

Expediente T-8.993.278

M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera

Página de

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Concede amparo, medida provisional desconoció el interés superior del niño

... la Comisaría de Familia accionada vulneró el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella de Andrés y su madre María, a través de las medidas provisionales de restablecimiento de derechos de retiro preventivo del entorno materno y reubicación en un centro de emergencia de menores... la decisión... fue irrazonable y desproporcionada y, por ello, configuró una vulneración de derechos... varias de las premisas expuestas en la decisión carecen de fundamento y que los argumentos expuestos no denotan la proporcionalidad de las medidas.

SUBSIDIARIEDAD RESPECTO DE LOS MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA JUDICIAL EN MATERIA DE FAMILIA

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional/NIÑOS Y NIÑAS-Sujetos de especial protección constitucional

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Accionada dio respuesta de fondo al derecho de petición, antes de la expedición del fallo de instancia

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Configuración

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

DERECHOS DEL NIÑO Y DE LOS PADRES A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA

Y UNIDAD FAMILIAR-Medidas que se adopten en proceso de restablecimiento de derechos deben ser proporcionales y razonables de acuerdo al interés superior del niño

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Situaciones que justifican la separación de los niños de su entorno familiar

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO CON FINES DE RESCATE DE MENOR-Circunstancias que dan lugar a la medida

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Deber de autoridades judiciales de dar prelación al interés superior del niño

SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL-Concepto

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Circunstancias que deben evaluarse en proceso de restablecimiento de derechos, antes de ordenar la separación del entorno familiar

(i) debe estar precedida de un examen integral y objetivo de elementos suficientes que permitan evidenciar la posible manipulación o alienación del hijo por uno de sus padres en perjuicio del otro progenitor; (ii) debe responder a la lógica de gradación de las medidas, para lo cual debe contemplar un abordaje psicosocial antes de tomar una medida más drástica; (iii) debe ser proporcional; (iv) debe adoptarse por un término razonable; (v) debe ser excepcional y dar cuenta de que la familia no es apta para cumplir sus funciones básicas; (vi) debe estar justificada en el interés del niño; (vii) no puede basarse únicamente en la falta de recursos económicos de la familia; y (viii) no puede suponer una desmejora en la situación del niño.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Séptima de Revisión

SENTENCIA T-181 DE 2023

Ref. Expediente T-8.993.278

Acción de tutela interpuesta por María, en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad Andrés, en contra de la Comisaría Segunda de Familia de Envigado (Antioquia).

Magistrada sustanciadora

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Paola Andrea Meneses Mosquera, quien la preside, así como por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la sentencia de 4 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Envigado (Antioquia), que confirmó el fallo proferido el 5 de julio de 2022 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Oralidad del mismo municipio, en el expediente T-8.993.278.

Aclaración previa. Debido a que la acción de tutela sub examine tiene que ver con la situación de una persona menor de edad, la Sala de Revisión considera pertinente emitir dos copias del fallo; una que tendrá los nombres del niño y sus familiares y reposará en el expediente y otra en la que se reemplazarán los nombres del niño y el de sus familiares, en aras de proteger la identidad de aquél dado que esta sentencia será publicada en la página web de la Corte. Lo anterior, con fundamento en los artículos 33 de la Ley 1098 de 2006 y 62 del Acuerdo 02 de 2015 y la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Presidencia de la Corte Constitucional.

Hechos

1. 1. El 30 de diciembre de 2016, nació Andrés, como fruto de la relación entre María y

Pedro. Antes del nacimiento de Andrés, sus padres decidieron “no continuar con el vínculo de pareja”.

2. Mediante oficio de 18 de junio de 2021, la coordinadora (e) del Centro Zonal Aburra Sur del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar remitió el caso relacionado con el niño Andrés a la Comisaría Segunda de Familia de Envigado (en adelante, la comisaría), teniendo en cuenta que el 12 de junio anterior

Se comunica el [...] medico [sic] de consulta externa del CIS Confama [sic] de Envigado [...] con el fin de reportar el caso de [Andrés]de 4 años, [...] quien asiste a consulta externa el día de hoy 12/06/2021, en compañía de la progenitora, [...] teniendo en cuenta que sospecha que su hijo fue víctima de violencia sexual por parte del progenitor, [...] con quien el niño estuvo compartiendo durante un fin de semana hace aproximadamente un mes y a partir de ello ha venido presentando cambios de comportamiento como que ha estado irritable, de caído [sic], con pesadillas nocturnas, llanto y algo agresivo, frente a ello el infante como tal no describe el evento, lo único que dijo fue que el papá era malo pero, que no podía contar lo sucedido, la progenitora dice que en su momento el niño presento eritema perianal, pero, funcionario aclara que como ha pasado un mes del presunto suceso no evidencia “lección a sugerir” [sic] como penetración, no obstante, si presumen la situación de violencia sexual hacia el niño por los cambios de comportamiento.

3. El 7 de julio de 2021, el comisario Segundo de Familia de Envigado ordenó la “verificación del estado de cumplimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte del(as) Área de Trabajo Social y de Psicología del Despacho, de la cual emitirá(n) concepto sobre la(s) situación(es) hallada(s) y señalará(n) las recomendaciones del caso” (énfasis original).

4. El Área de Psicología de la comisaría llevó a cabo las siguientes diligencias: (i) el 13 de julio de 2021, realizó entrevista a la accionante “en visita de verificación”; (ii) el 21 de julio de 2021, efectuó entrevista al niño Andrés; y (iii) el 13 de agosto de 2021, entrevistó al padre del niño.

5. Los días 10 de diciembre de 2021 y 5 de enero de 2022, la accionante presentó por escrito “solicitud de una copia de la historia con número 24931”. En ambos escritos indicó que el asunto se adelantaba en la comisaría “desde junio de 2021”.

6. El 16 de febrero de 2022, el Área de Psicología de la comisaría emitió el informe de verificación de garantía de derechos de Andrés. En este se concluyó, entre otras cosas, que (i) desde la narrativa de la progenitora, se identifican aspectos que no permiten el desarrollo y afianzamiento de la “relación padre e hijo y demás familia paterna”, incidiendo esto en “que en la primera ocasión que el progenitor comparte con el niño de manera individual, la progenitora identifique factores de riesgo, aun cuando el discurso [del menor] no es concordante con dichas manifestaciones”; (ii) desde la narrativa del niño “no se identifican elementos que den cuenta de una vulneración de los derechos dentro del entorno paterno o por el progenitor, o de manifestaciones que evidencien el desagrado a compartir con la figura paterna”; y (iii) como factor de riesgo, se evidencia la amenaza del derecho a tener un familia y a no ser separado de ella “en contexto con la relación parento filial paterna”.

7. Con base en lo anterior, la referida dependencia recomendó (i) que los progenitores surtieran un entrenamiento sobre “pautas de crianza, comunicación asertiva, adecuado manejo de las emociones, que permitan modificar los comportamientos que actualmente se identifican, especialmente en la figura materna, que están incidiendo en las dinámicas relaciones de [Andrés] con el progenitor”; (ii) establecer un “acuerdo del régimen de visitas y cuota de alimentos”; y (iii) sensibilizar a los padres para que las dificultades frente a los estilos de crianza y apegos no interfieran en las dinámicas del niño “con sus demás figuras de referencia”.

8. El 10 de marzo de 2022, la accionante presentó a la comisaría derecho de petición, a través del cual solicitó la copia de varios documentos de “la historia número 24931”.

9. El 18 de marzo de 2022, ante la comisaría se llevó a cabo audiencia de conformidad con el trámite previsto por el parágrafo 3º del artículo 52 de la Ley 1098 de 2006. Primero, mediante “acta de amonestación” se hicieron advertencias a los padres, “en especial la madre”. En seguida, se corrió traslado del informe de verificación de garantía de derechos elaborado por el Área de Psicología de la comisaría y, luego, se hicieron varias recomendaciones a los progenitores. Luego, en la etapa conciliatoria, las partes acordaron el régimen de alimentos y visitas. A esta diligencia la señora María asistió en compañía de una abogada y entregó a la comisaría la historia clínica de su hijo expedida por la EPS, en la que se resumen veinte (20) sesiones de “psicología”.

10. El 31 de marzo de 2022, por correo electrónico, María reiteró las peticiones elevadas el 10 de diciembre de 2021, 5 de enero y 10 de marzo de 2022, aunque amplió los documentos cuya copia requería. Asimismo, expresó su inconformismo con las determinaciones tomadas en la audiencia del 18 de marzo anterior. Entre otras cosas, pidió explicación sobre la decisión adoptada, de modo que pudiera “estar tranquila de que no se est[uviera] vulnerando la integridad de [su] hijo”. Ese mismo día, el comisario dio respuesta por correo electrónico. En esta respuesta (i) indicó la forma como podía acceder a las copias; (ii) afirmó que “no todos los casos de presunto abuso deben ser remitidos a [la fiscalía] cuando no existe referencia de daño físico”; (iii) requirió a la accionante para que se abstuviera de “continuar intentando afectar la relación paterno filial, so pena de la adopción de medidas de restablecimiento más profundas”; (iv) señaló que el no trámite expedito del asunto obedeció a que el despacho “está congestionado y se prioriza aquellos casos en que de la misma SI se evidencie vulnerador” ; y (v) explicó que la conciliación se había surtido voluntariamente.

11. El 2 de mayo de 2022, un nuevo apoderado de la accionante solicitó a la comisaría (i) copia íntegra de la historia 24931 y (ii) que se le informara “si en Esa Dependencia [sic] se ha o se viene tramitando Proceso Administrativo (vulneración de derechos) en lo que respecta al [menor], distinto al radicado de la referencia” y, de ser así, expedir copia del mismo. En esa misma fecha, medicina general de la UT San Vicente CES CIS Envigado remitió correo electrónico a atención al ciudadano del ICBF en el que indicó “[c]omento caso de código fucsia quien requiere seguimiento psicológico”, el cual se allegó a la historia que reposa en la comisaría.

12. Mediante auto de trámite 007 de 20 de mayo de 2022, el comisario Segundo de Familia de Envigado consideró que era “indispensable dilucidar el origen de dicha atención médica, previo a reiniciar verificación alguna por parte del equipo interdisciplinario de esta Comisaria, y de cara a los antecedentes ya establecidos dentro de la Historia Familiar”. Así, entre otras cosas, ordenó a la médico general que remitió el correo de 2 de mayo suspender “cualquier actividad [...] que revictimice al niño”. Esto, tras considerar que la profesional de medicina no tiene “el contexto actualizado” en relación con el niño Andrés. De igual forma, ese mismo día, el comisario de familia dio respuesta a la solicitud presentada el 2 de mayo por el apoderado de la accionante.

13. El 31 de mayo de 2022, el apoderado de la señora María requirió, entre otras cosas: (i)

“[q]ue se suspendan las visitas [...] fijadas el 18 de marzo de 2022 [...]” (énfasis original) y (ii) oficiar a la médico general de la UT San Vicente CES CIS Envigado para la “continuación del o de los tratamientos que se venían dando en favor del bienestar de [Andrés], pues [...] no obra en el expediente una prueba considerable que haya soportado” la orden de suspensión de la referida atención médica. A juicio del apoderado, los antecedentes del caso darían cuenta del presunto abuso sexual del que supuestamente fue víctima el niño Andrés por parte de su padre; “prueba documental que en su momento no se tuvo en cuenta y otras que no poseía esa Judicatura para la regulación de visitas por parte de papá de [Andrés]o”. A esta solicitud se adjuntaron, entre otras, copia de las denuncias penales instauradas, por una parte, el 13 de abril de 2022 –por hechos presuntamente ocurridos entre el 15 y 16 de mayo de 2021 al parecer constitutivos de delito sexual– y el 27 de abril de 2022 –por hechos de presunta connotación sexual perpetrados entre el 23 y 24 de abril de 2022–, ambos supuestamente por el padre del niño.

14. El 8 de junio de 2022, la Comisaría Segunda de Familia de Envigado profirió auto de apertura de investigación en proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Para el comisario, el caso presentaba características de “Obstaculización Parental [sic]”. Esta autoridad argumentó lo siguiente.

i. (i) A su juicio, las pruebas de la historia familiar daban cuenta de una relación conflictiva entre los padres, “consecuencia de actitudes de la madre” encaminadas a dificultar la existencia de una relación del niño con su padre “al punto que la situación podría encuadrarse en lo que se conoce como Interferencia Parental”.

ii. (ii) La madre ha manejado “de forma maliciosa la información” y su constante ha sido insistir “en generar el inicial falso positivo”.

iv. (iv) Suscita dudas el discurso de la madre frente a la supuesta violencia sexual. Pues, “al momento de conciliar las visitas” esta tuvo actitud pasiva y “ambigua apertura”. Según el comisario, la accionante entregó la historia clínica de su hijo con la intención de que el despacho decidiera “no reconocer al padre y al hijo sus visitas”.

v. (v) Resaltó, de un lado, la “forma restrictiva y condicionada con que se mantenían previamente las visitas en donde la madre”. Y, de otro lado, lo laxo que en su criterio “fue el personal médico [...] frente al presunto discurso del niño o mejor de la madre”, lo que

permite inferir “una Obstaculización, Interferencia o Alienación Parental”.

vi. (vi) La actora “se quiere presentar como una madre protectora y abnegada”, pero enfermedades como Balanitis y Fimosis, según argumentó, “se dan [...] más por desaseo del miembro viril que por abuso”.

vii. (vii) Ante una denuncia por posible abuso las “autoridades deben estar atentas a brindar al NNA todas las herramientas de protección”. Sin embargo, expuso que las figuras del abuso sexual o acceso carnal también son usadas “para separar a un padre o madre de su hijo, de allí que todo el Contexto [sic] debe ser evaluado”. Para la comisaría, en el presente caso se evidencia “la urgencia de la madre en dejar al padre de lado frente a su hijo, bajo la figura de la Violencia Sexual”.

viii. (viii) En suma, para esta autoridad, “desde la verificación de los Derechos del niño por parte del área de Sicología, y a partir de lo igualmente observado en la Audiencia de Amonestación y en la misiva del día 31 de marzo de hogaño, se observa plena conciencia y compromiso negativo de la madre para afectar, restringir y obstaculizar mediante la interposición de denuncias y quejas sin asidero”.

15. Teniendo en cuenta lo anterior y que el niño “en todo momento ha estado expuesto a los supuestos, informaciones y declaraciones de la madre ante los profesionales que han determinado la posibilidad de Abuso Sexual”, el comisario ordenó el “retiro preventivo” de [Andrés] del “entorno materno”. En consecuencia, dispuso su reubicación en un centro de emergencia hasta que se realizara la valoración de garantías de derechos por parte del despacho, de conformidad con el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006. El comisario también, entre otras cosas, (i) dispuso la práctica de pruebas; (ii) ordenó a la señora María abstenerse de seguir “incurriendo en conductas que generen detrimento a la relación Paterno – Filial”, contribuir a la estructuración de una “sana relación paterno filial” y cesar cualquier acto que afecte al niño especialmente psicológicamente; (iii) dispuso la realización de visitas por parte de sus padres “diferenciales y especialmente supervisadas con su hijo”; y (iv) decidió abstenerse “de coadyuvar denuncia por presunta violencia sexual”.

2. Acción de tutela: pretensiones y fundamentos

16. El 17 de junio de 2022, María, en nombre propio y en representación de su hijo Andrés,

por conducto de apoderada, instauró acción de tutela en contra de la comisaría. La accionante solicitó el amparo de “los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familiar [sic] y no ser separado de ella”. En el escrito de tutela, expuso los siguientes reparos en relación con la forma como la comisaría había dado trámite al caso en relación con su hijo.

i. (i) La valoración psicológica efectuada por el Área de Psicología de la comisaría era insuficiente para descartar un posible abuso sexual y determinar el régimen de visitas. Esto, dado que se limitó a efectuar entrevistas semiestructuradas “con una duración aproximada de 5 minutos”, sin aplicar otras herramientas como “pruebas psicométricas y test pertinentes”, ni “indagó antecedentes de violencias sexuales sobre la madre por parte del padre del menor ni los motivos de sus sospechas y temores”. En consecuencia, a juicio de la accionante, no había elementos suficientes “para que el comisario de familia fundamentara sus decisiones con base en una alienación parental de la madre sobre el menor”, aunado a que en la valoración psicológica no se concluyó que esta existiera.

ii. (ii) No recibió respuesta a sus derechos de petición.

iii. (iii) Acudió a la diligencia del 18 de marzo de 2022 sin conocer el objeto de diligencia y sin “previo traslado de las actuaciones realizadas en el trámite del proceso”.

iv. (iv) En la referida diligencia, en criterio de la accionante, a) la comisaría consideró que la presunta violencia sexual “era objeto de conciliación”, b) pasó a ser considerada “la presunta agresora”, tras una interpretación ligera y “apreciaciones subjetivas del Comisario”, c) se vio presionada a conciliar so pena de la apertura de un proceso que supondría la “sustracción del menor de su entorno maternal” y no tuvo debida asesoría por su apoderada; y d) no fue debidamente informada acerca del proceso y los recursos que podía ejercer.

v. (v) En el correo electrónico de 31 de marzo de 2022 el comisario reveló su parcialidad “en contra de la madre del menor en el proceso administrativo” y “falta de enfoque diferencial y de género”.

vi. (vi) A través del auto de 8 de junio de 2022, se ejerció “violencia institucional [...] al adoptar la medida provisional extrema y desproporcional de [sustraer al menor] de su núcleo maternal de apoyo, bajo una falsa motivación y sin criterios objetivos que den cuenta de su

necesidad”, al igual que se desconoció “el enfoque de género y diferencial”.

17. Con base en lo anterior, la accionante elevó las siguientes pretensiones.

- i. (i) “[D]ejar sin efecto la medida provisional que [sustrajo] al menor [...] de su núcleo familiar materno y disponer el reintegro inmediato del niño al domicilio de su madre”.
- ii. (ii) Remitir el caso a otra comisaría del municipio de Envigado, “debido al conflicto de intereses [,] la vía de hecho probada con la presente acción [y] a fin de garantizar la efectiva verificación de derechos del menor”.

3. Respuesta de las entidades accionadas

18. Inicialmente, la juez de primera instancia ordenó vincular al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF), a la EPS Sura, a la E.S.E Hospital Manuel Uribe Ángel y a la Alcaldía de Envigado. Luego, dispuso la vinculación de la Personería de Envigado y el señor Pedro. No obstante, en el fallo de primera instancia dicha autoridad decidió desvincular a las entidades y personas previamente señaladas. Teniendo en cuenta lo anterior, por razones metodológicas y atendiendo la pertinencia de resaltar las intervenciones más relevantes, la Sala de Revisión procederá a resumir únicamente las respuestas remitidas por la Comisaría Segunda de Familia de Envigado, el padre del niño y la Personería de Envigado.

Entidad

Principales argumentos

Comisaría Segunda de Familia de Envigado

A través de oficio del 4 de junio de 2022, el comisario Segundo de Familia de Envigado, entre otras cosas, señaló lo siguiente:

* La actora relata varios hechos de forma tergiversada, “dominando el discurso”.

* En la verificación de la garantía de derechos “se dio cuenta que no existía mérito para continuar con un proceso de restablecimiento de derechos [...], de allí que se hayan priorizado casos en los que verdaderamente se requería intervención en PARD”.

* La accionante presentó escritos de impulso procesal que, por no ser abogada, denominó “como derecho de petición”, a los que les dio trámite.

* En su criterio, el concepto allegado por la accionante en relación con el informe de la psicóloga de la comisaría es insuficiente y parcializado. Lo anterior, porque no tomó en consideración varias circunstancias que sí fueron tenidas para el informe y por haber sido rendido por una profesional del colectivo que apodera a la accionante.

* “[S]e dio aval a las copias” solicitadas por la accionante una vez se corrió traslado a las partes de lo existente en el plenario.

* “[E]n ningún momento se dio talante conciliatorio a ningún presunto abuso sexual, primero porque el mismo no fue detectado, no fue evidenciado, a pesar de los insanos, y a la fecha continuos, esfuerzos de la madre”.

* Se ha procurado mostrar a la madre del niño como víctima.

* El enfoque diferencial o de género “no es una carta o venda que deba aplicarse por parte de un funcionario público para avalar TODAS las actuaciones del grupo diferencial poseedor de dicha prerrogativa”.

* No se ha vulnerado ningún derecho, por el contrario, se ha procurado proteger al niño.

Además, solicitó que las pretensiones de la accionante fueran desestimadas. Por lo demás, indicó que tras la medida provisional “se ha facilitado el contacto del niño con su familia”. Por lo demás, insistió en que “el niño fue retirado del entorno materno por los efectos que el discurso de ésta [sic] pueda tener en el menor aunado a las múltiples actividades de presunto abuso sexual generados por la progenitora”.

Pedro

Argumentó, entre otras cosas, que algunos de los hechos expuestos en la acción de tutela obedecen “a un juicio de valoración subjetiva de la accionante por medio del cual se pretende empañar mi imagen como padre responsable”. Indicó que se puso a disposición de la Fiscalía General de la Nación. Señaló que “no es cierto que se haya conciliado la presunta violencia sexual sobre el menor”, ya que el objeto de la diligencia fue el régimen de visitas y

alimentos. Informó que la accionante ha dicho que su deseo no ha sido manifestar que él ha abusado del niño, pero otras “son sus manifestaciones en sus escritos y acciones de orden judicial y administrativas”. Preciso que al igual que la accionante, fue instado por la comisaría para asistir a cursos sobre derechos de los NNA y terapia familiar.

Frente a la medida provisional adoptada por el comisario, señaló que “resulta de suma importancia la reubicación del [niño] en su familia extensa”. Entre otras cosas, explicó que la enfermedad de Balanitis supone “intervención mediante cirugía de circuncisión” e higiene especial. Si bien el centro de emergencia es un lugar neutral, “también es cierto que constituye una separación temporal de su familia”. Además, la comunicación “es muy limitada como se la ha manifestado a la comisaria segunda de familia”, lo cual “constituyen para mí no solo la violación a nuestros derechos filiales [sino que] de manera indirecta estructura una separación filial emocional”. Indicó que con el cambio intempestivo de escenario y ambiente para el niño “es más probable que haya una afectación emocional más significativa”.

Por lo demás, consideró que a la accionante no se le han vulnerado sus derechos, pero sí al niño, por lo que solicitó que “se revoque la medida provisional decretada por la Comisaría Segunda de Familia”.

Personería de Envigado

Informó lo siguiente:

* tuvo conocimiento de la historia familiar n.º 24931 el 31 de marzo de 2022, cuando la accionante “envió a la Personería copia de derecho de petición enviado a la Comisaría Segunda de Familia”;

* el 13 de junio de 2022, atendió a la accionante, a quien le comunicó que el 9 de junio de 2022 revisó la historia familiar referenciada, que el 10 de junio de 2022 realizó visita al centro de emergencia encontrando al niño y que intervendría en el proceso, lo cual hizo “en oficio [...] del 16 de junio de 2022”;

* que, el 14 de junio de 2022, la Delegatura de Asuntos Disciplinarios de la personería recibió queja de la accionante en contra del comisario Segundo de Familia de Envigado.

Por último, reiteró la solicitud elevada ante la comisaría de “valorar y analizar con su equipo interdisciplinario la red de apoyo familiar materna y paterna del niño A.M.P. para retorno familiar o en su defecto otra ubicación”.

4. Sentencia de tutela de primera instancia

19. La juez de primera instancia, entre otras cosas, denegó “por improcedente el amparo a los derechos fundamentales invocados” por la accionante. Por una parte, sostuvo que “no se verifica la violación a los derechos invocados por la accionante”, puesto que en el trámite se han respetado los términos procesales y se han notificado las decisiones de acuerdo con la normativa aplicable. Por otra parte, afirmó que teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca del derecho de los niños a tener una familia, “no existen motivos o elementos que conlleven a afirmar que los derechos fundamentales de la [accionante] y de su hijo [...] se encuentren vulnerados dentro del trámite administrativo de restablecimiento de derechos, pese a que actualmente los cuidados del menor se encuentran en manos del Centro de Emergencia”. Por último, argumentó que la tutela era improcedente “al existir otros mecanismos judiciales expeditos para cuestionar estos actos administrativos”, más aún cuando la comisaría estaba adelantando las gestiones para determinar a cargo de quién quedaría el cuidado del niño.

4.1. Impugnación de la sentencia de primera instancia por la accionante.

20. La apoderada de la accionante impugnó la decisión y solicitó que esta fuera revocada. En primera medida, reiteró las circunstancias que estima vulneraron los derechos de sus poderdantes. Asimismo, argumentó que la decisión no hizo un análisis completo del caso. Así “no analiz[ó] siquiera el contenido de las comunicaciones emitidas por la entidad, ni analiz[ó] la proporcionalidad de las medidas, no se percat[ó] que la comisaría no se ha pronunciado sobre la presunta violencia sexual contra el menor”.

21. También alegó que tanto la actuación administrativa como el fallo de tutela configuraron un (i) defecto fáctico, porque, a su juicio, a) omitieron “la debida valoración del informe psicológico” de la fundación Creciendo con Cariño y b) malinterpretaron el informe de la psicóloga de la Comisaría; y un (ii) defecto procedimental, al a) no “verificar y descartar el entorno familiar antes de retirar el menor de su núcleo”, b) “por no pronunciarse de fondo sobre la sospecha de violencia sexual en el trámite de verificación de derechos”, c) utilizar

“estereotipos de género en contra de la madre”. Además, señaló que, en términos generales, se trató de una decisión “sin motivación en fundamentos fácticos y jurídicos de peso y suficientes”, que “no obedece a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, no se fundamenta en hechos que den cuenta del peligro inminente que corre el menor bajo los cuidados de sus familiares y que acrediten la emergencia de separación”. Por lo demás, alegó la vulneración del derecho al debido proceso por falta de incorporación del enfoque de género, al igual que la configuración de violencia institucional en perjuicio de la madre de Andrés.

5. Sentencia de tutela de segunda instancia

22. La juez de segunda instancia confirmó el fallo. Argumentó, primero, que la accionante asistió a la audiencia de conciliación de 18 de marzo de 2022 “en compañía de apoderada judicial, por tanto, no se ha violado el derecho de defensa”. Segundo, que al haberse comprobado que la presunta lesión sufrida por el niño en junio de 2021 no se había acreditado, se dio prioridad a otros casos “sin que ello signifique el descuido en el trámite seguido en pro del infante”. Tercero, que el segundo episodio de presunta connotación sexual fue diagnosticado como Balanitis. Cuarto, que se pretende controvertir el acto que decretó la medida provisional, por lo que “debe acudir ante el juez de familia a través del recurso de homologación”. Quinto, si bien la comisaría informó que “sustituyó la medida provisional, pues [el menor] fue retirado del centro de emergencia y su custodia provisional se encuentra a cargo [del] padrino del menor de edad-”, no se presenta un hecho superado, en la medida en que la accionante solicitó que el “menor sea reintegrado a su domicilio”.

6. Actuaciones en sede de revisión

23. Pruebas decretadas y respuestas recibidas. Mediante auto de 16 de febrero de 2023, la magistrada sustanciadora dispuso la práctica de varias pruebas necesarias “para adoptar la decisión correspondiente”. A continuación, se resumen las respuestas recibidas al auto de pruebas.

Autoridad requerida e información solicitada

Respuesta recibida

Comisario Segundo de Familia de Envigado

Se le requirió información acerca de lo siguiente: (i) la historia familiar y el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en relación con el niño Andrés; (ii) la carga laboral de la comisaría en el periodo que asumió el caso del referido niño; y (iii) la decisión que adoptó el 8 de junio de 2022.

El comisario Segundo de Familia de Envigado respondió lo siguiente.

* Envío copia íntegra de la historia familiar n.º 24931 y del proceso administrativo de restablecimiento de derechos surtidos en relación con Andrés, los cuales forman parte de un mismo expediente;

* Informó que el referido proceso fue fallado por él el 26 de diciembre de 2022, “fue objeto de solicitudes de Homologación y el día 19 de enero de 2023 se remitió ante el Juzgado de Oralidad de Familia de Envigado por reparto”. Preciso que en el curso del proceso, mediante auto de 11 de julio de 2022, dispuso poner al niño “bajo los cuidados de su padrino”; luego, a través de auto de 13 de septiembre de 2022, “definió entregar la Custodia [sic] del niño en cabeza de su padre, [...] a quien a través del Acta de Audiencia de Pruebas y Fallo de Restablecimiento [...] del día 26 de diciembre de 2022 se le ratificó dicha calidad”. De la copia íntegra del expediente se advierte que, el 17 de febrero de 2023, el Juzgado Segundo de Familia de Envigado admitió la referida solicitud de homologación.

* Indicó que para la audiencia del 18 de marzo de 2022 “se estimó que el medio más eficaz [para la citación] era el telefónico” y que “desde el momento en que se realiza la llamada a las personas se les reporta el objeto y alcance de la diligencia”.

* Preciso que en la referida audiencia las partes “llegaron a acuerdos”, por lo que “no había lugar a recurso alguno, de allí que ni en el acta quedara establecido ni el Despacho se vio obligado a tratar dicho tema por sustracción de materia”.

* Remitió la estadística de la comisaría para el año 2022 e indicó qué funcionarios formaban parte de esa dependencia.

* Explicó que realizadas las entrevistas “fue identificado por la profesional de psicología que no se evidenciaba vulneración de derecho alguno mas si una situación insoluta en cuanto al

contacto del niño con su padre”.

* Indicó que “en retroalimentación de casos que se acostumbra a hacer en el Despacho Comisarial [sic] entre sus integrantes, [...] se priorizaban otros casos, no solo de Restablecimiento de Derechos sino de Violencia Intrafamiliar”.

* Preciso que si bien el informe de verificación de garantía de derechos “se expidió tiempo después de llegar el asunto al Despacho, [...] la verificación, o actuaciones materiales y profesionales de la Psicóloga se hicieron en un tiempo prudencial adecuado”;

* Expuso que en su momento consideró que no había mérito para continuar con un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, ni a entender configurada una agresión sexual, con base en “lo hallado y reportado inicialmente y en su informe por la profesional de Psicología del Despacho”;

* Explicó que para adoptar la medida provisional de retiro del niño del entorno materno “se barajaron otras figuras, incluso multar a la madre por el incumplimiento de la Amonestación”. No obstante, dada la falta de “límites de la madre para revictimizar al niño”, como lo evidenció a partir de los documentos previos y posteriores a la queja y de la actitud de la madre, optó por la referida medida provisional, la cual “a esta altura dio claro fruto, AMP está más equilibrado en su conducta que nunca”.

Fiscalía 72 Local de CAIVAS – Medellín

Se le requirió información acerca de las investigaciones 050016099166202260564 y 053606099057202251194

El fiscal 72 Local – Unidad C.A.I.V.A.S. de Medellín informó lo siguiente.

* El 27 de abril de 2022, la investigación 053606099057202251194 se acumuló con la investigación 050016099166202260564, la cual inició primero y “en razón a que se trata[ba] de los mismos intervinientes”.

* El 30 de junio de 2022, la investigación 050016099166202260564 “fue ARCHIVAD[A] PROVISIONALMENTE”;

* El fiscal, además, remitió copia de la carpeta de la investigación y de la referida orden de archivo. En esta última se invocó la causal de “INEXISTENCIA DE[L] HECHO” prevista en el artículo 79 del C.P.P, para decretar el archivo de la investigación. Como fundamento, tuvo en cuenta el Informe de Investigador de Campo de 29 de abril de 2022, en el que se destaca que durante la entrevista el niño “no hizo ninguna revelación que pueda dar cuenta de algún hecho que atente contra su libertad, integridad y formación sexuales, adicionando el impúber, que si algo le pasara, él le contaría a la mamá”. Asimismo, en la orden de archivo se indicó que “no existen testigos que aporten alguna información que permita confirmar este hecho, por tanto, las indagaciones realizadas son claras y se puede establecer que no existió ningún abuso en contra de la referida víctima”.

Juzgado Tercero Civil del Circuito de Envigado

Se le solicitó copia íntegra del expediente de tutela

Mediante correo de 23 de febrero de 2023, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Envigado remitió “el link que contiene copia íntegra del expediente de la acción de tutela”.

24. Intervenciones durante el traslado de las pruebas. Efectuado el traslado de las pruebas, se recibieron las siguientes intervenciones:

Sujeto que interviene

Resumen de la intervención

Apoderada de la accionante

La apoderada de la accionante presentó escrito en el que expuso lo siguiente.

* Resumió el trámite adelantado en relación con Andrés, tanto en la Comisaría como en las instancias de tutela, al tiempo que reiteró los reparos expuestos en el escrito de tutela.

* Relató las actuaciones efectuadas por la comisaría después de interpuesta la acción de tutela y expuso sus observaciones frente a estas;

* Indicó que el 22 de noviembre de 2022 se interpuso otra acción de tutela en contra de la comisaría “solicitando pérdida de competencia”, porque habían transcurrido más de 6 meses

sin haberse proferido fallo dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos. En todo caso, informó que no se concedió “el amparo en razón a existir otros mecanismos judiciales disponibles (refiriéndose al recurso de homologación)”, lo cual se confirmó por el juez de segunda instancia.

* Dio cuenta del recurso de homologación interpuesto en contra del fallo de 26 de diciembre de 2022 y expuso sus reparos frente al mismo.

* Se pronunció respecto de las distintas medidas que adoptó el comisario Segundo de Familia en el curso del proceso.

* Hizo algunas consideraciones en relación con la utilización de la figura de la alienación parental como una forma de “violencia de género”.

Por lo demás, la profesional del derecho adjuntó dos respuestas del ICBF en relación con (i) la remisión de expedientes a los jueces por parte de comisarios de familia e inspectores de policía y (ii) el fenómeno de la alienación parental.

El comisario Segundo de Familia insistió en que la medida provisional adoptada “resultó ser lo mejor” para el niño. Resaltó que los intervinientes requieren de la Corte Constitucional hacer un pronunciamiento “sobre el tema del mal llamado, mal enfocado y mal abordado SINDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL -SAP [sic]”, valiéndose de la acción de tutela. Argumentó que con ello se desvía la atención “hacia un discurso amañado” que no solo supone una instancia adicional, sino alterar “los abordajes de los jueces naturales”. Preciso que ese despacho “no considera que exista una enfermedad o síndrome que afecta la salud mental de los NNA”, pero es del criterio que “la manipulación e instrumentalización de los hijos en detrimento del otro progenitor es real”. Por último, expuso sus consideraciones frente a las intervenciones recibidas antes de correrse traslado de las pruebas recibidas.

María

La accionante describió la forma como se dio el crecimiento del niño en el contexto de la relación entre sus padres. Así, relató que el padre convivió con ellos los primeros 8 meses, a pesar de “estar separados como pareja”. Durante los primeros años ambos padres compartían espacios y momentos con su hijo y con sus respectivas familias. De forma

constante, el progenitor pidió compartir con el niño “a solas en su casa a pasar una noche o días”, pero la accionante “sugería otro tipo de actividades”, debido a que notó negligencia en el padre en los primeros meses y tenía “preocupación de que continuar[a] tomando fotos y videos del niño desnudo, situación que fue constante a lo largo de sus primeros años anteriores a este proceso”.

Repitió su versión acerca de los dos presuntos actos sexuales de los cuales, según señala, al parecer fue víctima el niño por parte de su padre. De igual forma, hizo nuevamente referencia a los distintos reparos frente a la forma como se dio trámite al caso de su hijo por parte de la Comisaría.

Informó acerca de la queja que interpuso en contra del comisario Segundo de Familia de Envigado, la cual actualmente es conocida por la “oficina de control interno de la Alcaldía de Envigado”. Asimismo, allegó copia de un oficio que da cuenta de otra queja presentada por la accionante en contra del comisario de familia, la cual estaría siendo conocida por Procuraduría Regional de Antioquia.

Por lo demás, expuso sus reparos frente a las actuaciones adelantadas por la comisaría después de decretada la medida provisional.

25. Sumado a lo anterior, durante la etapa probatoria surtida en sede de revisión se recibieron intervenciones de personas, organizaciones y profesionales. Algunos expusieron sus reparos frente al uso del denominado Síndrome de Alienación Parental, especialmente en instancias judiciales, otros expresaron su respaldo al fenómeno de manipulación que eventualmente se presenta en algunos entornos familiares y, por último, otros expresaron su criterio al respecto.

. CONSIDERACIONES

Competencia

26. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, así como los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en virtud del auto de 29 de noviembre de 2022 proferido por

la Sala de Selección de Tutelas Número Once de esta Corte, que decidió seleccionar el asunto para su revisión.

2. Delimitación del asunto objeto de revisión y metodología

27. En la tutela sub examine la accionante expuso varios reparos que tiene frente a la forma como la Comisaría procedió en relación con su hijo Andrés, cuyo caso, por un presunto hecho sexual supuestamente perpetrado por su padre, se remitió a dicha autoridad el 18 de junio de 2021. Estos reparos se resumen así: (i) la verificación de garantía de derechos por parte del Área de Psicología de la comisaría era insuficiente para adoptar una decisión en el proceso; (ii) el trámite y determinaciones adoptadas en la diligencia del 18 de marzo de 2022 no respetó el derecho al debido proceso de la accionante y carecían de fundamento objetivo y suficiente; (iii) no recibió respuesta oportuna a tres peticiones presentadas para acceder a la carpeta del caso; (iv) la medida provisional de retiro del niño del entorno materno, adoptada el 8 de junio de 2022, fue desproporcionada; y (v) en general, el caso ha tenido tratamiento parcializado y carente de enfoque de género. Ahora, pese al conjunto de observaciones, el petitum de la accionante se circunscribió a que se revoque la medida provisional y se reintegre al niño al hogar materno, se remita el caso a otra comisaría y se compulse copias para que se investigue la conducta del comisario de familia.

28. Atendiendo las circunstancias puestas de presente por la parte actora, la Sala de Revisión observa que es posible que en el presente caso estén configurados dos supuestos de carencia actual de objeto. Por una parte, observa que el tercer evento presuntamente vulnerador de derechos (párr. 25 (iii) supra) al parecer se superó antes de interponerse la acción de tutela. Además, la pretensión referida a la compulsa de copias contra el comisario de familia parece que también se encuentra superada. En efecto, la Sala advierte, primero, que a la accionante se le permitió el acceso a la actuación antes de interponer la acción de tutela y, segundo, que ella interpuso al menos dos quejas disciplinarias en contra del comisario de familia unos días antes de instaurar la acción constitucional sub examine.

29. Por otra parte, al confrontar, de un lado, el resto de eventos presuntamente vulneradores (párr. 25 (i), (ii), (iv) y (v) supra), así como las pretensiones de la acción de tutela y, de otro lado, el trámite surtido después de que esta se interpusiera y las determinaciones que se adoptaron por la comisaría en el marco del proceso administrativo, podría haberse

configurado un daño consumado. Al respecto, la Sala observa que la medida provisional de restablecimiento de derechos cuestionada, de separación de la familia, tuvo una duración de al menos tres (3) meses. Si bien inicialmente la medida fue modificada el 11 de julio de 2022 para entregar al niño a su padrino, fue hasta el 13 de septiembre de 2022 que este retornó con su familia al otorgarse la custodia al padre del niño. Por lo demás, el 26 de diciembre de 2022 se profirió fallo dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, el cual está siendo objeto de homologación en este momento.

30. Teniendo en cuenta la anterior delimitación, la Sala seguirá la siguiente metodología de análisis. En primer lugar, verificará si se cumplen los requisitos de procedibilidad (num. 3 infra). En segundo lugar, valorará si en el caso sub examine se configuró una carencia actual de objeto por hecho superado y daño consumado (num. 4 infra). De constatar que se presentó un daño consumado, analizará si hubo o no una vulneración de derechos, para lo cual abordará el siguiente problema jurídico: ¿la medida de restablecimiento de derechos provisional de retiro del niño del entorno materno vulneró el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella atendiendo los límites constitucionales para proferir medidas de restablecimiento de derechos? Ahora, con el fin de dar respuesta a este cuestionamiento, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte acerca del derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (num. 5 infra) y sobre los límites constitucionales de las medidas de restablecimiento de derechos (num. 6 infra). Por último, la Sala estudiará el caso concreto y resolverá el problema jurídico planteado (num. 7 infra).

Estudio de procedibilidad de la acción de tutela

31. La Sala de Revisión considera que en el presente caso se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela de legitimación –por activa y pasiva–, inmediatez y subsidiariedad, como pasa a explicarse.

32. Se cumple el requisito de legitimación en la causa por activa. La tutela sub examine se interpuso por una profesional del derecho debidamente facultada por María, madre del niño, entre otras, para “ejercer acciones constitucionales [...] y demás acciones necesarias para la adecuada defensa de [los derechos de ella] y los de [su] hijo menor”. Adicionalmente, mediante auto de 21 de junio de 2022, la juez de tutela de primera instancia resolvió, entre

otras, reconocer personería a la referida abogada “para que actúe en representación de la parte accionante en los términos del poder a él [sic] otorgado”. Es decir, que la acción de tutela se instauró por la apoderada de las personas presuntamente vulneradas o amenazadas en sus derechos fundamentales, por lo que se cumplen los presupuestos de legitimación en la causa por activa previstos en los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991.

33. Se cumple el requisito de legitimación en la causa por pasiva. La acción de tutela se dirigió en contra de la Comisaría Segunda de Familia de Envigado a la que la parte actora le reprocha varias actuaciones y omisiones presuntamente vulneradoras de derechos, consumadas en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos que dicha autoridad adelantó en relación con el niño Andrés. En ese sentido, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, se cumple el requisito de legitimación en la causa por pasiva.

34. Se cumple el requisito de inmediatez. La Sala de Revisión considera que este requisito se cumple, en la medida en que transcurrió un término razonable entre los eventos presuntamente vulneradores de derechos y la presentación de la acción de tutela. En efecto, la Sala constata que transcurrieron aproximadamente tres meses desde que ocurrió el primer evento -18 de marzo de 2022- y nueve días desde que aconteció el segundo de estos -8 de junio de 2022- y la fecha en que se interpuso la acción de tutela -17 de junio de 2022-. Para la Sala este lapso es razonable, atendiendo a que, por una parte, la accionante actuó de forma activa en el proceso administrativo en el interregno de los primeros hechos y la activación de la acción de amparo y, por otra parte, es corto el transcurso de nueve días desde la diligencia de retiro del niño y la interposición de la acción de tutela.

35. Se cumple el requisito de subsidiariedad. Contrario a lo que consideraron los jueces de tutela de instancia, la Sala es del criterio que la parte actora no contaba con otro mecanismo idóneo y eficaz para alegar la posible vulneración de derechos supuestamente perpetrada con las decisiones de 18 de marzo de 2022 y 8 de junio de 2022 de la comisaría de familia. De un lado, contra las determinaciones adoptadas el 18 de marzo de 2022 no procedía ningún recurso bien sea ante la comisaría o ante otra instancia. Por una parte, los artículos 51, 53, 54, 55, 96 y s.s. de la Ley 1098 de 2006, que sirvieron de fundamento para la amonestación de los padres de Andrés, no tienen previsto ningún recurso para rebatir la

referida medida de restablecimiento de derechos. Incluso, esto se corrobora con el acta de amonestación en la que no se señaló que en contra de dicha determinación procediera algún recurso. Por otra parte, frente al acuerdo suscrito entre los padres del niño en relación con visitas y alimentos tampoco procede ningún recurso, en la medida en que se supone que se trata de un acuerdo voluntario entre las partes.

36. De otro lado, contra el auto de 8 de junio de 2022 de apertura de investigación en proceso administrativo de restablecimiento de derechos, por medio del cual se profirió la medida provisional de retiro del niño del entorno materno, “no procede recurso alguno”. El artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 tan solo señala que “el funcionario notificará y correrá traslado del auto de apertura por cinco (5) días, a las personas que de conformidad con el artículo 99 del presente Código deben ser citadas, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer”. Por su parte, el recurso de homologación al que hizo referencia el juez de segunda instancia, de conformidad con los artículos 100 y 119.2 de la Ley 1098 de 2006 y 21 del Código General del Proceso, solo procede en relación con el fallo que culmina el proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Es decir, que la accionante no contaba con un recurso que permitiera rebatir la medida provisional de urgencia adoptada el 8 de junio de 2022.

37. Por lo demás, atendiendo a que el requisito de subsidiariedad debe ser valorado con observancia del interés superior del niño y de que este último es un sujeto de especial protección constitucional, la Sala considera que al cuestionarse las actuaciones surtidas en un proceso administrativo que tiene por objeto proteger los derechos de un niño y en el que se determinó que este fuera separado de su familia biológica de forma provisional, es necesario dar trámite prevalente a la acción de tutela. En suma, en el caso sub examine se cumple el requisito de subsidiariedad.

38. Conclusión. En el presente caso se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de tutela. Así, como se indicó en la delimitación del asunto (párr. 28 supra), la Sala procederá a valorar si las decisiones y el actuar de la comisaría de familia gozan de conformidad constitucional.

4. Cuestión previa: carencia actual de objeto

39. Generalidades sobre la carencia actual de objeto. La Corte Constitucional ha establecido

que la acción de tutela tiene como finalidad servir como instrumento de protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos se encuentren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. En esa medida, la intervención del juez constitucional se justifica para hacer cesar la situación y, así, garantizar la protección cierta y efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, en ocasiones la alteración o la desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la presunta vulneración o amenaza de los derechos supone que la acción de tutela pierda su razón de ser como mecanismo extraordinario de protección judicial. Por consiguiente, si la situación que ocasiona la presunta vulneración o amenaza “es superada o finalmente se produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo”, la decisión de la acción de tutela se torna innocua. Esta circunstancia supone la existencia de una carencia actual de objeto.

40. En los eventos en los que el juez constitucional constata que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales fue superada o resuelta de alguna forma después, o incluso antes, de que el accionante ha acudido a la acción de tutela, no tiene sentido un pronunciamiento de su parte, en la medida en que “la posible orden que impartiría el juez caería en el vacío”. La jurisprudencia constitucional ha identificado tres eventos en los cuales se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto, a saber: (i) cuando existe un hecho superado, (ii) cuando se presenta un daño consumado y (iii) cuando acaece una situación sobreviniente.

41. Por una parte, el hecho superado se presenta cuando, entre la interposición de la acción de tutela y la decisión del juez constitucional, desaparece la presunta afectación o amenaza al derecho fundamental cuya protección se invoca y, en esa medida, se encuentran satisfechas las pretensiones del accionante como producto de la conducta de la parte accionada.

42. Por otra parte, el daño consumado ocurre cuando “la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela”. En consecuencia, ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela imparta una orden para retrotraer la situación. En todo caso, esta circunstancia puede configurarse en dos momentos: (i) antes de interponerse la acción de tutela o (ii) durante el trámite de la misma, bien sea, ante los jueces de instancia o estando en curso el proceso de revisión ante la Corte. En el primer

supuesto, “el juez debe declarar la improcedencia de la acción, de conformidad con lo previsto por el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991”. En el segundo, “es perentorio un pronunciamiento de fondo del juez de tutela (incluida la Corte Constitucional) [...] precisando si se presentó o no la vulneración que dio origen a la acción de amparo”. Además, en este evento, el juez también podrá, “dadas las particularidades del expediente, considerar medidas adicionales”.

43. Por último, el acaecimiento de una situación sobreviniente abarca situaciones que no encajan en el daño consumado o en el hecho superado. Se trata de un concepto jurisprudencial introducido mediante la Sentencia T-585 de 2010, que no se encuentra regulado en el Decreto 2591 de 1991. En la Sentencia SU-522 de 2019, la Corte expuso que el hecho sobreviniente es una categoría amplia y heterogénea, que remite a cualquier “otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío”. Por su parte, en la Sentencia T-431 de 2019, este Tribunal señaló que el juez constitucional debe analizar: (i) que exista una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicho cambio implique la pérdida de interés del accionante en que se acceda a sus pretensiones o (iii) que las mismas no se puedan satisfacer.

44. Con base en lo anterior, la Sala procederá a verificar si en el caso sub examine, se configuró algunos de los supuestos de carencia actual de objeto.

La presunta vulneración de derechos por una posible falta de respuesta oportuna a las solicitudes de la accionante configura un hecho superado.

45. De un lado, la Sala observa que la señora María presentó tres solicitudes a la comisaría de familia con el propósito de obtener, en términos generales, copia íntegra de la historia familiar abierta por dicha autoridad en favor de su hijo. En efecto, en las carpetas digitales de la Historia Familiar 24831, relacionada con Andrés, reposan los escritos radicados por la accionante los días 10 de diciembre de 2021, 5 de enero de 2022 y 10 de marzo de 2022. De otro lado, la Sala advierte que, si bien la comisaría no atendió de forma inmediata dichas solicitudes, sí lo hizo mediante correos electrónicos de 31 de marzo de 2022 y 20 de mayo de 2022; en este último, por conducto del apoderado que la señora María tenía en ese momento.

46. En el primero de los referidos correos se le dijo a la accionante que “como ya se le indicó en la audiencia de Amonestación del día 18 de marzo de 2022 las copias que solicita están a su disposición cuando usted, a sus costas lo requiera, si desea se le remitan vía digital, solicítelo como tal para proceder al escaneo de la historia Familiar [sic]”. En el segundo correo, a su apoderado se le informó que “[e]n atención a su solicitud del día 02-05-2022 en donde solicita primeramente copia de la Historia Familiar en donde se realizara tramite a favor del niño AMP, me permito inicialmente informarle que anexo a este Correo en formato PDF se remite el mismo, cumpliendo así su petición”. Es importante resaltar que las citadas respuestas se dieron antes de interponerse la acción de tutela sub examine, la cual se presentó el 17 de junio de 2022.

47. De esta manera, la Sala de Revisión concluye que cualquier posible vulneración de derechos por una supuesta falta de respuesta oportuna a las solicitudes presentadas por María a la comisaría de familia ya se superó. Por consiguiente, no es necesario proferir orden alguna encaminada a hacer cesar una situación que ya se había satisfecho antes de iniciar la presente acción. Por lo anterior, en la medida en que los jueces de tutela de primera y segunda instancia declararon la improcedencia de la acción de tutela sub examine, la Sala revocará dichas determinaciones y, en su lugar, declarará la carencia actual de objeto en relación con el hecho presuntamente vulnerador en cuestión.

48. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la Sala no pasa desapercibido que la comisaría de familia abordó las peticiones de información de la accionante como solicitudes de impulso procesal. En efecto, en la contestación a la tutela presentada por el comisario de familia, este reconoció que la señora María había presentado un escrito, pero para él, según señaló, este era “para impulso procesal, el cual denomina, comprensible teniendo en cuenta que ella no es abogada, como derecho de petición, el cual ingresó al Despacho [sic] y se realizó lo que correspondía, darle impulso al abordaje”. Para la Sala es relevante valorar si esta forma de atender las peticiones de la accionante se compadece con la manera como la comisaría debe proceder en esos eventos, de conformidad con la normativa legal y reglamentaria que rige los procesos administrativos de restablecimiento de derechos y los deberes de los comisarios de familia.

49. Por lo anterior, pese a la improcedencia de la tutela en relación con la posible respuesta tardía a las solicitudes de la accionante, la Sala remitirá copia de esta decisión a la Oficina de

Control Disciplinario Interno del municipio de Envigado y a la Procuraduría Regional de Antioquia para que tengan en cuenta la circunstancia advertida por la Sala en las investigaciones disciplinarias que adelantan con ocasión de las quejas interpuestas por María. Por lo demás, una de las peticiones de la accionante en el trámite sub examine es la compulsión de copias a las “autoridades de control de la función pública” para investigar el proceder del comisario de familia en el caso relacionado con el niño Andrés. Atendiendo que la misma accionante ya interpuso dos quejas ante los organismos de control, por sustracción de materia, la Sala se abstendrá de estudiar la referida solicitud.

3.2. Se configura un daño consumado en relación con las decisiones adoptadas el 18 de marzo de 2022 y el 8 de junio de 2022 en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

50. De conformidad con el escrito de tutela, la accionante cuestiona, entre otras, las determinaciones adoptadas por la Comisaría el 18 de marzo y el 8 de junio de 2022, en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de Andrés. En la primera de estas decisiones, la comisaría (i) amonestó a los padres del niño; (ii) les ordenó surtir un entrenamiento sobre pautas de crianza, comunicación asertiva y manejo de emociones, así como un curso de derechos de infancia y adolescencia; y (iii) plasmó el “acuerdo entre las partes” en relación con alimentos y visitas. En la segunda decisión, el comisario decidió, entre otras, (i) declarar la apertura de investigación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y (ii) “el retiro inmediato de la [sic] menor de edad del entorno que vulnera sus derechos” para ubicarlo en un centro de emergencia.

51. La medida de retiro del niño del hogar materno y la diligencia de allanamiento y rescate se llevaron a cabo el 8 de junio de 2022. Posteriormente, mediante auto interlocutorio 032 de 11 de julio de 2022, el comisario de familia ordenó “el egreso del niño AMP del CEENVI a fin de [ser] entregado a su padrino”. Es decir, que en ese momento la medida provisional de ubicación en un centro de emergencia sufrió una modificación, por lo que ya no habría lugar a “dejar sin efectos la medida provisional”, como lo solicitó la accionante. Sin embargo, la Sala reconoce que la referida modificación no supuso “el reintegro inmediato del niño al domicilio de su madre”, ni tampoco al del padre, por lo que Andrés seguía apartado de su familia. A través del auto interlocutorio 039 de 13 de septiembre de 2022, el comisario de familia dispuso “la entrega del niño AMP por parte de su custodio actual y padrino [...] al

padre del menor [...] en Custodia Provisional [sic]”. En este último momento, transcurridos más de tres meses, el niño retornó a su entorno familiar, aunque no estrictamente al hogar materno.

52. Ahora bien, en la audiencia de pruebas y resolución de fallo No. 005 de 26 de diciembre de 2022, se decidió, entre otras, ratificar “la medida de UBICACION EN MEDIO FAMILIAR DE ORIGEN a favor del niño conforme la orden dada en el Auto Interlocutorio No 039 de 2022 aclarando que ya la medida no tiene el carácter provisional sino definitivo”. Respecto de esta medida definitiva actualmente se surte el trámite de homologación. Para la Sala, el fallo que se emitió el 26 de diciembre de 2022 y el hecho de que este vaya a ser revisado por un juez de familia en un trámite de homologación impiden, en el caso sub examine, que se profiera alguna orden que apunte a incidir en las decisiones de 18 de marzo y 8 de junio de 2022. Esto, por las razones que pasan a exponerse.

53. Primero, las medidas adoptadas en estos últimos dos autos sufrieron modificaciones importantes en el curso del proceso atendiendo las distintas actuaciones adelantadas por la comisaría. Esas nuevas determinaciones no fueron cuestionadas en esta acción de tutela –se surtieron después de su presentación– y, como tal, no fueron objeto de debate constitucional y los jueces de instancia no se pronunciaron sobre las mismas. Si bien lo anterior no impide que en los casos en los que se advierta la pertinencia del “amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales” la Corte se pronuncie acerca de situaciones y hechos no alegados en el escrito de tutela, el presente caso no supone tal circunstancia y, como tal, resulta relevante tener en consideración el respeto al derecho al debido proceso de quienes son parte en el proceso de tutela.

54. Segundo, sin perjuicio de lo anterior, el fallo proferido el 26 de diciembre de 2022 no solo modificó las medidas cuestionadas en esta acción de tutela, sino que determinó de forma definitiva –en instancia administrativa– la situación del niño y las medidas de restablecimiento de derecho en su favor. Respecto de la decisión en comento se está surtiendo el proceso de homologación ante el juez competente, quien, según la jurisprudencia constitucional, tiene el deber de hacer “no sólo un control formal derivado del respeto de las reglas de procedimiento que rigen el trámite de restablecimiento de derechos, sino también un examen material dirigido a confrontar que la decisión adoptada en sede administrativa sea razonable, oportuna y conducente para proteger los derechos

fundamentales amenazados o vulnerados, en términos acordes con el interés superior de los menores de edad”.

55. De esta manera, las medidas que en su momento fueron cuestionadas por la accionante sufrieron modificaciones importantes y definitivas cuya legalidad, desde la perspectiva formal y material, debe ser valorada por la autoridad judicial ordinaria competente. De allí que cualquier orden por parte de la Sala de Revisión para modificar o incidir en lo decidido por la comisaría el 18 de marzo de 2022 o el 8 de junio de 2022, y en el trámite en general, no solo es innecesaria en este momento, sino que además es impertinente dada la competencia prevalente del juez de familia, “que [tiene] carácter especializado” para pronunciarse al respecto.

56. En conclusión, la Sala de Revisión considera que en el presente caso se presenta un daño consumado, por cuanto durante un lapso de tiempo el niño Andrés fue separado de su familia, sin perjuicio de las visitas que haya recibido. Para la Sala se trató de una circunstancia que se consolidó por un tiempo y, como tal, no es factible emitir orden alguna encaminada a retrotraer la situación que, se insiste, logró materializarse. Sumado a ello, actualmente se encuentra surtiendo ante los jueces de familia el trámite de homologación sobre el fallo con la que se culminó el proceso administrativo.

57. Ahora, sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional, ante la configuración de una carencia actual de objeto por daño consumado, como ocurre en el caso sub judice, “es perentorio un pronunciamiento de fondo del juez de tutela (incluida la Corte Constitucional) cuando el daño ocurre durante el trámite de la tutela; precisando si se presentó o no la vulneración que dio origen a la acción de amparo” . Por lo tanto, la Sala procederá a valorar si en efecto en el presente caso se configuró o no una vulneración de derechos.

4. El derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Reiteración de jurisprudencia

58. El artículo 44 de la Constitución Política establece que es un derecho fundamental de los niños “tener una familia y no ser separados de ella”. En similar sentido, el artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que los estados “se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar [...] las relaciones familiares de conformidad con la ley sin

injerencias ilícitas”. Además, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 señala que “[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. || Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

59. La familia es una institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad. Como tal, “constituye el espacio natural de [...] desarrollo [de los menores] y es, a su vez, en primer lugar, la que mejor puede garantizar las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativa de aquellos”. Por ello, la afectación del derecho de un niño, niña o adolescente a tener una familia “puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal (C.P. art. 14), dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales (C.P. art. 16)”.

60. Sumado a lo anterior, se trata de una garantía de doble vía, dado que implica el derecho a “las relaciones personales entre padres e hijos”. Lo anterior, supone, de un lado, “claros e importantes deberes, especialmente frente a los menores de edad que forman parte del mismo núcleo familiar, y con más razón cuando se trata de los padres” y, de otro lado, “el deber correlativo y mutuo que tienen ambos padres en el sentido de no obstaculizar el uno al otro el ejercicio de su correspondiente derecho”.

61. Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella no es absoluto. En efecto, este “no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”. De allí, que el Estado tenga el deber de “intervenir para proteger a los menores en forma subsidiaria, cuando la familia no esté en posición de cumplir con sus cometidos propios”.

62. Para ello, el Legislador previó, entre otros mecanismos, las medidas administrativas de restablecimiento de derechos en favor de los niños, niñas y adolescentes, las cuales consisten en “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”. Estas medidas, en todo caso, al ser del resorte de autoridades administrativas están sujetas a límites constitucionales, pues de no ser así el restablecimiento de los derechos de ellos “paradójicamente, puede acarrear un desconocimiento de aquellos”. A continuación, pasan a exponerse en qué consisten los referidos límites.

5. Límites constitucionales de las medidas administrativas de restablecimiento de derechos

63. La Ley 1098 de 2006 regula la facultad de los defensores de familia, los comisarios de familia y, excepcionalmente, los inspectores de policía para adoptar medidas de restablecimiento de derechos en favor de niños, niñas y adolescentes, las cuales pueden ser verificadas por los jueces de familia. Dichas medidas están enunciadas en los artículos 53 y siguientes ib y, en todo caso, como tales se pueden considerar “las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”. La facultad de imponer medidas de restablecimiento de derechos es de gran trascendencia, habida cuenta de que incide de forma directa en el goce del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia que, a su turno, es el ambiente y entorno en el que, por antonomasia, debe poder desarrollarse.

64. Por lo anterior, la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de las pautas mínimas que las autoridades administrativas y judiciales deben atender al adoptar medidas de restablecimiento de derechos, para que su actuar esté acorde con el ordenamiento superior y, de esta manera, se salvaguarden los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en lugar de vulnerarse. Así, ha señalado que la adopción de medidas de restablecimiento de derechos

- (i) deben ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos;
- (ii) deben además responder a una lógica de gradación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas;
- (iii) por tanto, deben sujetarse al

principio de proporcionalidad; (iv) deben adoptarse por un término razonable; (v) cuando impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar; (vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño; (vii); no pueden basarse únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia; y (viii) en ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño.

65. Por lo demás, la jurisprudencia ha establecido unos criterios mínimos que debe cumplir la decisión que impone una medida de restablecimiento de derechos en aquellos casos en los que la situación del niño, niña y adolescente ha sido previamente definida por un juez, los cuales encuentran fundamento “en el orden constitucional y legal vigente, especialmente, en los criterios de razonabilidad y ponderación y con el fin de garantizar el goce efectivo e integral de los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad”. Aunque estos criterios fueron decantados para el supuesto en el que una autoridad judicial ha decidido acerca de la situación de un niño, niña y adolescente, la Sala de Revisión considera que son relevantes para ilustrar, en términos generales, qué pautas deben atender las autoridades administrativas al momento de imponer una medida de restablecimiento de derechos. Estos criterios son los siguientes:

a. Gravedad de la afectación de los derechos. La medida debe estar fundamentada en la existencia de una evidencia clara de que la persona menor se encuentra frente a una amenaza o peligro, que se traduzca en un grave riesgo, de manera que el material probatorio deber ser sólido. [...]

b. Necesidad de intervención. La intervención de la administración pública en la definición de la permanencia de una persona menor, cuando la misma ya ha sido decidida por la justicia, a través de los jueces competentes y mediante los procesos establecidos para el efecto, debe respetar en especial el criterio de la ‘necesidad de intervención’. [...]

c. Posterioridad. La medida debe versar sobre cuestiones que no pudieron ser consideradas por el juez constitucional y legalmente competente para decidir sobre los derechos de los

menores, en atención a su interés superior, especialmente protegidos. [...]

d. Urgencia. La autoridad administrativa debe estar ante una situación urgente, que demande su actuación con toda celeridad. [...]

e. Proporcionalidad. La medida debe ser proporcional al grave riesgo y amenaza que se enfrente. [...]

f. Razonabilidad. La medida que se adopte debe ser razonable, esto es, que atienda a los mínimos criterios de racionalidad instrumental y parámetros constitucionales, en términos de valores, principios y reglas. La medida debe estar encaminada efectivamente a la finalidad de proteger a las personas menores, específica y concretamente consideradas, empleando para ello los medios adecuados, necesarios y legítimos. [...]

g. Temporalidad. La medida, por supuesto, no puede ser definitiva. Ha de tratarse de una intervención excepcional, no sólo en cuanto al hecho mismo que ocurra, sino también en cuanto a su duración. [...]

h. Valoración de consecuencias. En cualquier caso, la autoridad administrativa correspondiente debe valorar las consecuencias negativas que puede comportar la medida en términos de estabilidad emocional y psicológica de toda persona menor.

66. En suma, las medidas de restablecimiento de derechos deben ser consecuencia de un análisis integral y objetivo de la situación del niño, niña y adolescente, de conformidad con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y en el que se tenga especial consideración del interés superior de ellos.

67. Ahora, tratándose de medidas que lleven a la separación del niño, niña y adolescente de su familia, la Corte ha señalado que estas “únicamente son procedentes cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor”. En ese contexto, también ha dicho que “[n]i la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres”, sin perjuicio de que puedan ser valoradas en conjunto con otras circunstancias. De igual forma, atendiendo a la prevalencia del interés superior de estos sujetos, “cualquier anomalía o infracción parental no implican

per se la separación jurídica y material del niño, niña y adolescente de cualquiera de sus padres, pues existen medidas intermedias que el operador puede adoptar para sancionar al progenitor infractor y para asegurar que sus actuaciones se compaginen con el interés del niño, niña y adolescente”.

68. De hecho, la Corte, al pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la norma que regula la diligencia de allanamiento y rescate prevista en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, expresó que “[c]on el fin de evitar abusos y asegurar un control efectivo sobre las decisiones de allanamiento que realicen los comisarios y defensores de familia, es preciso que antes de proceder al allanamiento con fines de rescate haya una valoración juiciosa de la situación de peligro, e indicios serios sobre la existencia y gravedad del peligro, a la luz de las reglas civiles. También es indispensable que dicha valoración sea plasmada por escrito, con el fin de facilitar el control posterior de esa valoración y del procedimiento seguido durante el allanamiento”.

69. Para la Sala, la decisión por medio de la cual se adopta una medida de restablecimiento de derechos, por lo general, debe constar en un documento –escrito, electrónico, auditivo, audiovisual u otro–, de modo que se pueda conocer y ejercer control sobre dicha determinación. La exigencia de que la decisión repose por escrito –o en otro documento– no solo es apropiada para la orden de allanamiento y rescate como se señaló en la Sentencia C-256 de 2008, sino también para la imposición de cualquier otra medida de restablecimiento de derechos. Solo de esta forma es posible constatar que la decisión se enmarca en los límites constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad desarrollados por la jurisprudencia.

70. Atendiendo que las pautas dadas por esta Corte se han venido desarrollando y reiterando desde el año 2003, la Sala también considera que es razonable hoy exigir que la decisión que impone una medida de restablecimiento de derechos contenga una argumentación contundente en la que se evidencie al menos lo siguiente. Por una parte, la valoración de los elementos disponibles que sirven de fundamento de la determinación, los cuales además deben ser suficientes para comprender la situación integral del niño, niña y adolescente. Y, de otra parte, una explicación acerca de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, teniendo siempre como referente el interés superior de niños, niñas y adolescentes, la lógica de gradación de las medidas y, en general, los criterios desarrollados por la Corte.

71. Respeto de los límites constitucionales de las medidas de restablecimiento de derechos en contextos de posible alienación parental. Es bastante común que en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos y en otro tipo de procesos se ventile el conflicto existente entre los padres, el cual puede incluso evidenciar el propósito de uno de ellos de interceder en la consolidación de una relación entre el hijo en común y el otro progenitor. Al respecto, es necesario recordar que el derecho a la familia es una garantía de doble vía “donde convergen los derechos de los hijos menores, y al mismo tiempo, los de cada uno los padres, derechos que, entre otras cosas, deben ser respetados en un contexto de alteridad y acatamiento”. Por ello, “dentro de todas las dinámicas familiares, pero especialmente las estructuradas desde la separación parental, es indispensable que cada uno de los progenitores respete la imagen del otro frente a sus hijos, evitando cualquier posición de superioridad frente a aquél que no tiene la tenencia del menor, o del otro lado, el empleo de artificios de victimización para lograr compasión de los menores frente al otro padre”.

72. Debido a que dicha circunstancia conflictiva puede ser relevante para adoptar una determinada medida de restablecimiento de derechos, la Sala considera importante analizar cuál sería la manera más apropiada de abordar este tipo de casos a la luz de las pautas establecidas por la jurisprudencia para ordenar medidas de restablecimiento de derechos. Esto es importante, especialmente, si se tiene en cuenta que a la fecha no existe un criterio pacífico en cuanto a la forma de dar tratamiento a este tipo de situaciones en los ámbitos judicial y administrativo.

73. La Corte ha reconocido que en un contexto de conflicto entre la pareja “algunas veces uno de los padres pretende el rompimiento total de relaciones con su ex pareja, para lo cual influencia al niño, y propicia en él sentimientos de odio, resentimiento o abandono hacía su otro progenitor. Este fenómeno en la literatura especializada se conoce como Síndrome de Alienación Parental (SAP)”. En la intervención que realizó el Departamento de Antropología de la Universidad Nacional en el expediente que concluyó con la Sentencia T-311 de 2017, este explicó que el denominado Síndrome de Alienación Parental es “una forma específica y sutil de maltrato infantil, que en los últimos años ha cobrado gran importancia en razón al gran número de parejas que deciden ponerle fin a su relación [y] precisó que ‘[e]n estas situaciones, los niños/as quedan atrapados en la telaraña de los problemas de los adultos, -disputas por la guarda, la patria potestad y la custodia- incidiendo sus padres en que tomen

partido en conflictos ajenos, en crisis que no entienden y forzándolos a que se inscriban en facciones antagónicas””.

74. Por su parte, el Colegio Colombiano de Psicólogos define el Síndrome de Alienación Parental como “un tipo de maltrato infantil que afecta psicológica y socialmente a los miembros de la familia y se caracteriza por un proceso de destrucción sistemática del vínculo filial, promovida por un progenitor o cuidador o su sistema familiar en contra del otro progenitor configurando una distorsión anómala de la realidad compartida socialmente, que afecta primordialmente a los niños y subsidiariamente al sistema familiar. Por lo general se puede dar en contextos de divorcio contencioso, desavenencias conyugales o familiares y los señalamientos y acusaciones suelen carecer de fundamentos objetivos. Para Diagnosticar el SAP no deberá existir antecedentes previos de maltrato intrafamiliar por parte del padre alienado”.

75. La Corte no ha sido ajena a la falta de acuerdo científico “sobre la existencia de tal enfermedad”. Esto, sin embargo, no significa desconocer el fenómeno que se puede presentar en el marco de relaciones de pareja conflictivas que puede llegar a constituir una forma de violencia contra el niño, niña o adolescente. La Organización Mundial de la Salud –OMS– decidió no incluir en la Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.a revisión –CIE 11– el concepto y la terminología de alienación parental. Para dicha organización “este no es un término de cuidado de la salud”, sino que se utiliza en contextos legales generalmente relacionados con la custodia de un niño, niña y adolescente.

76. No obstante, señaló que los aspectos del fenómeno en cuestión pueden ser cubiertos por la categoría de problemas de la relación entre el cuidador y el niño, para el enfoque de los servicios de salud. Y, agregó, que la inclusión de los términos de alienación parental o alejamiento parental en la clasificación fue inicialmente aprobada, pero tras recibir comentarios el comité encargado recomendó aclarar que la inclusión de un término con fines de investigación no significa la aprobación de este por parte de la OMS. De igual manera, el Ministerio de Salud y Protección Social afirmó, en un concepto que fue allegado al plenario por un tercero interviniente, que “los miembros del Grupo de Trabajo del DSM-5 dijeron que no dudaban de la realidad o la importancia de la Alienación Parental, sin embargo, llegaron a la conclusión de que la alienación de los padres no cumplía con la definición estándar de un trastorno mental, es decir, ‘el requisito de que un trastorno exista como una condición

interna que reside dentro de un individuo”.

77. De esta manera, pese a que el reconocimiento de la alienación parental como una enfermedad aún es objeto de estudio, no se puede desconocer que en determinados contextos sí se presenta un fenómeno de manipulación de un padre sobre su hijo a efectos de afectar al otro progenitor, en perjuicio de la salud mental de aquel.

78. En distintos ámbitos se ha llamado la atención acerca del uso indiscriminado e inapropiado de la figura del Síndrome de Alienación Parental en instancias judiciales. De un lado, el Comité de Expertas del MESECVI y la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas han expresado su preocupación “por la utilización ilegítima de la figura del síndrome de alienación parental en procesos judiciales en diversos Estados Parte de la Convención de Belém do Pará”. Estos organismos instaron a los estados parte de la convención “a realizar investigaciones prontas y exhaustivas para determinar la existencia de violencia contra las mujeres y a explícitamente prohibir, durante dichos procesos judiciales, evidencia que busque desacreditar un testimonio con base en el síndrome de alienación parental, tal y como se recomienda en la ‘Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos’”.

79. De otro lado, la OMS también ha dado cuenta de comentarios y cuestionamientos sobre el mal uso del término de alienación parental para socavar la credibilidad de uno de los padres que alega el abuso como motivo de la negativa de contacto e incluso para criminalizar su comportamiento. Por último, en el salvamento de voto de la Sentencia T-078 de 2021, el magistrado disidente puso de presente que “la Organización de Naciones Unidas ha realizado llamados a dejar de usar ‘el presunto Síndrome de Alienación Parental’, en tanto reproduce prejuicios y estereotipos de género, especialmente al atribuir un valor inferior al testimonio o argumentos de las mujeres como partes o testigos; al adoptar concepciones o normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento o reacción adecuada por parte de la mujer víctima; y al referir estereotipos basados en género”.

80. A pesar de las recomendaciones descritas y de la falta de acuerdo científico sobre la alienación parental como una enfermedad, la Sala de Revisión advierte, por una parte, que ni la OMS ni el Ministerio de Salud y Protección Social han negado la existencia del fenómeno de manipulación o alienación psicológica que se puede dar en perjuicio de un niño, niña y

adolescente en el contexto de procesos relacionados con su cuidado y custodia. Por el contrario, estos entes expertos reconocen dicho fenómeno como un asunto que suele presentarse en instancias judiciales. Por otra parte, algún sector de la doctrina ha reconocido la alienación parental como una forma sutil de maltrato infantil, por lo que descartar su uso en instancias judiciales y administrativas podría llevar a una desprotección del niño, niña y adolescente. Por lo tanto, se considera que en este momento no es prudente impartir una orden encaminada a que en instancias judiciales y administrativas se deje de reconocer el fenómeno de manipulación que en muchas ocasiones se presenta en algunos procesos.

81. En todo caso, la Sala de Revisión toma atenta nota de la advertencia que han hecho distintas instancias acerca del uso inapropiado e indiscriminado del denominado Síndrome de Alienación Parental. Por ello, considera necesario recalcar que la imposición de medidas de restablecimiento de derechos, en un caso en el que se advierta la posible configuración del referido fenómeno, debe atender con especial cuidado las pautas constitucionales desarrolladas por la jurisprudencia para adoptar ese tipo de medidas.

82. Así, la decisión, especialmente si supone el retiro del niño, niña o adolescente de su familia, (i) debe estar precedida de un examen integral y objetivo de elementos suficientes que permitan evidenciar la posible manipulación o alienación del hijo por uno de sus padres en perjuicio del otro progenitor; (ii) debe responder a la lógica de gradación de las medidas, para lo cual debe contemplar un abordaje psicosocial antes de tomar una medida más drástica; (iii) debe ser proporcional; (iv) debe adoptarse por un término razonable; (v) debe ser excepcional y dar cuenta de que la familia no es apta para cumplir sus funciones básicas; (vi) debe estar justificada en el interés del niño; (vii) no puede basarse únicamente en la falta de recursos económicos de la familia; y (viii) no puede suponer una desmejora en la situación del niño. Solo de esta forma es posible garantizar que la medida no es desproporcionada, desconocedora del enfoque de género y violatoria del interés superior del niño.

6. Caso concreto

83. La Sala de Revisión considera que, sin perjuicio de que en el caso sub examine se ha configurado una carencia actual de objeto, es necesario referir que la Comisaría vulneró el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella del niño Andrés y su

madre maría, a través de las medidas provisionales de restablecimiento de derechos de “retiro preventivo del entorno materno” y “reubicación en el Centro de Emergencia de Menores de Envigado-CEENVI”, ordenadas mediante el auto de 8 de junio de 2022. La Sala es del criterio que el comisario de familia, como autoridad administrativa que conoció de primera mano el caso, goza de autonomía y, como tal, su determinación en principio debe ser respetada. Sin embargo, en el presente caso se advierte que la decisión de la referida autoridad en relación con Andrés fue irrazonable y desproporcionada. En efecto, al revisar la decisión cuestionada en conjunto con los elementos que el comisario tenía a disposición para adoptarla, se advierte que varias de las premisas expuestas en la decisión carecen de fundamento y que los argumentos esgrimidos no denotan la proporcionalidad de las medidas.

84. La orden de retirar a Andrés de su entorno materno se fundamentó en la necesidad de apartar al niño de su madre, quien, según el comisario, tenía el propósito de “afectar, restringir y obstaculizar” la relación del niño con su progenitor. Esta autoridad administrativa soportó esta conclusión en cinco líneas argumentativas que la Sala analiza a continuación.

85. En primer lugar, el comisario tuvo en cuenta la verificación de garantía de derechos del Área de Psicología, en donde se advirtió que la madre del niño tenía “un apego inseguro manifestado en la necesidad de la progenitora de permanecer en las visitas y espacios que el niño [tenía] con el progenitor”, lo cual no permitía el desarrollo y afianzamiento de la “relación padre e hijo y demás familia paterna”. Para la Sala es razonable que el comisario haya acudido a la verificación realizada por los profesionales en psicología para soportar, en parte, su decisión, tratándose de un criterio especializado acerca de la situación del niño.

86. En segundo lugar, la autoridad administrativa afirmó que el supuesto abuso sexual en contra del niño por parte de su progenitor no existió y, por ello, en su criterio, las denuncias penales interpuestas por la madre y la forma como esta dio uso al sistema de salud denotan “un claro detrimento de los derechos del niño [...]”; entre estos, “el derecho a tener una familia y no ser separado de ella [...], en este caso representado por el derecho del menor de edad a mantener relaciones Paterno-Filiales [...] o el derecho a la Vida, Calidad de Viva o Ambiente Sano [...], atado forzosamente con los derechos a la Protección Integral y la Integridad Personal a nivel psicológico”.

87. Para la Sala, contrario a lo que concluyó frente al primer fundamento, considera que es problemático que el comisario de familia afirmara de forma contundente que el presunto abuso sexual en contra de Andrés no había existido y, aún más, que con base en dicha consideración haya puesto en tela de juicio el actuar de la progenitora y dispuesto el retiro del niño del entorno materno. Esto, porque un comisario de familia no es la autoridad competente para determinar si una conducta punible tuvo o no lugar. Esta es una competencia constitucional y legalmente encomendada a la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República. De hecho, como servidor público, un comisario de familia tiene el deber de poner en conocimiento de la autoridad competente el hecho presuntamente punible del que tenga información. En ese sentido, no le corresponde a él descartar o dar por acreditado si en efecto una conducta de naturaleza penal tuvo o no ocurrencia. Incluso, el equipo interdisciplinario que forma parte de una comisaría de familia no tiene como funciones principales determinar si ha ocurrido un delito, sin perjuicio de la colaboración que debe prestar a la policía judicial en un caso determinado.

88. Por lo anterior, la Sala concluye que no es constitucionalmente admisible que el comisario Segundo de Familia fundamentara la posible actitud manipuladora y mal intencionada de la madre de Andrés en que el supuesto abuso había sido un invento de ella, afirmando, sin tener competencia, que dicho evento no había existido. El que con posterioridad la Fiscalía General de la Nación haya concluido de forma provisional que, en efecto, el referido acto sexual no había existido, no altera en modo alguno la consideración de la Sala. Pues, el archivo de la investigación se dio días después. De esta manera, la Sala concluye que el comisario no tenía elementos suficientes para afirmar, de un lado, que el supuesto abuso sexual en contra del niño no había ocurrido y, de otro lado, que este había sido un invento de la madre.

89. En tercer lugar, el comisario fundamentó la posible actitud malintencionada de la madre en lo siguiente: (i) el hecho de que ella haya acudido en dos oportunidades al sistema de salud alegando la ocurrencia de un posible acto sexual por parte del padre respecto de su hijo; (ii) el que haya formulado dos denuncias penales por estos supuestos hechos; (iii) en este contexto, el supuestamente sacar provecho de las “brechas de trámite ante Autoridades”; (iv) el hecho de que enfermedades como Balanitis y Fimosis “se dan combinadas más por desaseo del miembro viril que por abuso”; y (v) en que en este caso el presunto abuso sexual en realidad estaba siendo usado para separar al padre de su hijo, ya

que de la verificación del contexto era posible advertir “la urgencia de la madre en dejar al padre de lado frente a su hijo, bajo la figura de la Violencia Sexual [sic]”.

90. Por una parte, para cuando se profirió la decisión en cuestión aún no había certeza de que el presunto acto sexual no había existido (de hecho, la decisión penal de archivo es provisional). Por ende, en ese momento el que la madre de Andrés hubiera presentado dos denuncias y haya acudido al sistema de salud con ocasión de los eventos denunciados, no necesariamente denota su intención de amañar la situación del niño. Como lo señaló la Corte en otra oportunidad, la madre pudo haber acudido a la fiscalía y a los profesionales de la salud con el fin de corroborar que su hijo, en efecto, no había sido víctima de una conducta sexual. En ese contexto, era importante esperar a tener mayor certeza acerca de la no ocurrencia del hecho e, incluso, hubiera sido conveniente promover mecanismos de coordinación con los profesionales de la salud para que ellos contemplaran, desde su especialidad y experiencia, la hipótesis de una posible actitud alienadora por parte de María. Contrario a ello, el comisario de familia, sin mayor explicación, señaló que se evidenciaba “lo laxo que para el caso delicado en particular fue el personal médico de atención frente al presunto discurso del niño, o mejor de la madre”.

91. Por otra parte, para la Sala no es de recibo que la posible intención manipuladora de la madre se infiera del hecho de que la enfermedad padecida por el niño -Balanitis-, según se señaló, no tiene origen en una conducta sexual. Lo anterior, debido a que para el momento en que se adoptó la medida de restablecimiento de derechos no se contaba con elementos que dieran cuenta de que María supiera que ello era así y que, en consecuencia, hubiera intentado manipular tanto al sistema de salud como al sistema judicial.

92. La autoridad administrativa también basó la determinación del 8 de junio de 2022 en lo “observado en la Audiencia de Amonestación”. Sin embargo, no explicó a qué tipo de comportamientos se refería. Por ende, hay una falta de fundamentación en esta consideración del comisario de familia. Ahora, en gracia de discusión, por orden de dicho funcionario la trabajadora social expuso cómo fue el comportamiento de la madre de Andrés en la audiencia de amonestación llevada a cabo el 18 de marzo de 2022. En su relato señaló que “durante la audiencia la señora [María] permaneció tranquila, manifestó estar de acuerdo con las propuestas realizadas, reconoció la importancia que el niño mantuviera contacto con su padre y resalto el compromiso del padre frente al proceso del niño no solo a

nivel económico sino también afectivo”. De esto, no es posible saber a qué actitudes inapropiadas de María se refería el comisario en la decisión a través de la cual impuso la medida de restablecimiento de derechos de retiro del niño de su hogar materno.

93. La falta de referencia en la decisión a elementos que soportaran la posible actitud manipuladora y mal intencionada de la señora María respecto de su hijo, supuso, además, un desconocimiento del enfoque de género con el que el comisario de Familia debió abordar el caso.

94. De un lado, uno de los principios rectores que orientan toda actuación del personal de una comisaría es el enfoque de género, según el cual “[l]as Comisarías de Familia reconocerán la existencia de relaciones de poder, subordinación, inequidad, roles diferenciados según parámetros de lo masculino y femenino que puedan llegar a vulnerar derechos de cualquier integrante de la familia. Asimismo, tendrán en cuenta que las experiencias de las mujeres, los hombres, y las personas con orientación sexual o identidad de género diversas son distintas [...]”. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el enfoque o perspectiva de género “es una herramienta, un método de análisis, un acercamiento al caso que implica una mirada cualificada para identificar los impactos normativos diferenciados y la aplicación de remedios para esa situación desigual”. Lo anterior exige del juez y, en criterio de la Sala, también de la autoridad administrativa a cargo de resolver litigios:

(i) el conocimiento de ciertas características relevantes de los sujetos y el contexto de cada caso; (ii) la capacidad de identificar las circunstancias, las regulaciones y los contextos en los que se favorece o se discrimina a la mujer; (iii) la solvencia para comprender las variadas formas de discriminación de las que son víctimas las mujeres, muchas de las cuales son normalizadas o apropiadas socialmente por una construcción normativa desde lo masculino y la monopolización de los espacios de poder; y en ese contexto (iv) la habilidad para reconocer y aplicar los mejores remedios para solventar esas consecuencias diferenciadas para las mujeres y, de esta forma, hacer realidad el mandato de igualdad (énfasis propio).

95. De otro lado, la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, recientemente, señaló que “[e]n un gran número de casos, las madres que se oponen al contacto de los hijos con el padre o intentan restringirlo, o que

expresan reservas, son consideradas por los evaluadores como obstructivas o malintencionadas, lo que refleja la tendencia generalizada a culpar la madre”. Entre las recomendaciones que realiza la relatora están las de que (i) “[l]os Estados emitan y apliquen orientaciones específicas a la judicatura acerca de la necesidad de examinar cada caso sobre la base de los hechos y de juzgar con imparcialidad, según el conjunto de pruebas de que dispongan, cuál es la solución que mejor favorece el bienestar del niño” y (ii) “[t]odas las actuaciones o pruebas de malos tratos en el hogar o abusos sexuales proporcionadas por víctimas tanto adultas como menores se mencionen claramente en las evaluaciones y, si se recomienda otorgar a la persona acusada el derecho de visita o la custodia, se proporcione una explicación completa del [por qué] de esa decisión”.

96. En ese sentido, la conclusión del comisario de que la madre del niño actuó de forma manipuladora, mal intencionada y con abuso del sistema de salud y de la administración, sin fundamento probatorio suficiente y bajo una argumentación deficiente, lleva a la Sala a cuestionarse si dicha conclusión respondió a algún prejuicio en relación con la accionante y, por ende, a inferir que el caso no se abordó con enfoque de género en relación con el actuar de la madre de Andrés.

97. En cuarto lugar, en el auto de 8 de junio de 2022 no se indicó si había otras medidas menos drásticas para afrontar la situación presuntamente vulneradora advertida por el comisario de familia y, mucho menos, se explicó por qué había lugar a descartarlas. Para la Sala, ello evidencia una falla en la decisión de retirar al niño de su entorno materno. Esto, porque, como se indicó, la medida de separar al niño de su familia debe ser el último recurso y de esto debe dar cuenta la providencia en donde consta la medida. Si bien el comisario, al responder el auto de pruebas proferido por la magistrada sustanciadora indicó que “se barajaron otras figuras, incluso multar a la madre por el incumplimiento de la Amonestación”, lo cierto es que ello, de un lado, no se plasmó en la decisión y, de otro lado, evidencia que entre las posibilidades no se contempló la de ordenar continuar con un abordaje psicosocial, entre otras.

98. En quinto lugar, de cara a la proporcionalidad de la medida, la Sala estima que es relevante resaltar que era posible que Andrés estuviera expuesto a un riesgo psicológico, pero este no era de tal entidad como para optar por la medida de apartar al niño de su familia. No solo era necesario descartar que había otras medidas menos drásticas, sino que

debía tenerse en cuenta que el niño encontraba satisfechas sus principales necesidades en su hogar, que tenía tan solo 5 años y que tenía un padecimiento de salud que exigía de un cuidado especial que podía proveer su familia. Por lo tanto, para la Sala la medida de restablecimiento de derechos impuesta el 8 de junio de 2022 no siguió la lógica de gradación a la que ha hecho referencia la Corte en reiteradas oportunidades.

99. En suma, la Sala concluye que las medidas provisionales de restablecimiento de derechos de retiro preventivo de Andrés del entorno materno y de reubicación del niño en un Centro de Emergencia de Menores fueron desproporcionadas e irrazonables y, en consecuencia, vulneraron su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella y de su madre, María. Por ello, la Sala considera necesario prevenir al comisario Segundo de Familia de Envigado para que, en lo sucesivo, dentro de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos: (i) sustente debidamente sus medidas provisionales, (ii) tenga en cuenta, en cada caso concreto, el interés superior del niño, niña o adolescente y (iii) tome en consideración los límites constitucionales de las medidas de restablecimiento de derechos desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

100. Ahora bien, atendiendo que el auto que ordenó las medidas provisionales de restablecimiento de derechos fue una decisión desproporcionada e irrazonable, la Sala de Revisión estima necesario hacer un llamado al juez Segundo de Familia de Oralidad de Envigado, como autoridad que en este momento se encuentra conociendo del trámite de homologación en relación con el fallo proferido por el comisario de Familia el 26 de diciembre de 2022. Sin que la Sala pretenda en modo alguno incidir en la valoración autónoma e independiente que le corresponde hacer al juez de familia, estima apropiado, en el presente caso, poner de presente que las deficiencias argumentativas advertidas en la decisión de 8 de junio de 2022 podrían eventualmente también haberse configurado en las decisiones posteriores de ubicación del niño en el hogar de su padrino -11 jul. 2022- y de otorgar la custodia del menor de edad a su padre -13 sep. 2022 y 26 dic. 2022-. Por lo anterior, la Sala considera apropiado ordenar la remisión del presente fallo de tutela al Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Envigado, para que conozca el razonamiento aquí efectuado en relación con la procedencia de las medidas de restablecimiento del derecho, de modo que le sea útil como insumo en el control material que le corresponde efectuar frente a la actuación del comisario Segundo de Familia de Envigado con respecto a Andrés.

7. Otras determinaciones

101. La Sala considera que también es pertinente remitir copia de este fallo a la Oficina de Control Disciplinario Interno del municipio de Envigado y a la Procuraduría Regional de Antioquia para que valoren las actuaciones del comisario Segundo de Familia de Envigado en el trámite del proceso de restablecimiento de derechos de Andrés, a efectos de verificar si estas constituyen o no una falta disciplinaria. En efecto, en repetidas ocasiones se abstuvo de remitir a la fiscalía o a medicina legal el caso, bajo argumentos tales como que “no todos los casos de presunto abuso deben ser remitidos a esa entidad cuando no existe referencia de daño físico” y que “teniendo en cuenta que se descartó la comisión de una vulneración a los derechos sexuales de su hijo, no se debe remitir caso a fiscalía por sustracción de materia, es decir, el asunto estudiado no conlleva a delito que deba ser denunciado por parte del Despacho”. Lo anterior, sin perjuicio del deber legal previsto en el artículo 67 de la Ley 906 de 2004.

8. Síntesis de la decisión

102. La Sala estudió una acción de tutela por medio de la cual se expusieron varios reparos frente a la forma como la Comisaría procedió en relación con Andrés, cuyo caso, por un presunto hecho sexual supuestamente perpetrado por su padre, se remitió a dicha autoridad el 18 de junio de 2021. Estos reparos se resumen así: (i) la verificación de garantía de derechos realizada por el Área de Psicología de la comisaría era insuficiente para adoptar una decisión en el proceso; (ii) el trámite y determinaciones adoptadas en la diligencia del 18 de marzo de 2022 no respetó el derecho al debido proceso de la accionante y carecían de fundamento objetivo y suficiente; (iii) no se recibió respuesta oportuna a tres peticiones presentadas para acceder a la carpeta del caso; (iv) la medida provisional de retiro del niño del entorno materno, adoptada el 8 de junio de 2022, fue desproporcionada; y (v) en general, el caso ha tenido tratamiento parcializado y carente de enfoque de género. El petitum de la accionante se circunscribió a que se revoque la medida provisional y se reintegre al niño al hogar materno, se remita el caso a otra comisaría y se compulse copias para que se investigue la conducta del comisario de familia.

103. Como cuestión previa, la Sala advirtió que en el presente caso se había configurado una carencia actual de objeto. Por una parte, la Sala encontró que la presunta vulneración de

derechos por una posible falta de respuesta oportuna a las solicitudes de la accionante era un hecho superado. De un lado, se reconoció que la accionante había presentado tres solicitudes a la comisaría de familia con el propósito de obtener, en términos generales, copia íntegra de la historia familiar abierta por dicha autoridad en favor de su hijo. De otro lado, se advirtió que, si bien la comisaría no atendió de forma inmediata dichas solicitudes, sí lo hizo mediante correos electrónicos posteriores. Por otra parte, la Sala consideró que se había presentado un daño consumado en relación con las decisiones adoptadas el 18 de marzo de 2022 y el 8 de junio de 2022 en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Esto, porque durante un lapso de tiempo el niño fue separado de su familia, sin perjuicio de las visitas que haya recibido. Por lo tanto, se trató de una circunstancia que se consolidó por un tiempo y, como tal, no era factible emitir orden alguna encaminada a retrotraer la situación que logró materializarse.

104. Sin perjuicio de la materialización de una carencia actual de objeto, la Sala consideró que por haberse configurado un daño consumado, de conformidad con la jurisprudencia unificada era perentorio constatar si se había configurado una vulneración de derechos. Por ello, la Sala abordó el siguiente problema jurídico: ¿la medida de restablecimiento de derechos provisional de retiro del niño del entorno materno vulneró el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella atendiendo los límites constitucionales para proferir medidas de restablecimiento de derechos? Para dar respuesta a este cuestionamiento, la Sala reiteró la jurisprudencia de la Corte acerca del derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella y su relación con los límites constitucionales de las medidas de restablecimiento de derechos.

105. Con base en ello, concluyó que la Comisaría Segunda de Familia de Envigado vulneró el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella de Andrés y su madre María, a través de las medidas provisionales de restablecimiento de derechos de retiro preventivo del entorno materno y reubicación en un centro de emergencia de menores, ordenadas mediante el auto de 8 de junio de 2022. En efecto, se advirtió que la decisión de la referida autoridad en relación con Andrés fue irrazonable y desproporcionada y, por ello, configuró una vulneración de derechos. Al revisar la decisión cuestionada en conjunto con los elementos que el comisario tenía a disposición para adoptarla, se advierte que varias de las premisas expuestas en la decisión carecen de fundamento y que los argumentos expuestos no denotan la proporcionalidad de las medidas.

. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de 4 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Envigado (Antioquia) y, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado y daño consumado, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

Tercero. REMITIR copia de esta decisión a la Oficina de Control Disciplinario Interno del municipio de Envigado y a la Procuraduría Regional de Antioquia para que, en el ejercicio de sus competencias, tengan en cuenta las circunstancias advertidas por la Sala de Revisión en el presente caso, de conformidad con los fundamentos jurídicos 48 y 101.

Cuarto. REMITIR copia de esta decisión al Juzgado Segundo de Familia de Envigado para que conozca el razonamiento aquí efectuado, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Quinto. LIBRAR, por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-181/23

A continuación, expreso las razones que me llevan a apartarme parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría en la Sentencia T-181 de 2023.

1. 1. En la Sentencia T-181 de 2023, la Sala Octava de Revisión resolvió una acción de tutela promovida por María en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad Andrés, con el propósito de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la defensa y a tener una familia y no ser separado de ella. Ello, luego de que la Comisaría Segunda de Familia de Envigado en el marco de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos impusiera como medida provisional el retiro del menor de su hogar materno y dispusiera conceder la custodia de este a su padre, pese a que la accionante denunció al progenitor por la presunta comisión de actos sexuales abusivos contra el infante.

2. En esta providencia, la Sala aun cuando declaró la carencia actual de objeto por daño consumado, determinó que la Comisaría Segunda de Familia de Envigado vulneró el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella de Andrés y su madre, en tanto las medidas adoptadas por la autoridad administrativa fueron irrazonables y desproporcionadas, pues carecían de fundamento probatorio y se sustentaban en una argumentación deficiente que desconoció la aplicación de un enfoque de género.

3. Si bien comparto la decisión adoptada, considero que la Sala omitió pronunciarse sobre aspectos constitucionales relevantes. En particular (i) la protección del derecho fundamental de petición; (ii) la configuración de los fenómenos de violencia institucional y misoginia judicial; (iii) la procedencia de órdenes relacionadas con la apertura de investigaciones en contra del comisario; y (iv) la asistencia obligatoria del comisario de familia a capacitaciones sobre enfoque de género. A continuación haré referencia a cada uno de estos puntos.

Protección del derecho fundamental de petición de la accionante

4. La Sala destacó que la comisaría de familia abordó las peticiones de información que presentó la accionante como solicitudes de impulso procesal. Sin embargo, no realizó ningún pronunciamiento de fondo tendiente a valorar si esta forma de atender dichas solicitudes se compadece con la manera como la comisaría debe proceder en esos eventos, de conformidad con la normativa legal y reglamentaria que rige los procesos administrativos de restablecimiento de derechos y los deberes de los comisarios de familia.

5. Sobre el particular, considero que la Sala se encontraba facultada para analizar si el tratamiento otorgado por el comisario a las peticiones presentadas por la accionante se ajustaba a la jurisprudencia constitucional relativa a la protección del derecho fundamental de petición. Ello, por cuanto resultaba evidente que las solicitudes en cuestión no tenían como propósito impulsar la actuación administrativa a cargo de la accionada, sino lograr el acceso a la documentación propia del proceso con el fin de que la accionante pudiese ejercer sus derechos de defensa y contradicción. En consecuencia, este Tribunal debió pronunciarse respecto de la actuación del comisario para precisar si esta constituyó una vulneración del derecho mencionado, teniendo en cuenta que esta Corte ha señalado que las autoridades tienen la obligación de tramitar las peticiones y responderlas de forma clara, oportuna, suficiente y congruente con lo pedido, de acuerdo con los estándares establecidos por la ley.

Sobre la posible configuración de los fenómenos de violencia institucional y misoginia judicial

6. La Sentencia T-181 de 2023 concluyó que la decisión adoptada por la comisaría accionada mediante la cual determinó el retiro definitivo del menor de su hogar materno supuso un desconocimiento del enfoque de género. Si bien comparto la conclusión anterior, estimo que resultaba imperativo que la Sala analizara la posible configuración de los fenómenos de violencia institucional y misoginia judicial en el caso particular ante las actuaciones del comisario Segundo de Familia de Envigado.

7. Acerca de la violencia institucional, esta Corporación ha determinado que las autoridades administrativas pueden incurrir en esta cuando “el Estado se convierte en un segundo agresor de las mujeres que han sido víctimas de violencia y que acuden a sus instituciones para lograr su protección y la restitución de los derechos fundamentales que les han sido vulnerados”.

8. En el caso analizado por la Sala Séptima de Revisión, se advirtió que, en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, el comisario emitió juicios degradantes y descalificantes respecto de las manifestaciones que realizó la actora como víctima de violencia sexual durante la relación sentimental que mantuvo con el padre del menor. Así entonces, a partir del análisis de las afirmaciones realizadas por la autoridad administrativa mediante las cuales negó que María hubiese sido víctima de un delito sexual, este Tribunal contaba con elementos para determinar si la autoridad administrativa había ejercido violencia institucional contra la actora y, en caso de encontrarlo necesario, ordenar a dicha autoridad abstenerse en lo sucesivo de adelantar actuaciones que incurran en este tipo de violencia.

9. Además, la Corte pudo haber efectuado un análisis acerca de la figura de la misoginia judicial, la cual corresponde a una construcción conceptual que atiende a una realidad material evidente y reiterativa en el marco de las decisiones judiciales que arremeten contra los derechos de las mujeres a partir de prejuicios y estereotipos misóginos que constituyen una revictimización y dificulta su acceso a la administración de justicia en términos de igualdad, eficiencia e imparcialidad. En ese sentido, la Sala debió adelantar el análisis de este tipo de violencias, debido a que la Comisaría Segunda de Familia de Envigado otorgó un trato reprochable a la accionante al poner en tela de juicio que fuese víctima de abuso sexual.

La ausencia de una orden de naturaleza penal

10. La Sala ordenó la remisión de una copia de la Sentencia T-181 de 2023 a la Oficina de Control Disciplinario Interno del municipio de Envigado y a la Procuraduría Regional de Antioquia, con el fin de que valoren las actuaciones del comisario en el trámite del proceso de restablecimiento de derechos, dentro de aquellas investigaciones disciplinarias que ya se adelantan en contra de este. No obstante, estimo que este Tribunal debió ordenar la compulsión de copias a la Fiscalía General de la Nación, con el propósito de que dicha entidad, sí así lo hubiere encontrado necesario, adelantara una investigación penal contra el comisario Segundo de Familia de Envigado por la presunta comisión del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto tipificado en el artículo 416 del Código Penal.

11. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha definido el acto arbitrario como aquel que realiza el servidor público “haciendo prevalecer su propia voluntad

sobre la de la ley con el fin de procurar objetivos personales y no el interés público, el cual se manifiesta como extralimitación de las facultades o el desvío de su ejercicio hacia propósitos distintos a los previstos en la ley”. Acerca del acto injusto, el Alto Tribunal ha señalado que corresponde a “la disconformidad entre los efectos producidos por el acto oficial y los que se debieron causar de haberse ejecutado con arreglo al orden jurídico. La injusticia debe buscarse en la afectación ocasionada con el acto caprichoso”.

12. En el caso particular, las decisiones proferidas por la entidad accionada no atendieron a los principios rectores propios de la función pública; por el contrario, sin soporte probatorio y de forma extralimitada en sus funciones, el comisario Segundo de Familia de Envigado procedió a ordenar el retiro definitivo del menor de su hogar materno, sirviéndose de una argumentación desdeñosa contra las manifestaciones de la accionante en calidad de madre y mujer víctima de actos sexuales abusivos. Esto último, a través de la usurpación de las competencias de otras autoridades, lo cual lo condujo a asegurar que las conductas punibles denunciadas por la actora no tuvieron lugar.

La necesidad de ordenar una capacitación obligatoria en asuntos de enfoque de género

13. Por último, como resultado de la ausencia de la aplicación de un enfoque de género en las decisiones adoptadas por la accionada y el hecho de que esta última incurriera en violencia institucional contra la actora, considero que la Sala se encontraba compelida a ordenar al comisario Segundo de Familia de Envigado a asistir de forma obligatoria a capacitaciones periódicas sobre formación y actualización en materias relacionadas con violencias en el contexto familiar, violencias por razones de género, administración de justicia con perspectiva de género y prevención de violencia institucional, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 2126 de 2021.

14. Así las cosas, aunque reitero mi respeto por las decisiones proferidas por este Tribunal, encuentro necesario exponer aquellos elementos que, en mi criterio, la Sala debió considerar para la resolución del caso particular.

En los anteriores términos dejo consignado mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra,

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Expediente T-8.993.278

M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera

Página de