizan actos de violencia cometidos contra alguno de sus miembros, como lo son los niños, niñas y adolescentes que la conforman, no se busca tener certeza sobre la responsabilidad penal del presunto agresor, sino definir las consecuencias previstas en la Constitución y la Ley por la violencia cometida en el caso concreto y las medidas necesarias a favor de las víctimas.

117. La Corte recordó, en la sentencia T-225 de 2022, la distinción entre el ámbito del proceso de familia y aquel que busca definir la responsabilidad penal:

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

118. De lo anterior también se desprende que, por ejemplo, en los procesos de familia donde se regulan las visitas, la decisión del juez de familia no debe estar condicionada solo al resultado del proceso penal, ya que el ámbito de protección de cada régimen jurídico es independiente. Así lo señaló la Corte en la citada sentencia:

“Se resalta entonces que la garantía constitucional de la presunción de inocencia no implica el deber correlativo de admitir las visitas a un menor por parte de quien ha sido acusado de

abusarlo sexualmente, menos aún, involucra que sólo se puedan suspender tales visitas en el en (sic) que la acusación se compruebe ante un juez penal. Contrario a ello, el examen que deben realizar las autoridades frente al régimen de visitas en estos escenarios se encuentra supeditado a la preservación de la integridad y bienestar del menor en la mayor medida posible, en tanto éste es el principio que orienta la actuación del Estado en favor del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Siguiendo esta misma línea, se enfatiza que el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella es una garantía en cabeza de los menores que no abarca la existencia de un deber de los niños para mantener contacto con quienes podrían ser sus agresores. Así, se concluye que los valores constitucionales que entrarían en conflicto en estos escenarios deben resolverse en favor de los niños (principio pro infans), con el fin de evitar que resulten expuestos a riesgos que podrían resultar altamente perjudiciales para su desarrollo, lo que exige que se adopte un enfoque preventivo y de precaución al respecto".

119. En el presente caso, contrario a lo dicho por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en la sentencia que ahora se revisa, no se requiere la decisión de la Fiscalía General de la Nación o del Juez Penal para dar valor a las pruebas que obran en el expediente del proceso de familia y que alertan sobre la posible comisión de hechos violentos contra un niño o cualquier otro miembro de la familia.

120. El juez de familia, ante la ausencia de una decisión en materia penal, no puede sustraerse de su obligación de valorar las pruebas que obran en el expediente para acreditar si existió o existe riesgo de violencia, o violencia consumada, contra alguno de los miembros de la familia y asignar así las obligaciones y derechos establecidos en la Constitución y la Ley para el caso concreto. La valoración de las pruebas del expediente del proceso de familia, y la conclusión de que existen riesgos para los miembros de la familia, no requieren de ninguna actuación previa de las autoridades en materia penal, ya que las decisiones del juez de familia se toman en un régimen jurídico diferente, no consisten en la declaratoria de responsabilidad penal y no afectarán la presunción de inocencia que pueda tener uno de los involucrados ante las autoridades competentes en esa materia.

121. Estas consideraciones tienen mayor peso cuando se analizan casos de violencia sexual (o de cualquier índole) contra niños, niñas y adolescentes, porque el artículo 44

constitucional le exige al operador judicial tomar todas las decisiones y medidas correspondientes para conjurar, prevenir y sancionar, dentro de sus competencias, dicha violencia. Por lo tanto, el juez de familia desconoce esta norma constitucional cuando, basado en la inexistencia de una decisión en materia penal, no le da valor probatorio a los medios de prueba que indican la existencia de actos de violencia o de amenaza de violencia contra los niños, niñas y adolescentes involucrados en el proceso de familia.

122. Por lo anterior, la Sala reitera que no existe una restricción probatoria o de valoración, en los procesos de familia, que imponga límites al Juez de familia al momento de adoptar las decisiones necesarias para garantizar la integridad y seguridad de los involucrados.

4.2. La orden de desarchivo del proceso penal Nro. 550055005555505505555 por el delito de actos sexuales abusivos contra menor de catorce años

123. La Corte ha indicado que el juez de tutela tiene atribuciones extra petita y ultra petita para dictar el fallo que corresponda al estudio de los hechos y situaciones del caso concreto, y garantizar así la protección y efectividad de los derechos fundamentales involucrados. En la sentencia SU-195 de 2012, señaló que sus decisiones, en materia de tutela, no se restringen a las pretensiones presentadas en la solicitud de amparo: "(…) Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales". Este criterio ha sido reiterado por la Corte en varias decisiones, entre las que están las sentencias T-245A de 2022, T-431 de 2022 y T-283 de 2018.

124. En la solicitud de tutela presentada por la señora Amelia no se discutió el archivo provisional ordenado por la Fiscalía 10 Local CAIVAS Cúcuta, en la indagación penal por acto sexual abusivo con menor de catorce años, adelantada contra el señor Rafael. Sin embargo, teniendo en cuenta que la señora Amelia solicitó la reactivación del caso mediante correo electrónico de 4 de julio de 2023 enviado a la Fiscalía 10 Local CAIVAS Cúcuta, el cual no aparece en el expediente que remitió esa dependencia de la Fiscalía a la Sala como respuesta al auto de pruebas, y, en ejercicio de sus facultades extra petita y ultra petita, la Sala estudiará esa decisión para verificar si garantiza los derechos fundamentales de los

involucrados.

125. En primer lugar, la Sala encuentra que el archivo provisional ordenado por la Fiscalía 10 Local CAIVAS de Cúcuta se sustentó en la presunta atipicidad de la conducta investigada "toda vez que esta investigación solo cuenta con el dicho del denunciante mas no con el de la víctima (…) el menor en su entrevista forense no manifestó ningún (…) tocamiento". En esa decisión también se advirtió: "(…) que la presente decisión hace tránsito a cosa juzgada meramente formal, respecto del delito sexual, por lo que si surgen nuevos elementos materiales probatorios y aún no ha operado la extinción de la acción penal, la indagación se reiniciara (sic) al tenor del art. 79 del C.P.P.) (…)".

126. Ahora bien, llama la atención que, en el expediente de la indagación previa, contrario a lo dicho por la Fiscalía 10 Local CAIVAS de Cúcuta, aparecen dos informes periciales del INMLCC que indican de manera expresa y clara lo dicho por el niño Felipe sobre los presuntos tocamientos de los cuales dice haber sido víctima.

127. En efecto, obra en el expediente informe pericial con fecha 28 de septiembre de 2018, en el que el INMLCC indicó que el niño manifestó "me trata mal (…) me quitaba el pantalón y me ponía así [posición de perrito] me tocaba la cola (…)". También, en informe de 10 de febrero de 2021, se registró que el niño manifestó "no quiero visitar a mi papá", "no quiero ver a mi papá porque él es muy malo conmigo, me dice cosas malas, me empuja, me agacha y me toca la cola, me dice que si le digo a mi mamá me pega más duro".

128. Por lo anterior, la Sala no comprende el archivo provisional ordenado por la Fiscalía 10 Local CAIVAS de Cúcuta, ya que sí existen manifestaciones expresas y claras de la presunta víctima, elementos materiales probatorios que le imponen la obligación a la Fiscalía General de la Nación de continuar con la indagación penal. Como señala el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), el archivo de las diligencias solo es posible cuando no existan motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización de los hechos como delito.

129. Al respecto, es importante recordar que el archivo de las diligencias en materia penal, por parte de la Fiscalía, no reviste el carácter de cosa juzgada y la orden de reapertura de la indagación, en este caso, también se sustenta en los demás elementos materiales probatorios que tiene el ICBF en el expediente del proceso de restablecimiento de derechos

del niño Felipe, los cuales no han sido trasladados al expediente de la indagación penal a pesar de que contienen información relevante que debe ser analizada por la Fiscalía General de la Nación en virtud de los artículos 66 y 114 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal). Sobre esa información que reposa en el ICBF, también llamó la atención la señora Amelia en el mensaje electrónico que le remitió a la Fiscalía 10 Local CAIVAS Cúcuta, el 4 de julio de 2023, pero que no aparece en el expediente que esa dependencia remitió a esta Sala en la etapa de pruebas.

130. Por lo anterior, en protección del interés superior del niño Felipe, se ordenará a la Fiscalía 10 Local CAIVAS Cúcuta que desarchive la indagación adelantada contra el señor Rafael por el delito de acto sexual abusivo contra menor de catorce años, en la que se reporta que aquél es la presunta víctima.

4.3. El riesgo generado por el Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta en Oralidad al exigir certificación de la residencia de la señora Amelia y su familia

131. En la solicitud de tutela, la señora Amelia sostuvo que el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Santa Marta la expuso, junto a su familia, a un grave riesgo de violencia en tanto permitió dar a conocer la ubicación de la residencia en la que se había refugiado precisamente para evitar la persecución y amenaza a la que constantemente se veía sometida por parte del señor Rafael.

132. Según se evidencia en el expediente, la información sobre la residencia de la señora Amelia y su familia fue requerida originalmente dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas en auto de 11 de marzo de 2020, por parte del Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta en Oralidad. Lo anterior, con la finalidad de tener información suficiente para definir la competencia por el factor territorial del proceso judicial que se estaba desarrollando. Conforme al artículo 28 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), en los procesos judiciales de reglamentación de visitas donde una de las partes sea un niño, niña o adolescente, la competencia corresponderá al juez del domicilio o residencia de aquel.

133. La Sala encuentra que dicho requerimiento de información pasó por alto la existencia de una medida de protección ordenada por la Comisaría de Familia Zona Sur de Santa Marta en favor de la señora Amelia y en contra del señor Rafael. La información sobre dicha medida de protección, los antecedentes de actos de violencia cometidos contra la señora Amelia por

parte del señor Rafael, y los riesgos de seguridad que ella ha enfrentado, fueron puestos de presente por su apoderada en la contestación de la demanda de reglamentación de visitas interpuesta por el señor Rafael. Entre estos hechos de violencia sobresale la violación del domicilio de la señora Amelia, por la que el señor Rafael fue capturado en flagrancia el 19 de agosto de 2019. Lo anterior exigía, conforme al parágrafo tercero del artículo 19 de la Ley 1257 de 2008 que implementó medidas sobre prevención y sanción de la violencia y el maltrato contra las mujeres, mantener la reserva de su ubicación física para garantizar así su seguridad y la de su familia.

134. Por lo anterior, el Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta en Oralidad, para definir la competencia territorial del proceso judicial, debió solamente requerir información general sobre el municipio específico donde residía el niño, y no el "domicilio exacto" ni un "certificado de residencia", como lo ordenó en el auto de 11 de marzo de 2020. Lo anterior, ya que la competencia jurisdiccional de los jueces en el país no está dada por la ubicación exacta o específica, es decir la dirección de residencia de la persona, sino por la entidad territorial en donde se encuentra ubicado su domicilio o residencia. Otra alternativa que tenía el Juzgado para garantizar el mandato del parágrafo tercero del artículo 19 de la Ley 1257 de 2008 que establece que "La ubicación de las víctimas será reservada para garantizar su protección y seguridad, y las de sus hijos e hijas", era recibir la información solicitada a la parte accionada y abrir cuaderno separado en el expediente, sujeto a reserva. Con dicha distinción, el acceso a la información específica de ubicación de la señora Amelia habría sido controlada, y así se habría evitado generar mayores riesgos para ella y su familia.

135. De esta manera, la Sala encuentra que la omisión de proteger la información reservada de la accionante violó sus derechos fundamentales a la intimidad, debido proceso y seguridad, ya que generó un riesgo en contra de ella y su núcleo familiar. Para la Sala es de la mayor relevancia que las autoridades, en todos los órdenes, incluyendo las judiciales, adopten -en el marco de sus competencias- todas las acciones necesarias para garantizar que todas las mujeres tengan una vida libre de violencia en cumplimiento del artículo 7 de la Ley 1257 de 2008.

5. Síntesis de la decisión

136. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional revoca el resolutivo primero del

fallo de tutela revisado que negó el amparo del derecho al debido proceso, y en su lugar, concede la protección y deja sin efectos el resolutivo segundo de la sentencia reprochada proferida por el Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa Marta el 23 de febrero de 2021 dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas, por haber incurrido en defecto fáctico.

137. Primero, porque se omitió la valoración de distintas pruebas que obran en el expediente del proceso judicial de reglamentación de visitas que advierten riesgos graves y ciertos para la integridad y los derechos fundamentales del niño al tener contacto con su padre. Segundo, porque hizo un uso inadecuado de la facultad de decidir ultra y extra petita en tanto la orden de provocar un acercamiento entre padre e hijo, no solo puso en riesgo la seguridad del niño Felipe, sino que generó mayor conflicto entre las partes. Y tercero, porque no se escuchó la opinión del niño Felipe para tomar esa decisión.

138. Adicionalmente, la Sala controvierte los argumentos del juez de tutela para reiterar, por un lado, que los procesos de familia no están supeditados a las decisiones dentro de los procesos penales; y por otro, que las autoridades judiciales tienen la obligación de garantizar que todas las mujeres tengan una vida libre de violencia, para lo cual, de ser necesario, deberán mantener la reserva de su ubicación física para garantizar así su seguridad y la de su familia conforme al parágrafo tercero del artículo 19 de la Ley 1257 de 2008 que implementó medidas sobre prevención y sanción de la violencia y el maltrato contra las mujeres. Finalmente, considera necesario ordenar que la Fiscalía 10 Local CAIVAS Cúcuta reanude la indagación adelantada contra Rafael por el delito de acto sexual abusivo contra menor de catorce años, en la que el niño Felipe es presunta víctima de los hechos.

. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el resolutivo primero de la sentencia de tutela proferida el 28 de junio de 2023 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en cuanto negó el amparo solicitado, conforme a las consideraciones expuestas en esta

providencia. En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado y DEJAR SIN EFECTOS el resolutivo segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa Marta el 23 de febrero de 2021 dentro del proceso judicial de reglamentación de visitas, por haber incurrido en defecto fáctico.

SEGUNDO. REMITIR, por Secretaría General, a la Fiscalía 10 Local CAIVAS Cúcuta con destino a la indagación 550055005555505505555 adelantada contra Rafael por el delito de acto sexual abusivo contra menor de catorce años, copia de la presente providencia y del expediente de tutela, así como del expediente del proceso de restablecimiento de derechos ante el ICBF, a efectos de que continúe la investigación tomando en consideración los hechos y documentación que constan y forman parte de los expedientes remitidos y los demás que estime necesarios incorporar a la indagación.

TERCERO. ORDENAR al Juzgado Primero del Circuito de Familia de Santa Marta, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Fiscalía Gener