

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

(...) que la (Comisaría accionada) no se haya pronunciado sobre la declaración que ... rindió ante el Instituto Nacional de Medicina Legal, respecto de los presuntos tocamientos que realizó el tío paterno..., constituye un defecto fáctico en su dimensión negativa; (...) la declaración rendida por la niña ..., reviste una complejidad que no debía echarse de menos y tenía tanta relevancia como la elevada por su hermana y padre cuando se refirieron a que era el ... tío materno, quien presuntamente había cometido los actos abusivos en su contra.

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO FACTICO-Reiteración de jurisprudencia

INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Características

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

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE HIJO MENOR-Ejercicio desde un enfoque constitucional

que atiende el interés superior de los niños, niñas y adolescentes

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

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Tienen derecho a que ambos padres ejerzan la custodia para su desarrollo armónico e integral

SEPARACION DE LOS PADRES-Actitud hacia los hijos debe propiciar el bienestar general integral

DECISION SOBRE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO-Debe fundarse siempre en el interés superior del niño

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

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Medidas de protección

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

JUECES DE FAMILIA Y AUTORIDADES QUE RESUELVEN CASOS QUE INCIDEN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Tienen el deber constitucional de imprimir en la ejecución de sus funciones una diligencia reforzada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Cuarta de Revisión

SENTENCIA T-185 DE 2023

Expediente: T-8.936.097

Acción de tutela instaurada por la señora María contra la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué

Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política,¹ y 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela del 28 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, por medio del cual se negó la acción de tutela promovida por María en contra de la Resolución No.181 del 10 de septiembre de 2021 proferida por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al interés superior de las niñas.

I. ANTECEDENTES

El presente caso involucra datos personales de niñas, por lo cual, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012 y en aras de proteger la intimidad, la privacidad y el

ejercicio pleno y prevalente de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, el despacho del Magistrado Ponente eliminará de esta providencia, el nombre de las personas y los datos e información que permitan su identificación. Por ello, para efectos de identificar a las personas se utilizarán nombres ficticios en cursiva.²

A. Hechos probados

1. Entre los años 2019 y 2021, la señora María denunció penalmente al señor Pedro en, al menos, tres oportunidades por el presunto delito de violencia intrafamiliar.

1. La pareja se separó de cuerpos y se acordó la custodia provisional de las niñas en cabeza de la señora María. Para su manutención, el señor Pedro aportó el dinero que, en principio, se destinó al pago de arriendos de vivienda, alimentación y educación.

1. El 5 de marzo de 2021, el señor Pedro solicitó ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Tolima, Centro Zonal Jordán, el restablecimiento de los derechos de las niñas, en la medida en que consideró que su madre desplegaba contra ellas maltrato físico y verbal. Por tal motivo, el 9 de marzo de 2021, esa autoridad profirió el Auto 30480513 por medio del cual se asumió el conocimiento de las diligencias y ordenó:

“Primero. Recibir y asumir el conocimiento de la presunta situación de amenaza y/o vulneración de derechos informada al ICBF y en contra [Rosa].

Segundo. Consecuencial con lo anterior, súrtanse las etapas procesales que consagra la Ley de Infancia y adolescencia, concretamente el estadio en el que se encuentra, esto es, la verificación de la garantía de los derechos de [Rosa].

Tercero. Entérese al equipo técnico adscrito al Despacho, adjuntando así mismo la información que reposa en el Sistema de Información Misional a la historia de Atención.

Cuarto. Actualice el Registro 30480513 en el Sistema de Información Misional con el ingreso de las actuaciones que correspondan”.

1. Inmediatamente después de la apertura del proceso, se adelantaron las respectivas entrevistas y se expuso el informe de verificación de derechos del que se resalta:

“9.3 Derechos vulnerados y/o amenazados:

Se registra verificación inicial de garantía de derechos de las niñas, se observa que viven al interior de una familia de tipología monoparental de línea materna, con factores protectores, tales como el vínculo afectivo hacia su progenitora, sin embargo, se identifica inadecuada relación parental posterior a la separación de sus progenitores, estilos de crianza autoritarios con características de maltrato psicológico por parte de su progenitora y antecedentes de físico y psicológico por parte de su progenitor; por tanto, lo anterior no proporciona un ambiente sano a las niñas y amenaza la garantía de sus derechos, aunado a los atributos de VIF en la relación parental, la cual persiste luego de la separación de sus padres. Por tanto, se observa amenazado sus derechos a su protección, ambiente sano y calidad de vida.

(...)

11. Conclusiones y recomendaciones

De acuerdo con lo anterior, se recomienda no adoptar una medida a prevención pese a las situaciones de VIF identificadas porque:

1. A partir de la Valoración psicológica inicial se valida la Hipótesis 1 Las niñas presentan un estado mental conservado, sin alteraciones en su estado de salud psicológica.
2. Se identifica vínculo afectivo fuerte en la relación entre la progenitora y sus hijas en tanto que se brinda respuesta a sus necesidades y las niñas la identifican como su principal referente de cuidado y protección. Así como se identifica red de apoyo familiar, conformado por la abuela materna [Sofía].
3. Pese a las características identificadas de trato inadecuado por parte de la señora [María] (maltrato verbal), se brinda orientación en estilos de crianza saludables y se remite a Psiquiatría y Psicología Clínica de Urgencia en tanto se identifica atributos de RIESGO ALTO de Conducta Suicida, con la finalidad de brindar herramientas en términos de estilo de crianza en su rol de madre y descartar posible afectación emocional por antecedentes y situación de VIF.
4. Por tanto, se recomienda a la autoridad administrativa no apertura de PARD y trasladar la petición a la comisaria de familia, teniendo en cuenta los atributos del VIF para realizar las acciones a las que haya lugar en el marco de la garantía de derechos de [Jazmín] y [Rosa].”

1. Posteriormente, el 13 de marzo de 2021, el señor Pedro puso en conocimiento de la Comisaría Permanente de Familia Turno 1 de Ibagué que el hermano de la madre de las niñas, el señor Andrés había cometido actos sexuales abusivos en contra de Jazmín. Asimismo, refirió que, por parte de la señora María existía “descuido, negligencia, inadecuadas pautas de crianza, [ausencia de garantías en] derecho a la vida, calidad de vida y ambiente sano, derecho a la integridad personal, derecho a la protección, actos de violencia intrafamiliar en modalidad de maltrato infantil” contras las niñas.

1. En esa misma fecha, la psicóloga adscrita a la Comisaría Permanente de Familia Turno No.1 realizó el informe de valoración psicológica inicial. El objetivo de tal formato fue indagar por la situación familiar, factores protectores y de riesgo de las niñas, identificar y conocer la dinámica familiar, determinar los derechos afectados en las niñas y generar alternativas de atención frente a la garantía de sus derechos. Dicha evaluación arrojó como compromisos y recomendaciones las siguientes:

“Teniendo en cuenta lo trabajado y observado en las NNA [Rosa] y [Jazmín], al momento de la valoración, refieren algunos hechos mas no se puede apreciar con claridad si se dieron o no los presuntos tocamientos por parte del tío materno el señor [Andrés]. Para lo cual se requiere la aplicación de pruebas que permitan determinar si estos hechos se dieron o no. Por otro lado la progenitora ha sido negligente, descuidada, ha generado antecedentes de maltrato infantil, presenta ideación suicida, es poco tolerante a la frustración y se conoció el que el señor [Andrés] frecuenta su vivienda. Así mismo, el progenitor presenta antecedentes de violencia intrafamiliar, se desconocen las condiciones habitacionales y socioeconómicas del señor [Pedro] y esto se debe verificar. Es así como ante lo anteriormente expuesto, se sugiere de manera respetuosa a la autoridad administrativa que las NNA [Rosa] y [Jazmín] sean cobijadas con medida de protección bajo modalidad de hogar sustituto mientras se adelantan las respectivas diligencias administrativas, valoraciones, pruebas y demás que

permitan determinar la red familiar garante de sus derechos y así puedan ser reintegradas.

(...)

Realizar examen de medicina legal a las NNA [Rosa] y [Jazmín].

(...)

Se evidencia dificultad en la relación interpersonal madre y padre donde la comunicación no es directa, ni asertiva, siendo conflictiva e inadecuada. Sin capacidad de escucha ni tolerancia, ni respeto entre sí. Situación que genera malestar en todo el grupo familiar en el que se desenvuelven las niñas [Rosa] y [Jazmín], dado que cada uno tiene sus propios puntos de vista frente a lo que consideran que es mejor para sus hijas sin respetar el sentir y pensar del otro. Esto ha generado que no se puedan establecer adecuadas relaciones que permitan el abordaje oportuno a las diferencias que han surgido frente a la crianza de las NNA”.

1. Seguidamente, se adelantó el informe de intervención en indagación de red familiar, el cual tenía como objetivo conocer sobre los factores protectores, de riesgo y la red familiar existentes para el restablecimiento de derechos. Allí se conceptuó:

“Poner en conocimiento la situación presenta (sic) con las NNA [Jazmín] de 04 años y [Rosa] de 10 años a fin (sic) que se tomen las medidas necesarias y se restablezcan los derechos.

Se observa que el NNA tiene vulnerados, amenazados e inobservados sus derechos a la protección, a los cuidados, a la integridad personal, a una familia.

(...)

Se hace mención que luego de indagar red familiar se evidenció que no se cuenta al parecer con red familiar garante distinta a los progenitores.

Que se restablezcan los derechos de las NNA mediante la modalidad de hogar sustituto mientras se adelantan las respectivas diligencias administrativas que permitan determinar la red familiar garante de los derechos de las NNA.

Remitir a las NNA a medicina legal.

Que las NNA sean valoradas e intervenidas por el área de psicología y tener en cuenta el concepto de la valoración para los trámites que considere el despacho.

Si el despacho lo considera pertinente remitir a otras entidades (ICBF-FISCALÍA-CAVIS) por no competencia.

(...)”

1. Así las cosas, la Comisaría Permanente de Familia Turno 1 de Ibagué dio apertura al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de radicado No. 0099 de 2021 y, en consecuencia, se adoptaron las siguientes determinaciones:

“B. Bríndesele Adóptese (sic) como medida Protección Provisional Consistente en ubicación a favor de las NNA [Rosa] y [Jazmín] ...el retiro inmediato de su medio familiar de origen, en este caso de su Progenitora, como restablecimiento de derechos se dispone ubicación de las NNA en mención, en Hogar Sustituto.

C. Hágase la solicitud, al equipo operador para la ubicación de las NNA en mención en Hogar sustituto.

D. Por parte del equipo Psicosocial hágase la Verificación de Derechos de conformidad a la Ley 1098 de 2006 Modificada por la Ley 1878 de 2018 a las NNA [Rosa] y [Jazmín].

E. Hágase acta de Colocación, Ingreso y de Compromiso a las Madres Sustitutas asignadas por el Operador de la ACJ.

(...)

H. Por tratarse de un asunto de Presuntos Actos Sexuales Abusivos con menor de 14 años y pautas de crianza, al tenor del art. 7° del Decreto 4840 de 2007 REMITANSE las presentes diligencias para su conocimiento y continuación ante la COMISARÍA TERCERA DE FAMILIA CAIVAS CAVIF de esta ciudad.

(...)

K. Remítase por parte del Despacho de la Comisaría Permanente de Familia Turno 1, al Instituto Nacional de Medicina Legal, a las NNA [Rosa] y [Jazmín], para su respectiva valoración, y verificar los presuntos actos sexuales abusivos con menor de 14 años, Violencia Intrafamiliar Modalidad de Maltrato Infantil y demás que sean necesarias.

(...)

O. Se hace la salvedad que (sic) no estar de acuerdo con los argumentos aquí expuestos, se plantea el Conflicto de Competencias Negativo.

(...)

Q. Comunicar a la Procuraduría Judicial de familia la apertura del presente Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos”.

1. De conformidad con lo ordenado, el Comisario Permanente de Familia Turno 1, el mismo 13 de marzo de 2021, realizó la orden de ingreso de las niñas Rosa y Jazmín al hogar con madre sustituta.

1. Igualmente, solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal que realizara la valoración médico legal a Rosa y Jazmín, a efectos de recopilar información respecto de los presuntos actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Por otra parte, se informó al Procurador 14 Judicial II de Familia del inicio del proceso de restablecimiento de derechos.

1. El 16 de marzo de 2021, se remitió el estudio del caso a la Comisaría Tercera de Familia – Centro de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual – Centro de Atención e Investigación Integral contra la Violencia Intrafamiliar, en correspondencia con lo decidido en la apertura del proceso.

1. En esa misma fecha, el Instituto Nacional de Medicina Legal – Unidad Básica Ibagué realizó el informe pericial de Clínica Forense a la niña Jazmín en el que la niña expuso: “mi tío el hermano de mi papá me tocó aquí (se señala los genitales externos) por encima de la ropa. Fue solo una vez y yo estaba pequeñita. No le dije a nadie porque me dio pena”. Además, se concluyó:

“menor del sexo femenino, quien relata haber sido víctima de tocamientos (abuso sexual) por parte de su agresor, a quien reconoce como tío. Se desconoce fecha de la ocurrencia de los hechos. Hizo un relato espontáneo, con un lenguaje coherente y comprensible para su edad, la cual clínicamente es de 4 años y se correlaciona con la edad documentada. Durante la anamnesis forense no se encontraron signos clínicos de alteraciones en el pensamiento...”.

1. Por su parte, en la entrevista que se realizó a Rosa, la niña relató:

“Siempre he vivido con mi mamá y con mi hermana [Jazmín]. En estos momentos, mi papá y mi mamá se están separando. Ellos se la llevan mal, se tratan feo y a veces se lastiman los dos. Todo esto lo empezó mi papá porque quiere nuestra custodia. Los dos tienen cosas muy malas, gritan mucho y dicen groserías y los dos hacen cosas lindas por mí. Con mi papá puedo hablar de Dios, me defiende y me trata lindo. Mi mamá estudia conmigo, me atiende y está pendiente de mí. Yo prefiero vivir con mi papá, porque me siento mejor con él y mi hermanita quiere vivir con mi mamá. A mí nunca me han tocado, nunca me han dado besos, ni siquiera me han mirado mientras me baño. Mi tío [Andrés] es bien conmigo y la novia también me cae muy bien. Nos trajeron acá porque mi hermanita le dijo a mi papá que mi tío [Andrés] (hermano de la madre), le había tocado la vagina, pero es porque él le limpiaba la cola cuando ella estaba más pequeña, pero en realidad, nunca he visto algo malo de mi tío con mi hermanita”.

1. En un oficio formulado por la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer del Departamento del Tolima, a la Fiscalía General de la Nación – Seccional Tolima, el profesional de la administración, como apoderado judicial de la accionante, indicó que el 25 de marzo de 2021 se había adelantado un Comité departamental de prevención contra la violencia contra la mujer. En el se solicitó información acerca de los procesos penales iniciados por la señora María en contra de Pedro; las razones por las cuales no se había adelantado un incidente de desacato respecto de medidas de protección en favor de María; los motivos por los cuales no se había realizado la audiencia concentrada de los procesos penales; se elaborara un plan metodológico de protección para la accionante en la medida en que se encontraba en alto riesgo de feminicidio; y celeridad en el trámite de los procesos por ella iniciados.

1. A través del Auto No. 30480513 del 12 de abril de 2021, la Defensoría de Familia de Restablecimiento de Derechos Regional Tolima Centro Zonal Jordán, resolvió la solicitud del padre de las niñas y expuso:

“No cabe duda, una estela de situaciones de violencia intrafamiliar orientaron en interrelacionamiento de la pareja en su momento; y orientan los conflictos no resueltos de padres separados actuales, por los que cursa en investigación, esto es, Expediente VIF0099/21, debiéndose en consecuencia remitir la Comisaria de Familia correspondiente, el particular, habida cuenta de la competencia que le asiste para su atención, abordaje y cesación, por lo que este despacho:

ORDENA

Primero. Abstenerse de abrir investigación de restablecimiento de derechos a favor de las

niñas [Jazmín] y [Rosa] ...en Atención a lo expuesto en la parte motiva de del presente acto administrativo.

Segundo. Remitir las presentes diligencias a la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué habida cuenta de investigación anterior que cursa en ese Despacho en favor de las partes

Tercero. Actualícese en la base de datos institucional lo que corresponde, esto es, Sistema de Información Misional registro 30480513, mediante el ingreso”.

1. El 28 de julio de 2021, una vez el padre de las niñas tuvo acceso a las entrevistas adelantadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal, envió un correo a la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué en el que sostuvo:

“Lo más irrelevante en la declaración de mi hija menor [Jazmín] es que menciona al tío [Alberto], cuando el TIO [Alberto] mi hermano nunca esta (sic) solo con ella ni con [Rosa] mi hija mayor ya que yo no he tenido la oportunidad de ver a mis hijas cuando llegaba de Estados Unidos a casa después de 7 meses de trabajar ósea (sic) una sola vez al año estaba en mi País Colombia.

Y cuando llegaba a Colombia a compartir tiempo con mis hijas, la Mamá (...), no me dejaba compartir tiempo con ellas, llamaba a la Policía como siempre y me mostraba una denuncia por violencia intrafamiliar que impuso ella hacia mi cuando yo estaba trabajando en altamar y una orden de protección la cual dice que yo no debo acercarme a ella. (...)

Lo más irrelevante es que si yo no podía ver a mis hijas y menos salir con ellas a algún lado a

comer helado o a cine, como puede ser posible que mi hermano Juan hubiese estado con mis hijas, si ni siquiera yo podía estar con ellas. Totalmente irreal”.

1. El 12 de agosto de 2021, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar profirió el Informe de evolución del proceso de atención de Rosa y Jazmín, del que se resaltan conductas regulares de comportamiento.

1. El 19 de agosto de 2021, la trabajadora social de la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué realizó la atención socio familiar a la señora María con el fin de identificar la condiciones sociofamiliares, habitacionales, factores de protectores y factores de riesgo para determinar la viabilidad del reintegro a las niñas a su medio familiar. Allí se determinó que:

“De acuerdo a la atención sociofamiliar, se encontró que la familia cuenta con condiciones habitacionales y condiciones económicas para la garantía de los Derechos de las NNA (s), pero es de aclarar que se evidencian factores de riesgo como: presunto abuso sexual a la NNA, [Jazmín], presunta negligencia en el rol materno y falta de credibilidad en la madre ante el presunto abuso sexual. Asimismo, se evidencia que la madre no cuenta con una Red Familiar vincular por línea materna en esta ciudad para apoyarla con los cuidados de las NNA(s). La madre aporta como referente datos de la Red familiar por línea paterna a la señora [Sonia].”

1. A través de comunicación telefónica adelantada en esa misma fecha, la trabajadora social se contactó con la abuela paterna de las niñas. En esa entrevista, la señora Sonia indicó que:

“En diálogo con la señora se pudo identificar tipología familiar extensa por línea paterna, con presencia de la abuela siendo esta la Red Familiar Vincular para apoyar con los cuidados de

las NNA(s) mientras el padre se encuentra laborando siendo un factor protector. la familia está conformada por la señora [Sonia], de 67 años de edad, profesional en Derecho, actualmente se dedica al hogar, sus dos hijos el señor [Pedro], de 40 años de edad, profesional y ocupación docente en Idiomas, estado civil soltero, siendo este el progenitor de las NNA(s) (...) Al grupo familiar también hace parte el señor [Alberto], de ocupación y profesión Ingeniero, en calidad de tío línea paterna y la señora [Julia], de 60 años de edad, de ocupación ama de casa en calidad de tía abuela. RELACIONES FAMILIARES. Se evidencian relaciones familiares funcionales con dinámica familiar adecuada, con vínculos afectivos estrechos basados en el respeto y el apoyo mutuo. La autoridad es ejercida por la abuela y por el progenitor con normas y límites al interior del hogar. En la entrevista con la abuela se observa que la familia muestra interés, compromiso y responsabilidad para asumir los cuidados de las NNA,(s) en medio familiar extenso por línea paterna. CONDICIONES SOCIOECONOMICAS”.

1. Por medio de la Resolución No.181 del 10 de septiembre de 2021, la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué resolvió la solicitud de restablecimiento de derechos y custodia iniciada por el señor Pedro el 13 de marzo de 2021. Ahí se decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar vulnerados los derechos de las niñas [Jazmín] y [Rosa] por encontrarse vulnerados sus derechos a la vida, calidad de vida, ambiente sano y protección contra las violencias sexuales.

ARTÍCULO SEGUNDO: Continuar con el Restablecimiento de Derechos a favor de [Jazmín] y [Rosa].

ARTÍCULO TERCERO: Como medida de Restablecimiento de Derechos a favor de las NNA [Jazmín] y [Rosa], su REINTEGRO bajo la custodia y protección del progenitor [Pedro], por percibirse garante de sus derechos.

ARTÍCULO CUARTO: Se fija alimentos a la señora [María] la suma de Doscientos Mil pesos (\$200.000) a favor de las NNA [Jazmín] y [Rosa]. Cuota que deberá cancelar los primeros cinco días mes a partir de octubre de 2021.

ARTÍCULO QUINTO: Las visitas con la progenitora, señora [María] con las NNA [Jazmín] y [Rosa] se podrán dar (sic) manera libre previo acuerdo con el progenitor y teniendo en cuenta sus horarios laborales los fines de semana y horarios de estudio de las NNA:

ARTICULO SEXTO: Se ordena a la progenitora continuar con las atenciones a nivel de salud mental (psicología y psiquiatría) lo cual debe aportar a este despacho para evidenciar la atención en la NNA.

ARTÍCULO SEPTIMO: Se suspende cualquier tipo de acercamiento de las niñas [Jazmín] y [Rosa] con el presunto agresor el señor [Andrés] tío materno de las NNA hasta que resuelva investigación penal adelantada en su contra.

ARTÍCULO OCTAVO: Solicitar al equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia para que continúe con el trabajo psicosocial a favor de la NNA [Jazmín] y [Rosa], verificando que reciba atención psicológica frente al presunto abuso sexual, su vinculación al sistema de salud, educativo y una actividad extracurricular, implementar adecuadas pautas de crianza, basadas en la creación de normas, reglas, hábitos y rutinas que contribuyan a su desarrollo integral, no ejercer ningún tipo de maltrato.

ARTÍCULO NOVENO: Contra la presente Resolución procede el Recurso de Reposición, anta la suscrita Comisaria de Familia para que revoque, aclare o modifique la presente Resolución. El

recurso anterior podrá interponerse por todos aquellos que acrediten un interés legítimo en relación se deberá interponer de forma verbal por quienes asisten a la audiencia de fallo y para quienes no asistieron lo harán en los términos que establece el Código General de Procesos (sic) y Ley 1098 de 2006.

1. Durante la misma audiencia, la señora María interpuso el recurso de reposición. Sin embargo, este se negó por cuanto, bajo la consideración de la Comisaría, los hechos narrados y las pruebas que la señora María solicitaba se tuvieran en cuenta corresponden a un proceso de violencia intrafamiliar y no al restablecimiento de derechos de las niñas.

1. De conformidad con el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y la Adolescencia- el proceso se remitió al Juzgado Tercero de Familia de Ibagué para que se surtiera el trámite de homologación. A través del fallo de 17 de marzo de 2022, el juez de familia homologó la Resolución 181 del 10 de septiembre de 2021 proferida por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué al considerar que se cumplieron las garantías al debido proceso de las partes; así como que se ordenaron las valoraciones profesionales pertinentes para adoptar la decisión de entregar la custodia de las niñas a su padre. Dentro de los argumentos del juez, se tiene que la salud mental de la madre de las niñas no fue el único hecho tenido en cuenta por la Comisaría de familia para entregar la custodia al señor Pedro pues, si bien se le ordenó iniciar un tratamiento psicológico, este se encuentra en curso. Además, consideró que la señora María:

“no cuenta con red de apoyo para el cuidado de las [niñas], cuando salga a trabajar y, lo más importante y a la vez preocupante, no acepta lo relacionado con el posible abuso sexual de [Jazmín], por lo que dejarla bajo su cuidado y custodia, sería tanto como continuar la amenaza de la integridad, salud e incluso la vida de la niña, al tener contacto con el posible agresor, situación que solo se puede aclarar mediante el proceso penal que se adelanta por ello” 3

Solicitud de tutela

1. El 6 de diciembre de 2021, la señora María instauró acción de tutela en contra de la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué para que se ampararan los derechos fundamentales de sus hijas Rosa y Jazmín al debido proceso y al interés superior de las niñas y, en consecuencia, se ordenara dejar sin efecto la Resolución No. 181 del 10 de septiembre de 2021, por medio de la cual se restablecieron los derechos de las niñas Rosa y Jazmín y se entregó la custodia al señor Pedro y que fue proferida por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué. La accionante basa su petición en que, en su criterio, no se valoró (i) que en el Informe de Medicina Legal la niña Jazmín, reconoce como presunto agresor sexual al señor Alberto, tío paterno y quien habita en la misma residencia donde se ejerce la custodia de las niñas y (ii) las pruebas allegadas al proceso de restablecimiento de derechos de las niñas, las cuales dan cuenta que ella y sus hijas han sido víctimas de violencia intrafamiliar por parte de su ex pareja. De esa manera, solicitó por medio de esta acción que le fuera asignada la custodia de Rosa y Jazmín pues considera que los derechos fundamentales de las niñas se encuentran amenazados.

A. Trámite procesal de la acción de tutela

1. El 15 de diciembre de 2021, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué avocó conocimiento de la acción de tutela y decidió vincular a la causa por pasiva al señor Pedro. Así pues, ofició a la accionada y al vinculado para que se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones expuestos en la demanda. La Comisaría Tercera de Familia de Ibagué allegó su contestación mientras que el señor Pedro, en calidad de vinculado, no se pronunció sobre la situación fáctica descrita por la accionante.

Contestación de entidad accionada

1. La Comisaría Tercera de Familia de Ibagué en contestación del 17 de diciembre, indicó que la Comisaria Permanente de Familia Turno 1 dio apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos No. 099-21 el 13 de marzo de 2021, el cual fue remitido por competencia a ese despacho, en la medida en que dentro de las entrevistas adelantas, se evidenció una declaración de la niña Jazmín en la que relató que era víctima de abuso sexual por parte de su tío paterno, el señor Alberto. Indicó que el despacho remisorio dictó algunas medidas provisionales con el objeto de prevenir nuevos hechos de abandono, presuntos actos sexuales abusivos, descuido y negligencia parental y, en ese sentido, proteger el derecho a la vida, calidad de vida y un ambiente sano, derecho a la integridad personal, derechos de protección contra la violencia intrafamiliar presuntamente ejercidos por la señora María.

1. Sostuvo que en el informe adelantado por el Instituto Colombiano de Medicina Legal a la niña Jazmín, se indicó: “[m]enor de sexo femenino, quien relata haber sido víctima de tocamientos (abuso sexual) por parte de su agresor, a quien reconoce como (tío)” y, en contraste con ello, en el informe realizado a la niña Rosa se encontró: “[m]enor de sexo femenino, quien niega haber sido víctima de algún tipo de actividad sexual. Refiere sospecha de tocamiento por parte de su tío (materno) hacia su hermana, menor de 04 años”.

1. De igual forma, la entidad accionada realizó un recuento del proceso administrativo desarrollado en ese despacho, así como de las valoraciones psicológicas con sugerencias y recomendaciones realizadas por el Centro Zonal Jordán-Regional Tolima del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

1. Así entonces, indicó que el 10 de septiembre de 2021 se llevó a cabo la audiencia de pruebas y fallo que dio fin al proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de las niñas Rosa y Jazmín dentro del cual se resolvió conceder la custodia al señor Pedro “por cuanto de acuerdo con las valoraciones psicológicas y trabajo socio familiar adelantado por esta Comisaria demostró vínculos cercanos y de apego, el padre ha ejercido un rol adecuado en cuanto a la satisfacción de las necesidades básicas y de afecto hacia las NNA. Muestra preocupación e interés por el bienestar de sus hijas, conllevando a que este despacho concediera la misma, con el fin de garantizar y proteger los derechos a favor de las niñas”.

1. Por lo expuesto, solicitó al despacho judicial desvincular y negar las pretensiones pues sostuvo que el fallo se sustentó en actuaciones administrativas encaminadas a proteger y garantizar los derechos de las niñas Rosa y Jazmín y, por ello, se desplegaron de forma diligente todas las acciones necesarias a favor del restablecimiento de derechos de las niñas.

1. En sentencia del 28 de diciembre de 2021, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante. En concreto, el Juez adujo que no se cumplían los requisitos de procedibilidad para que prosperara la acción de tutela. Asimismo, indicó que la accionante contaba con otros mecanismos de defensa judicial dentro de los cuales podría ventilar sus pretensiones.

1. Como fundamento para tal decisión, expuso que la entidad accionada, el 1° de diciembre de 2021, remitió oficiosamente el proceso al Juzgado de Familia en reparto para que se decidiera la instancia contenida en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 - Código de Infancia y Adolescencia. El trámite le correspondió al Juzgado Tercero de Familia quien, hasta

la fecha de interposición de la presente acción de tutela, no había proferido fallo en cuanto a la homologación de lo decidido por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué.

1. De otra parte, respecto del perjuicio irremediable, al cual describe como “único fundamento constitucional de la protección transitoria cuando existen otros medios de defensa judicial”, indicó que de los elementos materiales probatorios no se avizoraba la necesidad de la intervención de juez constitucional pues, como advirtió, existen otros mecanismos judiciales, tal como el de homologación, vigente en el Juzgado Tercero de Familia de Ibagué.

1. Finalmente, el fallador sostuvo: “en este caso en concreto resulta imperativa la declaración de IMPROCEDENCIA de la tutela por cuanto existe otro mecanismo judicial para hacer valer los derechos que consideran vulnerados por parte de la COMISARIA TERCERA DE FAMILIA de esta ciudad, y la actuación del vinculado al contradictorio señor Pedro por las razones anotadas en la parte motiva de esta determinación”. No obstante lo anterior, en la parte resolutive del fallo se decidió:

“PRIMERO: NO TUTELAR las pretensiones invocadas por la señora [María], identificada con la cédula de ciudadanía número x de Ibagué en contra de la COMISARIA TERCERA DE FAMILIA de esta ciudad, representada por la doctora DIANA MARCELA GUZMAN GOMEZ y el vinculado al contradictorio Pedro de acuerdo a las consideraciones señaladas en la parte motiva de este proveído y existir otros mecanismos para hacer valer los derechos”.

La decisión adoptada por el el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué no fue impugnada por ninguna de las partes involucradas en el trámite. En esa medida, la providencia debía ser enviada a esta Corporación dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Sin embargo, aun cuando el fallo fue dictado el 28 de diciembre de 2021, la Secretaría General de esta Corte radicó esta acción de tutela para

su eventual revisión el 2 de septiembre de 2022.

A. Decreto de pruebas

Auto del 14 de diciembre de 2022

1. Con el ánimo de contar con mayores elementos de juicio al momento de resolver la controversia constitucional, mediante Auto del 14 de diciembre de 2022, el Despacho estimó pertinente vincular al contradictorio (i) al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; (ii) a la Fiscalía General de la Nación; (iii) al Ministerio de Justicia; y (iv) a la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer del Tolima para que allegaran diferentes elementos probatorios. Por medio de auto de la misma fecha, el Magistrado Ponente consideró pertinente decretar de oficio una inspección judicial con acompañamiento técnico, de manera que se realizara la verificación de las circunstancias actuales en las cuales se encontraban las niñas bajo la custodia de su padre, el señor Pedro. Así se expuso:

“PRIMERO.- DECRETAR de oficio, en el marco de los artículos 236 y siguientes del Código General del Proceso, una inspección judicial con acompañamiento técnico la cual se practicará durante el día veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023) en el municipio de residencia de las niñas (Ibagué, Tolima) y se asistirá a los espacios y lugares que sean previamente determinados de común acuerdo con las autoridades que acompañarán esta diligencia de acuerdo con el siguiente resolutivo, en los horarios que sean acordados.

SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de la Subdirección de Restablecimiento de Derechos y el Centro Zonal Jordán de la Regional en

Tolima, el acompañamiento técnico presencial en la práctica de la inspección judicial a la que se refiere en anterior resolutivo. Estas dependencias podrán asistirse de máximo dos (2) profesionales cada uno que apoyen con sus conocimientos técnicos la diligencia que se pretende adelantar, cuyos nombres deberán ser informados a este Despacho dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la comunicación de este auto a los correos electrónicos mariact@corteconstitucional.gov.co y danielasm@corteconstitucional.gov.co.

De manera previa a la fecha de realización de la inspección judicial, CITAR a una reunión preparatoria virtual a través de la plataforma Teams con los funcionarios designados por dichas dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el fin de determinar la forma y lugares específicos en los que se desarrollará la inspección, la cual tendrá lugar diez (10) días calendario antes de la diligencia, esto es, el martes diecisiete (17) de enero de dos mil veintitrés (2023), a las nueve de la mañana (9:00 a.m). En esta reunión se determinarán los elementos necesarios y preparatorios de la diligencia, como por ejemplo, establecer de común acuerdo, dónde, además de la residencia de las niñas, se debería conducir la inspección.

(...)

CUARTO.- ORDENAR a la Subdirección de Restablecimiento de Derechos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la realización de la inspección judicial, allegue a este Despacho un concepto que contenga valoraciones con los métodos que la Institución considere apropiados para certificar: (i) el estado actual de las niñas; (ii) la idoneidad de los padres para asumir su cuidado; (iii) la existencia de familia extensa que pueda asumir o apoyar el cuidado de las niñas y (iv) las características de las relaciones familiares padre/hijas, madre/hijas, padre/madre, hija/entorno actual y entre hermanas.”

1. Por su parte, a las entidades vinculadas se les solicitó se sirvieran remitir las siguientes pruebas:

“SEXTO.- Por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, SOLICITAR a la Fiscalía General de la Nación, Seccional Tolima que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo del presente auto, remita a este despacho: (i) la relación y copia de los procesos penales iniciados por la señora María en contra del señor Pedro; y (ii) la relación y copia de los procesos penales iniciados por el señor Pedro en contra de la señora María. Adicionalmente, que informe si existen denuncias en contra de los señores Andrés (tío materno) y Alberto (tío paterno) por presuntos delitos sexuales cometidos respecto de sus sobrinas Rosa y Jazmín, en caso de existir, remitir copia de los procesos correspondientes.

SÉPTIMO.- Por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, ORDENAR a la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué, Tolima que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo del presente auto, remita copia íntegra de los procesos que cursen o hayan cursado en ese despacho en donde estén involucrados los señores María y Pedro y/o las niñas Rosa y Jazmín.

OCTAVO.- Por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, SOLICITAR a la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo del presente auto, informe a este despacho qué acciones se han adelantado por parte de esa entidad, en favor de la señora María como presunta víctima de violencia intrafamiliar y de género”

1. A través del oficio OPTB-287/2022, la Secretaría General de la Corporación comunicó el auto a las entidades. Así pues, se recibieron las siguientes respuestas:

Ministerio de Justicia

1. El 11 de enero de 2023 se allegó a esta Corte el oficio No. MJD-OFI22-0049264-DJF-20200 de 22 de diciembre de 2022, en el que la entidad señaló que no le corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho pronunciarse sobre los hechos que originaron la acción de tutela en mención. En ese sentido, consideró que se configuraba la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que: (i) las pretensiones de la parte accionante, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales al debido proceso y al interés superior de las niñas, no guardan relación con las funciones actuales y competencias propias de esa Cartera Ministerial y (ii) el Ministerio de Justicia y del Derecho no ha participado en los hechos expuesto en la tutela.

1. Señaló que con la entrada en vigencia de la Ley 2126 de 2021 “por la cual se regula la creación, conformación y funcionamiento de las comisarías de familia, se establece el órgano rector y se dictan otras disposiciones” el Ministerio de Justicia y del Derecho sería superior jerárquico de las Comisarías de Familia del país. No obstante, comoquiera que la regencia de la enunciada se fijó para el 4 de agosto de 2023, no está legitimada en la causa para responder por los hechos y las pretensiones de la presente acción de tutela.

1. Por último, anexó la siguiente documentación:

* Resolución No. 0376 de 7 de junio de 2012, por la cual se delegan funciones a funcionarios del Ministerio de Justicia y del Derecho.

* Resolución No.1809 de 30 de septiembre de 2022, por la cual se efectúa el nombramiento

de carácter ordinario.

* Acta de posesión 0091 de 3 de octubre de 2022.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Tolima

1. El 11 de enero de 2023, la Regional Tolima del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, hizo un recuento del Proceso de Restablecimiento de Derechos iniciado el 5 de marzo por el señor Pedro. A ello, anexó las valoraciones realizadas a las niñas, así como la decisión de abstenerse de abrir investigación de restablecimiento de derechos en favor de las Jazmín y Rosa. Así mismo, comunicó los nombres de las profesionales que acompañarían a la diligencia judicial ordenada a través de la providencia del 14 de diciembre de 2022.

Fiscalía General de la Nación

1. Por medio de comunicaciones recibidas, vía correo electrónico, por la Secretaría General de esta Corporación, la Fiscalía General de la Nación a través de oficio No. 20460-001-02-0037 de 12 de enero de 2023 señaló que luego de consultado el Sistema de

Información SPOA, se encontraron los siguientes procesos penales:

* Por el delito de violencia intrafamiliar, la señora María inicia un proceso penal en contra del señor Pedro del cual tiene conocimiento la Fiscalía Catorce (14) Local CAVIF – Juicios, bajo la Noticia Criminal No. 73001600045020200XXXX conexas con la Noticia Criminal No. 73001600045020190XXXX, donde se registra el mismo procesado Pedro y la misma víctima María. Adicionalmente, a través de oficio de 20 de octubre de 2022 la Fiscalía Catorce (14) Local CAVIF – Juicios, indicó que en la actualidad se está a la espera que el Juzgado de conocimiento fije y dé a conocer nueva fecha para Audiencia Concentrada. Resaltando que las menores, hijas de la pareja en común, no fueron incluidas en el escrito de Acusación como víctimas. Por lo tanto, el delegado Fiscal anunció que, en audiencia Concentrada (proceso Abreviado), solicitará reconocimiento de dicha calidad de las menores, y también requerirá al Juez de Conocimiento el llamamiento de Defensor de Menores en su representación.

* En cuanto el proceso penal iniciado por el señor Pedro en contra de la señora María, se encontró que el día 4 de marzo de 2021 se recibió una denuncia, caso que se encuentra conociendo la Fiscalía Setenta y Cinco (75) Local CAVIF de Ibagué, por el delito de violencia intrafamiliar agravado por tratarse de menor, mujer, anciano o discapacitado, bajo la Noticia Criminal No. 73001609909320215XXXX.

* Con relación a la existencia de denuncias en contra de los señores Andrés (tío materno) y Alberto (tío paterno) por presuntos delitos sexuales cometidos respecto de sus sobrinas Rosa y Jazmín se evidenció en el sistema de información SPOA, un solo proceso, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, denuncia presentada por el señor Pedro bajo la Noticia Criminal No. 73001609935520225XXXX, en conocimiento de la Fiscalía Cuarenta y Dos (42) Seccional CAIVAS, en contra del señor Andrés (tío materno).

1. Por otro lado, se destaca que a través de Informe de Investigador de Campo FPJ-11 No.

IC0007037XXX, se realizó entrevista forense a las menores Rosa y Jazmín, por cuanto la primera, mediante una narración libre informó que su tío Andrés había abusado de ella y de los hechos la niña manifiesta que la frecuencia con que ocurren los comportamientos que refiere recordar, ocurrieron entre 5 y 6 veces. Así mismo, en esta entrevista forense la menor Jazmín indicó que el tío Andrés abusó de ella, mencionando que el lugar de las acciones era la casa de su mamá.

1. Finalmente, frente a la denuncia instaurada por el señor Pedro contra la señora María, que cursa con la Noticia Criminal No. 73001609909320215XXXX y las iniciadas por la señora María en contra del señor Pedro, radicadas con la Noticia Criminal No. 73001600045020200XXXX conexas con la Noticia Criminal No. 73001600045020190XXXX, se pudo evidenciar que los dos refieren que entre ellos existía violencia física, verbal y psicológica, amenazas e intimidaciones que dan cuenta de los graves conflictos de su vida de pareja.

1. De otra parte, respecto de las denuncias instauradas por la señora María en contra del señor Pedro en la noticia criminal de no.73001600045020200XXXX, se destaca: “refiere que ha sido amenazada de muerte, cuando se encuentran en conflicto, manifiesta el denunciado que ‘voy a conseguir ácido y te mato en una tina y te desaparezco no vas a quedar en nada y así nadie va a saber de usted. Si no te corto en pedacitos y te desaparezco, te incito a que te lances por el puente de la variante.”

1. Por lo anterior, solicitó ser desvinculado de la presente acción Constitucional, en razón que en la actualidad se encuentra en juicio y en desarrollo de los trámites procesales contemplados para el Proceso Penal Especial Abreviado.

Reunión del 13 de enero de 2023 con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de la Subdirección de Restablecimiento de Derechos y el Centro Zonal Jordán de la Regional en Tolima

1. La reunión se llevó a cabo en la fecha y hora acordada a través de la plataforma Teams con las profesionales de la Subdirección de Restablecimiento de Derechos y la Regional Tolima. Durante esa diligencia, las profesionales técnicas escucharon por parte del despacho del Magistrado ponente la exposición de los hechos, las pretensiones de la acción de tutela y los objetivos de la inspección judicial que se pretendía adelantar.

1. En su concepto y en el marco de protección de los derechos fundamentales de las niñas, la institución recomendó al Magistrado ponente que la visita y entrevista que se pretendía realizar fuera desarrollada por las profesionales técnicas capacitadas para el trato con los niños, niñas y adolescentes. El Magistrado acogió la sugerencia e instó a que, desde el Centro Zonal Jordán de la Regional Tolima del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se realizara la entrevista e, igualmente, se diera cumplimiento al numeral cuarto del auto del 14 de diciembre de 2022.

1. Así las cosas, el 19 de enero de 2023, se recibió información por parte del Centro Zonal Jordán de la Regional Tolima del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, respecto de la entrevista y visitas adelantadas por la Psicóloga y Trabajadora social de la entidad. Por tanto, el objeto central de la diligencia judicial que se pretendía adelantar el 27 de enero de 2023, se agotó con dicha visita.

Auto de pruebas y desistimiento de inspección judicial del 20 de enero de 2023

1. Atendiendo a que el objeto de la diligencia judicial programada a través del auto del 14 de diciembre de 2022 se había agotado, el Magistrado ponente profirió un nuevo Auto con el objeto de desistir de la realización de la diligencia judicial. Asimismo, en la medida en que la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué y Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer de Ibagué no habían allegado sus respuestas, insistió en su recaudo. Finalmente, consideró necesario vincular a la causa por pasiva a la Dirección de Justicia de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Ibagué, a efectos de que brindara cierta información respecto de las Comisarías de Familia del Municipio. Así se resolvió:

“PRIMERO. NO PRACTICAR de la inspección judicial ordenada a través del numeral primero del Auto del 14 de diciembre de 2022, por los motivos expuestos en este auto, por lo que se procederá a DEJAR SIN EFECTOS en lo que no se haya agotado los resolutivos primero a quinto del Auto del 14 de diciembre de 2022 proferido en el expediente T-8.936.097.

SEGUNDO. CITAR a las funcionarias representantes del Centro Zonal Jordán de la Regional Tolima del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y de la Subdirección de Restablecimiento de Derechos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a una reunión a través de la plataforma Teams, la cual se realizará el 27 de enero de 2023 a las 14:00 horas con el fin de presentar el informe resultado de la entrevista y visita al domicilio de las niñas.

TERCERO. DISPONER que, por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, se requiera nuevamente a la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué, a efectos de dar cumplimiento a lo ordenado por el Magistrado sustanciador en el Auto del 14 de diciembre de 2022, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de este auto, a saber:

“SÉPTIMO.- Por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, ORDENAR a la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué, Tolima que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo del presente auto, remita copia íntegra de los procesos que cursen o hayan cursado en ese despacho en donde estén involucrados los señores María y Pedro y/o las niñas Rosa y Jazmín.”

CUARTO. DISPONER que, por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, se requiera nuevamente a la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer de Ibagué, a efectos de dar cumplimiento a lo ordenado por el Magistrado sustanciador en el Auto del 14 de diciembre de 2022, dentro de los 3 días siguientes a la notificación de este auto, a saber:

“OCTAVO.- Por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, SOLICITAR a la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo del presente auto, informe a este despacho qué acciones se han adelantado por parte de esa entidad, en favor de la señora María como presunta víctima de violencia intrafamiliar y de género”.

QUINTO. DISPONER que, por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, se advierta la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué y la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer de Ibagué que, en caso de no dar cumplimiento a lo ordenado en el Auto del 14 de diciembre de 2022, podrán hacerse acreedores de las medidas contempladas en el artículo 65 del Acuerdo 02 de 2015 y demás normas concordantes.

SEXTO. Por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, SOLICITAR a la Dirección de Justicia de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Ibagué que, en el término de dos (2) días hábiles contados a partir del recibo del

presente auto, informen a este despacho sobre: (i) la cantidad de procesos de restablecimiento de derechos que cursan en las comisarías de familia del Municipio de Ibagué; (ii) la cantidad de procesos de restablecimiento de derechos que involucran delitos de violencia sexual en el Municipio de Ibagué, qué autoridad tramita estos procesos y cuál es el equipo de trabajo con el que cuenta esta autoridad para tal efecto; (iii) el término promedio de duración de los trámites de restablecimiento de derechos en las comisarías de familia del Municipio de Ibagué; y (iv) el tiempo promedio de respuesta psicosocial que se brinda a las víctimas de violencia sexual en el marco de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos. De igual manera, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 2126 de 2021, que precisen cuáles son las actuaciones de preparación que se están realizando para tal efecto, en lo de su competencia.

OCTAVO. Por Secretaría General de esta Corporación y haciendo uso de medios de comunicación virtuales, SOLICITAR a la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo del presente auto, informe a este despacho cuáles son las actuaciones de preparación institucional que se han adelantado a efectos de asumir las funciones que se asignan con la entrada en vigencia del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 2126 de 2021, así como si se han adelantado actuaciones con otras autoridades del Estado con esa misma finalidad.”

1. El 26 de enero de 2023, la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué remitió copia íntegra del proceso de Restablecimiento de Derechos de las niñas Rosa y Jazmín.

Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer de Ibagué

1. El 30 de enero de 2023, la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer de Ibagué informó que en sus archivos no reposaba información que tuviera como titulares a las accionantes enunciados en el auto remitido.

Dirección de Justicia de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Ibagué

1. El 30 de enero del 2023, la Dirección de justicia allegó las respuestas a las solicitudes así:

i. La cantidad de procesos de restablecimiento de derechos que cursan en las comisarías de familia del Municipio de Ibagué;

COMISARIA

NÚMERO DE CASOS

COMISARIA

NÚMERO DE CASOS

Primera

0

Permanente turno 1

Segunda

0

Permanente turno 2

Tercera

317

Permanente turno 3

Cuarta

0

Permanente turno 4

(ii) La cantidad de procesos de restablecimiento de derechos que involucran delitos de violencia sexual en el Municipio de Ibagué, qué autoridad tramita estos procesos y cuál es el equipo de trabajo con el que cuenta esta autoridad para tal efecto;

Comisaría 1

355

Comisaría 2

Comisaría 3

717

Comisaría PTE Turno 1

470

Comisaría PTE Turno 2

303

Comisaría PTE Turno 3

390

Comisaría PTE turno 4

460

Total procesos comisarías

3452

(iii) El término promedio de duración de los trámites de restablecimiento de derechos en las comisarías de familia del Municipio de Ibagué;

La Comisaría Tercera de Familia es la única encargada de atender por competencia los casos de violencia sexual presentados en el Municipio de Ibagué.

Por otro lado, existe una Comisaría Permanente con 4 turnos que dependiendo su turno recibe las denuncias y tomas (sic) las medidas urgentes de protección de los niños, niñas y adolescentes (NNA) y las envía por competencia a la fiscalía general de la nación para su correspondiente reparto.

Las comisarías de familia cuentan con un equipo Psicosocial conformado por un Psicólogo, un trabajador social.

(iv) El tiempo promedio de respuesta psicosocial que se brinda a las víctimas de violencia sexual en el marco de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos.

Conforme a la Ley 1098 de 2006 artículo 58 las comisarías permanentes de familia conocen

en forma inicial cuando la comisaría Tercera no se encuentra laborado, el procedimiento se inicia con la denuncia y en forma inmediata se verifican los derechos de los NNA a través del equipo psicosocial, luego del concepto emitido por el equipo, el despacho apertura el proceso de restablecimiento de derechos, busca la familia extensiva, se hace entrega provisional por medio de acta de colocación familiar. En caso de no existir familia extensivas se retira el NNA de su hogar y entrega a hogar sustituto o institución que tenga convenio con el ICBF

De igual manera, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 2126 de 2021, que precisen cuáles son las actuaciones de preparación que se están realizando para tal efecto, en lo de su competencia.

Desde la Dirección de Justicia en el año 2022, se realizaron socializaciones de la Ley 2126 de 2021 a los servidores públicos de las Comisarias de Familia. No obstante, conforme al Decreto No. 425 de 2020 Manual de funciones establecido por la Administración Municipal, la Dirección de Justicia tiene la coordinación de las Comisarias de familia, y el jefe inmediato de estas autoridades es el Secretario de Gobierno quien es el competente para dirigir, orientar y realizar las inversiones presupuestales necesarias para la implementación de la ley en mención.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

1. El 31 de enero de 2023, se allegaron cuatro archivos con las valoraciones psicológica y de trabajo social practicadas el 19 de enero de 2023 a las niñas Rosa y Jazmín, así como la lista de documentos en los que se soportó la valoración. De esta se resalta la siguiente

información de la valoración psicológica:

“las niñas impresionan no presentar dificultades en su estado psicoemocional, en tanto que sus procesos psicológicos se desarrollan de manera acorde con su edad cronológica y mental...

Por lo anterior, se puede confirmar que en la actualidad las niñas no presentan comportamientos que puedan indicar una posible afectación emocional, aunado a que a partir de la posible situación de violencia sexual presentada se continuó con la ruta de atención de salud mental, ya que en la última atención del 20 de enero del presente se observa orden para continuar psicoterapia...

Con relación a lo identificado en la orden que se estableció de visita, se pudo evidenciar características de apego seguro en las niñas en la relación con su progenitor, demostrado en la seguridad, bienestar y confianza que este les brinda; esto se puede percibir a través de la observación directa en la forma como se relacionan las niñas con el cuidador, así como en la entrevista semiestructurada con Rosa, manifiesta ‘mi papá sí me creyó, me protegió y por eso me siento bien con él’, así como Jazmín quien refiere ‘el es un buen papá y nos cuida mucho, él nos da la comida, nos saca a pasear, no me pega, nos llama todo el tiempo’”.

1. Del informe de valoración de trabajo social se resalta:

“De acuerdo con lo observado e indagado con el progenitor en la visita social realizada se puede inferir que el sistema familiar en el que se encuentran actualmente las niñas Rosa y Jazmín brinda estabilidad y armonía por parte de su progenitor con el apoyo de su red familiar, garantizando sus derechos acordes al nivel socio económico y habitacionales, atendiendo a las necesidades en salud, educación y vivienda de las niñas

Así mismo, se percibe una dinámica familiar estructurada, donde están claros los vínculos paternofiliales, donde quien ejerce la autoridad sobre las niñas es el progenitor y los demás miembros de la familia colaboran desde sus roles.

Actualmente las dos niñas cuentan con factores de generatividad como satisfacción de necesidades básicas, documentos de identificación, vinculación al sistema de salud EAPB Salud total régimen contributivo, no se observa riesgos de violencia intrafamiliar o (sic) otros signos de maltrato que afecten la integridad de las dos niñas”.

1. De otra parte, el 1 de febrero de 2023, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar indicó que a través de la Dirección de Protección se elaboró y difundió un documento de orientaciones principales sobre las temáticas que vinculan a las autoridades administrativas en el marco de la Ley 2126 de 2021 en el que se definen competencias, delimitaciones, facultades y otras acciones relativas a la aplicación de dicha ley.

1. Además, sostuvo que se adelantaron capacitaciones a lo largo de los años 2021 y 2022 dirigidas a defensores y comisarios de familia, así como a sus equipos interdisciplinarios con la finalidad de difundir la norma que está próxima a entrar en vigencia.

1. Como anexos, la Oficina Asesora Jurídica remitió información acerca del número de capacitaciones conjuntas que se han realizado en compañía del Ministerio de Justicia y del Derecho, dirigidas a defensores y comisarios de familia que tienen como fin la difusión de orientaciones y cambios de los contenidos en la Ley 2126 de 2021, durante las vigencias 2021 y 2022, así como la copia del memorando 202120000000133763 que contiene la línea técnica de aplicación de la Ley 2126 de 2021.

1. Adicionalmente, indican que con el propósito de afrontar las funciones establecidas en la Ley 2126 de 2021, se analizó cuáles son las regionales que presentan mayor número de casos de niños, niñas y adolescentes ubicados en medidas diferentes al medio familiar, con el fin de aumentar el número de profesionales psicosociales que apoyan la labor de las Defensorías de familia. Sostuvo que el ejercicio es progresivo, focalizado y se desarrolla de acuerdo con las necesidades que se identifican en las direcciones regionales y la disponibilidad presupuestal. En ese sentido, expuso que se realizó la contratación de 58 profesionales psicosociales, así como 110 profesionales entre abogados, psicólogos, trabajadores sociales y nutricionistas. Por último, manifestó que el ICBF asignó recursos para la contratación de 133 abogados para las vigencias 2022 y 2023 con el objetivo de apoyar a los Defensores de familia en la sustanciación de los procesos asignados a su cargo y de conformidad con las cargas aprobadas para las regionales y centros zonales donde tiene presencia el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Asociación Colombiana de Defensores de Familia – ACODEFAM

1. El 7 de febrero de 2021, la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Defensores de Familia – ACODEFAM allegó a este trámite una intervención en la que puso de presente que no actuaba en representación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sino como agremiación. En consecuencia, realizaron las siguientes apreciaciones respecto de la entrada en vigencia de la Ley 2126 de 2021:

“[El] Artículo 44 que a su turno estableció:

ARTÍCULO 44. El Gobierno nacional en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en coordinación con las entidades competentes, en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses, a partir de la vigencia de la presente ley, tomará las medidas administrativas y presupuestales necesarias de acuerdo con el Marco

Fiscal de Mediano Plazo, para fortalecer la capacidad institucional de las Defensorías de Familia y mejorar las condiciones laborales de los defensores de familia a nivel nacional, con el fin de garantizar el cumplimiento eficiente, eficaz y efectivo de sus funciones las cuales están orientadas a prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. ´

Dicha norma se fundamentó en la necesidad de fortalecer las Defensorías de Familia, las cuales no cuentan con condiciones que permitan garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, (en adelante NNA), y en la cruda realidad de la discriminación que padecemos las y los Defensores de Familia que, pese a ser la Autoridad de Familia que por excelencia en Colombia, y estar llamados a garantizar la materialización de los derechos de los NNA, sufrimos una discriminación negativa en relación con nuestros homólogos, hablese de Jueces de Familia, Fiscales y Procuradores Judiciales, incluso, los mismos Comisarios de Familia, cuyos requisitos para acceder al cargo son idénticos a los nuestros.

En consecuencia, no contamos con personal suficiente, ni despachos y mucho menos ingresos, comparados con las demás autoridades de nuestro nivel.

Por lo tanto, el Artículo 44 de la ley 2126 de 2021, se motivó no solo en esa realidad sino en el informe de Vigilancia Especial de la Procuraduría General de la Nación de 2022, en el que se evidenció la crisis que tenemos las y los Defensores de Familia para garantizar los derechos de los NNA.

1. Asimismo, consideran que los efectos de la Ley 2126 de 2021 impactan negativamente a las defensorías de familia en tanto “toda la carga relacionada con el área extra procesal: llámense a todos los trámites de solicitud de fijación o revisión de custodia, alimentos, visitas, investigación de paternidad, sanciones por infracciones a los adolescentes menores de catorce años, entre otros; dejaron de ser competencia de las Comisarías de Familia en los municipios o ciudades donde existen defensorías de familia” situación que se suma, indican, al colapso existente derivado del incumplimiento del artículo 79 de la Ley 1098 de 2006. En consecuencia, sostienen que no cuentan con despachos que permitan el cumplimiento de las garantías de los niños, niñas y adolescentes.

1. Precisan que, si bien el artículo 5 de la Ley 2126 de 2021 aun no entra en vigencia, su sanción aumentó las cargas laborales por las competencias conciliables que les fueron asignadas y por la demanda de denuncias de abuso sexual. Aunado a ello, consideran que muchas otras normas colapsan sus despachos, a saber, (i) el artículo 164 de la Ley 1952 de 2019, que establece la presencia obligatoria de los Defensores de Familia en las audiencias que se adelanten por el quebrantamiento de la ley disciplinaria y existan como víctimas niños, niñas o adolescentes; (ii) el artículo 7 de la Ley 575 de 2000 que establece la obligación de asistencia de los Defensores de Familia en las audiencias por violencia intrafamiliar ante las Comisarías de Familia; (iii) la Ley 1913 de 2018 sobre el Registro de Ofensores Sexuales, niños, niñas y adolescentes y; (iv) la Ley 2097 de 2021 sobre el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, que impone cargas a las Comisarías de Familia y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre la inscripción de los morosos en dicho registro.

1. Lo expuesto, aducen, son apenas unas de las dificultades por las que atraviesan las Defensorías de Familia “de suerte que la transferencia de las facultades establecidas en el Artículo 5 de la Ley 2126 [de 2021], no serán mayores en cantidad, pero sí en cuanto a la naturaleza de las mismas.”

1. Solicitan entonces a este Despacho, ordenar lo que corresponda para que las autoridades en materia de asuntos de familia cuenten con los elementos ciertos para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes “pues en la práctica en virtud de la abundante normatividad que nos asigna funciones y los propios lineamientos del ICBF, nos han convertido en depositarios de funciones y en servicios varios de las demás entidades, soslayando muchas la autonomía e independencia que requiere el cargo para cumplir con el compromiso convencional y constitucional en favor de los NNA”.

A. Competencia

1. La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar y decidir sobre la acción de tutela de la referencia con arreglo a lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo resuelto por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez, según consta en auto de 31 de octubre de 2022, notificado el 9 de noviembre de 2022.⁴

B. Examen de procedencia de la acción de tutela

1. De manera previa, se examinará si el caso sub examine cumple con los requisitos de procedencia de la acción de tutela. Debe resaltarse que, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 294 de 1996, las Comisarías de familia, mediante providencia debidamente motivada pueden imponer medidas de protección en favor de quien considere está siendo víctima de violencia intrafamiliar. En ese sentido, se entiende que estos órganos administrativos

cumplen funciones jurisdiccionales cuando resuelven asuntos relacionados con agresiones físicas, psíquicas, o sexuales en el ámbito intrafamiliar.⁵ Así pues, para este caso debe tenerse en cuenta que esta Corte ha sostenido que la acción de tutela solo procede contra providencias judiciales en casos excepcionales en la medida en que deben respetarse los principios de independencia y autonomía judicial. También al hecho de que la cosa juzgada recae sobre las sentencias que profieren las autoridades judiciales en el marco de sus competencias, con miras a garantizar el principio de la seguridad jurídica.⁶ Sin embargo, “es de anotar que nuestro ordenamiento habilita a los interesados a promover en cualquier tiempo, posterior a una sentencia que haya resuelto una controversia relativa a la custodia de un menor, otro proceso, en atención a la ocurrencia de hechos nuevos que hagan viable reabrir el debate judicial, dadas las características específicas de los procesos de asignación de la custodia de menores”.⁷

1. Así las cosas, la Sala Cuarta de Revisión expondrá y analizará cada uno de los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

Legitimación en la causa

1. Por activa: Para ello, el juez de tutela debe verificar la titularidad de los derechos fundamentales de la persona que acude a la acción de tutela. En el presente caso se tiene que la señora María, como madre y representante legal de las niñas Rosa y Jazmín, interpone la acción constitucional para que sean amparados los derechos de las niñas. De otro lado, no se evidencia en el proceso que la accionante haya sido privada de esa representación. En tal sentido, se entiende cumplido dicho requisito.

1. Por pasiva: el juez de tutela debe observar la capacidad legal de quien es el destinatario

de la acción de tutela por ser el llamado a responder de la presunta vulneración de derechos. La acción de tutela se presentó en contra de la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué, quien, bajo el criterio de la accionante, con la Resolución No. 181 del 10 de septiembre de 2021 vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al interés superior de las niñas. En consecuencia, comoquiera que la accionada es la autoridad administrativa e interdisciplinaria a quien le correspondió el estudio y decisión del proceso de restablecimiento de derechos en favor de las niñas, se supera el requisito de legitimación por pasiva.

1. De otra parte, 15 de diciembre de 2021, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué avocó conocimiento de la acción de tutela y decidió vincular a la causa por pasiva al señor Pedro, padre de las niñas y a quien se le otorgó su custodia. Por tal motivo, comoquiera que la decisión que se adopte puede afectar sus intereses, también se encuentra legitimado por pasiva.

1. Ahora, durante el trámite de Revisión, esta Sala evidenció la necesidad de vincular algunas entidades que podían aportar las pruebas necesarias para mejor proveer. En ese sentido, a través del auto del Auto del 14 de diciembre de 2022, se estimó pertinente vincular al contradictorio (i) al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; (ii) a la Fiscalía General de la Nación; (iii) al Ministerio de Justicia; y (iv) a la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer del Tolima, por lo cual se deberá analizar su legitimación por pasiva en esta causa.

1. Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se le solicitó su experticia técnica para adelantar un recaudo probatorio de forma que esta Sala tuviera suficientes elementos de juicio que le permitieran tomar una determinación en el presente caso. Además, comoquiera que es entidad encargada de velar por la prevención y protección integral de los niños, niñas y adolescentes, como los que ahora se discuten, se considera que se encuentran legitimados en la causa por pasiva. Asimismo, el Ministerio de Justicia, por virtud del artículo 31 de la Ley

2126 de 2021, es el ente rector de las Comisarías de familia, como también el encargado de construir los lineamientos técnicos para el desarrollo de las actividades encomendadas a esas entidades administrativas. Por tanto, en la medida en que la decisión a la que arribe esta Sala puede afectar los intereses de sus subordinados, se considera que está legitimada en la causa por pasiva en el presente asunto.

1. De otra parte, a la Fiscalía General de la Nación, como a la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer del Tolima, se les vinculó a efectos de que allegaran material probatorio relacionado con los hechos que se expusieron en la acción de tutela. En primer lugar, el 12 de enero de 2023 el ente investigador allegó al despacho del Magistrado Ponente los expedientes solicitados; mientras que el 30 de enero de 2023, la dependencia de la Secretaría de la Mujer indicó que en sus archivos no reposaba información relacionada con los nombres contenidos en la providencia del 14 de diciembre de 2023. Así entonces, con el material remitido a esta Corte, se agotó la necesidad de vinculación de esas entidades y no le asiste ningún otro menester relacionado con el asunto que ocupa a esta Sala. De conformidad con ello, serán desvinculadas de la causa por pasiva.

Inmediatez

1. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo a través del cual se busca la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente conculcado, razón por la cual, se exige al tutelante haber ejercido la acción en un término razonable, proporcionado, prudencial y adecuado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales.⁸ El análisis de estas circunstancias deberá realizarse caso a caso.

1. En el caso bajo estudio, se acredita un ejercicio oportuno, toda vez que la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué profirió la Resolución No. 181 el 10 de septiembre de 2021 mientras que la acción de tutela fue admitida el 15 de diciembre siguiente. Así entonces, entre la última actuación surtida del hecho presuntamente vulnerador y la presentación de la demanda transcurrieron aproximadamente tres meses, término que se identifica con la inmediatez requerida.

Subsidiariedad

1. Esta Corte, de modo reiterado, ha dispuesto que la acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones. Por supuesto, el carácter residual tiene como objeto preservar el reparto de competencias atribuidas a las autoridades judiciales por la Constitución y la ley, con fundamento en los principios de autonomía e independencia judicial.⁹ En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción,¹⁰ salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio.¹¹

1. En el presente caso, se ataca la Resolución No.181 del 10 de septiembre de 2021 proferida por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué en la cual se otorgó la custodia de las niñas Rosa y Jazmín a su padre, Pedro. A juicio de la demandante, la Comisaría accionada no valoró la entrevista realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal a la niña Jazmín durante la cual acusó a su tío paterno, Alberto, de haber cometido actos sexuales abusivos en su contra, como tampoco las pruebas que aportó en las cuales se identifica como víctima de violencia intrafamiliar por parte del señor Pedro.

1. No obstante, al momento de interposición de la presente acción de tutela no se había surtido la instancia judicial de homologación, en la medida en que el fallo se profirió el 17 de marzo de 2022, mientras que la accionante acudió a este recurso constitucional el 6 de diciembre de 2021 bajo la urgencia de impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio lo consideró dada la convivencia de su hija Jazmín con el señor Alberto, tío paterno, residente en la casa donde se cumpliría la custodia y a quien la niña acusó de haber cometido abuso sexual en contra.

1. Por otro lado, si bien la señora María fue quien solicitó que se surtiera el trámite de homologación ante el juzgado de familia, esta instancia no resultaba ser ni idónea ni eficaz en la medida en que en la providencia que se ataca, la autoridad administrativa no se pronunció sobre la situación que, a su criterio, vulneraba el derecho al debido proceso de las niñas y, si bien la autoridad judicial tiene amplias facultades para analizar formal y sustancialmente la decisión del Comisario de familia respecto de la custodia de las niñas, lo cierto es que, a juicio de la accionante, sobre el asunto que consideraba de mayor relevancia, no existía pronunciamiento.

1. Así entonces, lo cierto es que la accionante no tenía expectativa respecto de un pronunciamiento relacionado con el asunto que ventiló en la jurisdicción constitucional, en la medida en que ello no fue objeto de análisis por el funcionario correspondiente; así como que la espera del fallo tenía la virtualidad de afectar el derecho fundamental a la integridad de las niñas por el riesgo cierto de que los presuntos actos de tocamiento que acusó la niña Jazmín, se repitieran.

1. En esa medida, bajo la consideración de que la demora en la solución del recurso de homologación podría estructurar el perjuicio irremediable que a través de esta acción de tutela pretende salvaguardar, esta Sala entiende que dicha instancia no era eficaz ni idónea

para resolver las pretensiones que es elevan a través de esta acción constitucional, Por tales razones, se considera que esta acción de tutela supera el requisito de subsidiariedad.

Relevancia constitucional

1. De conformidad con las reglas establecidas por esta Corporación, a partir de la Sentencia SU-590 de 2005, reiterada en múltiples oportunidades y de manera reciente en la Sentencia SU-020 de 2020, el requisito de la relevancia constitucional busca “(i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad, (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que esta se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces”. Con tales consideraciones, esta Corte a través de la Sentencia SU-573 de 2019 reiteró tres criterios para determinar si una acción de tutela cumple con el requisito de relevancia constitucional.

1. El primero de ellos, establece que el debate debe contener asuntos constitucionales y no meramente legales y/o económicos, pues para tales controversias los llamados a resolver son los mecanismos ordinarios,¹² salvo cuando de ésta se desprendan claramente violaciones de derechos fundamentales o representen un interés general.¹³

1. En segundo término, esta Corte ha determinado que el debate debe involucrar el contenido, alcance y goce de un derecho fundamental. En ese sentido, la cuestión debe revestir una clara, marcada e indiscutible relevancia constitucional y, en tanto la vocación de esta acción es la protección de derechos fundamentales, resulta necesario que la

inconformidad con una providencia judicial esté relacionada con la aplicación y desarrollo de la Constitución.¹⁴

1. Por último, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la acción de tutela contra providencia judicial no es un mecanismo que funcione como tercera instancia en la que se pretenda reabrir debates que ya fueron objeto de pronunciamiento por los jueces naturales del asunto. En ese sentido, el problema que se pretende ventilar en esta sede debe exponer que la providencia atacada es “una actuación ostensiblemente arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial, violatoria de las garantías básicas del derecho al debido proceso”.¹⁵ De allí que el juez de tutela deba observar, prima facie, si de los elementos probatorios aportados al proceso de tutela es plausible asumir que se encuentra en riesgo de posible vulneración alguna de las garantías iusfundamentales.

1. Para analizar el requisito de relevancia constitucional, se debe resaltar que lo que se pretende controvertir en sede de tutela es la providencia dictada por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué en la cual se resolvió conceder la custodia de las niñas Rosa y Jazmín a su padre, el señor Pedro. Lo anterior, aparentemente, sin tener en cuenta que en una de las declaraciones rendidas, la niña Jazmín manifestó que era víctima de abuso sexual por parte de su tío paterno Alberto quien reside en la misma vivienda donde se ejerce la custodia y cuidado de las niñas. Así entonces, lo que aquí se discute excede la simple legalidad de la decisión adoptada respecto de la custodia de las niñas y plantea una discusión de dimensiones constitucionales que recaen sobre la obligación del Estado, a la luz del artículo 44 de la Constitución, de brindar asistencia y protección a los niños, niñas y adolescentes, así como de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Por tanto, esta Sala encuentra suficiente relevancia constitucional en el caso para superar el requisito.

Identificación razonable de hechos y derechos

1. La señora María, por medio del escrito de tutela, fue clara al establecer las circunstancias fácticas por las cuales considera que el fallo de la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué vulnera sus derechos fundamentales y los de sus hijas. En relación con la identificación de los derechos, la accionante alega la violación al debido proceso y al interés superior de las niñas. Sobre el debido proceso indicó que se estima conculcado con ocasión de la Resolución No.181 de 10 de septiembre de 2021 por medio de la cual se otorgó la custodia de sus hijas Rosa y Jazmín a su padre, el señor Pedro. Como sustento, la accionante refiere la comisión de un defecto específico por parte de comisaría accionada, lo cual motiva la interposición de la acción de tutela contra providencia judicial, a saber, defecto fáctico.¹⁶ En vista de ello, este requisito se supera.

1. Sobre este particular debe resaltarse que, si bien en la acción de tutela la accionante no hizo una denominación específica sobre ese defecto, sí explicó suficientemente sobre la presunta existencia de una indebida valoración probatoria que, a su turno, ponía en riesgo los derechos fundamentales de sus menores hijas. De allí que, a juicio de la Sala, se encuentre probado el requisito de identificación razonable del defecto endilgado a la decisión de la Comisaría de Familia. Al efecto, esta Corte ha sostenido que:

“Para cumplir con este requisito, la parte actora tiene la carga procesal de encausar la acción de tutela en atención a las precitadas subreglas. Sin embargo, lo anterior no puede llevar al extremo de considerar que si la persona no señala, de manera explícita, alguna de las anteriores denominaciones indicadas en la jurisprudencia, la tutela deba declararse improcedente. Ello, por cuanto lo importante es que la persona identifique los presupuestos fácticos y de procedimiento del caso que le permitan inferir al juez, con total claridad, la causal objeto de controversia.”¹⁷

El fallo atacado no es una decisión de tutela

1. La providencia que se busca controvertir es la proferida el 10 de septiembre de 2021 por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué quien, en el marco del Proceso administrativo de restablecimiento de derechos de las niñas Rosa y Jazmín, otorgó la custodia al padre de las niñas, el señor Pedro. Por tanto, el requisito se supera.

A. Causales específicas de procedencia de la acción de tutela

1. Ahora, verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra una decisión judicial, también se requiere que la misma haya incurrido en al menos una de las siguientes causales específicas, asunto que la Sala resolverá al decidir sobre el problema jurídico materia de esta Sentencia:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas

inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado

i. Violación directa de la Constitución.”¹⁸

D. Problema jurídico y esquema de la decisión

1. La acción de tutela presentada por la señora María tiene como finalidad principal que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso y al interés superior de las niñas, los cuales consideró vulnerados con ocasión de la decisión adoptada por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué de otorgar la custodia de las niñas Rosa y Jazmín a su padre, el señor Pedro.

1. A juicio de la tutelante, la afectación de los derechos fundamentales se generó porque la accionada no tuvo en cuenta el informe que realizó el Instituto Nacional de Medicina Legal el 13 de marzo de 2021 a la niña Jazmín, en el cual identificaba como presunto agresor de abuso sexual a su tío paterno el señor Alberto, quien convive en la misma residencia con el señor Pedro, al que se cedió la custodia de las niñas. Así como tampoco se valoró que aportó suficiente material probatorio con el que pretendió demostrar que fue víctima de violencia intrafamiliar por parte del padre de las niñas. Con fundamento en lo anterior, considera que se configura un defecto fáctico. Esto, en la medida en que, si bien en diferentes oportunidades el señor Pedro ha señalado como presunto agresor al tío materno de las niñas, el señor Andrés, las declaraciones de la niña Jazmín, inculpan a su tío paterno. Además, la accionante sostiene que la Comisaría no tuvo en cuenta a las denuncias penales de violencia intrafamiliar que había iniciado contra el señor Pedro, de las cuales tanto ella como sus hijas se constituyen como víctimas.

1. De conformidad con lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión considera que los derechos fundamentales que podrían resultar afectados en esta oportunidad corresponden al debido proceso y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Ahora, si bien la accionante inició esta acción contra una providencia judicial y podría de ahí colegirse que el derecho afectado es solamente al debido proceso y la presunta vulneración del derecho fundamental al interés superior de las niñas podría ser un asunto propio del fondo de la providencia, lo cierto es que el presunto error cometido por la Comisaría Tercera de Familia se fundamenta, y tiene la virtualidad de afectar, las garantías constitucionales de las niñas y no se ciñe únicamente a lo procedimental. Así, siguiendo lo indicado por el accionante, el defecto que corresponde analizar es el fáctico. En ese orden, la Sala Cuarta de Revisión se plantea el siguiente problema jurídico:

¿La Comisaría Tercera de Familia de Ibagué vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la señora Rosa, en representación de sus hijas, al otorgar la custodia de las niñas Rosa y Jazmín a su padre, el señor Pedro quien convive en la misma residencia de su

hermano Alberto, a quien la niña Jazmín señaló de haber cometido abuso sexual en su contra y aun cuando la accionante ha denunciado penalmente al padre de las niñas por actos de violencia intrafamiliar?

1. Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala Cuarta de Revisión explicará (i) una breve caracterización del defecto fáctico, (ii) el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el marco de protección y garantía de sus derechos fundamentales; (iii) el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atiende al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes; (iv) el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos como garantía de protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y; a partir de las conclusiones que se deriven de los apartados anteriores (v) procederá con el estudio del caso concreto.

i. Breve caracterización del defecto fáctico

1. Este defecto se configura cuando la decisión atacada carece del suficiente apoyo probatorio que permita aplicar la norma en la cual se pretende fundamentar la decisión. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que el defecto se produce cuando “un juez emite una sentencia (providencia judicial) sin que se halle probado el supuesto de la norma, cuando quiera que: (i) se haya producido una omisión en el decreto o valoración de una prueba, (ii) haya existido una apreciación irrazonable de las mismas, (iii) se haya supuesto algún medio probatorio, y/o (iv) se haya otorgado a una prueba un alcance material y jurídico que no tiene” . 19

1. En la Sentencia SU-172 de 2015, esta Corporación sostuvo que el defecto fáctico comprende dos dimensiones, a saber, (i) una positiva, que se presenta cuando el juez realiza

una valoración equivocada, basa su decisión en una prueba no conducente para ello o cuando da por ciertos hechos de los cuales no existe sustento probatorio que apoyen el fallo y; (ii) otra negativa, que ocurre cuando la autoridad judicial ignora u omite la valoración de una prueba que resulta determinante para resolver el caso concreto o cuando no decreta la práctica de alguna prueba sin que medie justificación. En general, cuando omite la valoración de pruebas que puedan confirmar la veracidad de la situación fáctica del caso.

1. Ahora, la ocurrencia de este defecto en la valoración probatoria es de carácter excepcional pues, en los términos de esta Corporación, dicho error debe ser “ostensible, flagrante y manifiesto”²⁰, esto es, “que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, el funcionario judicial hubiera adoptado una decisión completamente opuesta”.²¹ Dicha excepcionalidad radica en que el juez de tutela no se constituye como una instancia que deba evaluar la sana crítica del fallador ordinario, por tanto, se debe respetar la autonomía judicial, la presunción de buena fe y la imparcialidad con la que obra el juez natural.

1. Así entonces, la intervención del juez constitucional debe ceñirse a verificar que la decisión judicial adoptada sea coherente con el acervo probatorio allegado al proceso. Esta coherencia se evalúa en términos de la racionalidad de la valoración probatoria, más no en la preferencia entre determinadas conclusiones sobre otras, puesto que ese nivel de decisión corresponde exclusivamente al Juez que conoce del respectivo proceso.

i. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el marco de los procesos judiciales que involucren sus derechos

1. La connotación de sujetos de especial protección constitucional de los niños, niñas y

adolescentes tiene sustento, principalmente, en (i) el artículo 44 de la Constitución Política que consagra sus derechos fundamentales y la obligación por parte del Estado de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como la plena materialización de sus garantías fundamentales; (ii) el marco internacional por virtud del bloque de constitucionalidad que reconoce el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y; (iii) el Código de Infancia y Adolescencia que reúne las disposiciones normativas en favor de ese interés superior.

1. En primer lugar, el artículo 44 Superior consagra los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los riesgos prohibidos contra los que deben ser protegidos y la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de garantizar sus desarrollo armónico e integral. Asimismo, privilegió el tratamiento especial de esta población en la medida en que elevó sus derechos a una instancia superior de protección al reconocer que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás. Puntualmente, este reconocimiento tiene fundamento en tanto se presume que no han alcanzado su desarrollo físico, mental y emocional y requieren el mayor grado de protección por parte de las diferentes esferas de la sociedad.²²

1. En segundo lugar, en el ámbito internacional, la Declaración de los Derechos Niño de 1959²³ señaló que los niños, niñas y adolescentes gozan de una protección especial y que, a través de las leyes y otros medios, se debe disponer lo necesario para que se desarrollen física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad. También contempló que al promulgar leyes, la consideración principal a la que se debe atender será el interés superior. Esto se acordó igualmente en la Convención sobre los Derechos del niño de 1989, en el artículo 3.1, en el cual se estableció que, en todas las medidas tomadas en relación con niños, niñas y adolescentes, la “consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Seguidamente, el artículo 3.2 de ese mismo instrumento internacional establece la obligación de los Estados parte de comprometerse a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas

responsables de él ante la ley y, con ese fin, prescribe que deberán adoptarse por el Estado las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

1. De otra parte, el Comité de los Derechos del Niño, en una interpretación de ese artículo 3.1, contenida en la Observación General No.14, indicó que el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes comprende tres dimensiones, a saber: (i) es un derecho sustantivo, del que se desprende que el interés superior es una consideración y garantía primordial y se debe tener en cuenta para la toma de decisiones que los afecten; (ii) es un principio jurídico interpretativo fundamental, en la medida en que si una disposición normativa admite diferentes interpretaciones, se deberá optar por aquella que satisfaga en mayor medida el interés superior y, (iii) es una norma de procedimiento, pues cuando se deba tomar una decisión que afecte los intereses de un niño, niña o adolescente, se debe incluir una estimación de las posibles repercusiones de la misma, bien positivas o negativas.

1. En esa misma Observación General, el Comité indicó que el concepto del interés superior del menor debe determinarse en relación con la situación particular y concreta de cada niño, niña o adolescente. En igual sentido, esta Corporación ha sostenido que el contenido específico de este principio no es abstracto, debe atender a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, niña o adolescente, como sujeto digno de derechos, y ser valoradas por la familia, la sociedad y el Estado con el rigor que demanda la Constitución.²⁴

1. Ahora, en relación con la determinación que las autoridades deban tomar, y que puedan afectar los derechos o intereses de un niño, niña o adolescente, esta Corte sostuvo que, aun cuando se deben evaluar las particulares necesidades de cada uno de ellos, existen unas medidas generales llamadas a tener en cuenta como criterios orientadores cuales son, (i) las consideraciones fácticas, que se definen como las condiciones específicas del caso en su generalidad que no atienden a aspectos aislados y (ii) las consideraciones jurídicas, que

refieren a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para proteger su bienestar, así: a) la garantía del desarrollo integral del menor; b) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; c) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; d) el equilibrio con los derechos de los padres; e) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; f) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales.

1. Finalmente, este interés superior del niño, niña y adolescente se recogió en el artículo 8° de la Ley 1098 de 2006 – Código de Infancia y Adolescencia y se definió como: “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.” Por su parte, el artículo 9° del mismo compilado normativo, estableció que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”.

1. En esa misma línea, esta Corte ha resaltado la participación determinante que tienen las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, ha fijado algunas reglas por medio de las cuales se asegure que durante los procesos judiciales que tengan la virtualidad de modificar la situación de esta población, se procure la salvaguarda de su bienestar en atención a su condición de sujetos de especial protección constitucional. Así se expuso:

“i) se deben contrastar sus ‘circunstancias individuales, únicas e irrepetibles’ con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el

curso del proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional (supra núm. 13); v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad; y vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.” 25

1. Entonces, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes debe ser el principio rector de todas las actuaciones administrativas o judiciales que se adelanten, conforme a los parámetros constitucionales, internacionales y legales que reconocen la prevalencia de sus derechos fundamentales y las obligaciones que tiene el Estado frente a la materialización de estos.

i. El ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atienda al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes

1. El artículo 44 Superior establece dentro de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, el de tener una familia y no ser separados de ella. En ese mismo sentido, el artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia establece que “[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”.

1. A su turno, esta Corte ha sostenido que los padres deben ejercer sobre sus hijos una relación directa y responsable que se deriva del ejercicio de la patria potestad, del deber de crianza y cuidado personal, en aras de garantizar su bienestar, así como hacer efectivo el principio del interés superior del niño, niña o adolescente.²⁶

1. Sobre el deber de custodia y cuidado de los padres sobre los hijos, la jurisprudencia constitucional ha indicado que esta se relaciona con el deber de criar, educar, orientar, conducir y formar hábitos y costumbres. En específico, el artículo 253 del Código Civil, expone que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”, es decir, que corresponde a los padres el ejercicio de la custodia y el deber de cuidado de los hijos. Ahora, por regla general, se entiende que ambos padres deben ejercer el cuidado personal de los hijos para que en cabeza de ellos se rijan i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral; ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para estos; y, iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos. ²⁷

1. Ha sostenido esta Corte que, solo de manera excepcional el cuidado de los hijos estará a cargo de uno de los padres o será ejercido por terceras personas, entre las cuales se prefiere a los abuelos o familiares más próximos, en la medida en que, en aras de proteger su interés superior, sus cuidadores deberán crear las mejores condiciones para su crecimiento, desarrollo y crianza. En todo caso, lo que resulta relevante es “rodear a los niños, las niñas y los adolescentes de las mejores condiciones para que su crecimiento, desarrollo y crianza sean armónicos e integrales”²⁸ de tal suerte que se procure por la completa protección ante los eventuales riesgos que puedan sufrir en su integridad física y mental.

1. Por virtud del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, esta Corte ha sostenido que si bien el Texto Superior establece su derecho fundamental a tener una

familia, también tienen derecho a que sus padres salvaguarden sus garantías fundamentales indistintamente de las circunstancias que puedan afectar la vida de pareja. En otras palabras, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes también se refleja al interior de la relación familiar, de modo que las vicisitudes de las relaciones de pareja no pueden tornarse en la justificación para el menoscabo en la eficacia de sus derechos. Así pues, se expuso que la ruptura del vínculo relacional de los padres no debe constituirse en la inobservancia de los deberes de cuidado con los hijos.²⁹ Sobre este particular, la jurisprudencia constitucional argumentó:

“Los niños, niñas y adolescentes no pueden ser tratados como trofeos de la contienda personal y patrimonial que exista entre sus padres; por el contrario, se les deben brindar las garantías para que, a pesar de la ruptura sentimental de sus padres, puedan crecer en un ambiente donde adquiera relevancia la progenitura responsable con la intervención de ambos padres de ser posible, en procura de lograr el desarrollo armónico e integral de los niños, su estabilidad, su seguridad y el afianzamiento del sentimiento de valoración a través de la familia”.³⁰

1. Comoquiera que el cuidado y la custodia de los niños, niñas y adolescentes, reviste especial importancia por ser el entorno de desarrollo armónico e integral, el artículo 23 de la ley 1098 de 2006 – Código de Infancia y Adolescencia, contempla la posibilidad de que la custodia sea conciliada o bien compartida. Sin embargo, si no pudiera conciliarse entre los padres, esta debe ser definida por las autoridades administrativas o judiciales, las cuales deberán orientar sus decisiones en garantía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

1. Esta Corporación, en sentencia T-442 de 1994, trazó unos lineamientos para aquellos casos en los cuales se requiera de la intervención del Estado para otorgar la custodia y el cuidado de los niños, niñas o adolescentes, así:

“a). Aun cuando la ley señala los criterios que deben observarse para su discernimiento, sus mandatos no pueden operar como algo automático y mecánico, pues atendiendo la efectividad de los derechos constitucionales del menor (arts. 2° y 44), la custodia y el cuidado del menor deben contar con una base suficiente de legitimación o merecimiento; en tal virtud, es obvio que para otorgar la custodia y el cuidado del menor, debe valorarse objetivamente la respectiva situación para confiar aquéllas a quien esté en condiciones de proporcionar las seguridades que son anejas al goce pleno y efectivo de sus derechos, y al logro de su bienestar y desarrollo armónico e integral, y abstenerse de otorgar dicha custodia y cuidado a personas que no estén en condiciones de ofrecer las garantías adecuadas para tales fines.

b). En cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado.

c). La opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión, más aún, si aquélla se adecúa al mantenimiento de las condiciones favorables de que viene disfrutando.

Resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente, porque no puede recibir el amor, la orientación, la asistencia, el cuidado y la protección que requiere para que pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad. Es más, la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto,

no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable.

d). Las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, aún cuando formalmente tengan un fundamento legal, deben ceder ante los criterios atrás expuestos, y que han sido elaborados bajo la óptica de la realización y efectividad material de los principios y valores constitucionales y de los derechos fundamentales que se reconocen a los menores”.

1. Por tales razones, “los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos.”³¹

1. En resumen, dentro de la carta de garantías de los niños, niñas y adolescentes se encuentra el que sean parte de una familia, lo cual se traduce en la responsabilidad que tienen los padres sobre los hijos respecto del deber de garantizar y materializar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, cualesquiera sean las circunstancias que entre ellos se desarrolle. Esto por cuanto, el deber de custodia y cuidado se debe ejercer para buscar la garantía del interés superior de los niños, niñas o adolescentes.

i. Generalidades del Proceso de Restablecimiento de Derechos como garantía de protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes ante las Comisarías de Familia.

1. El marco normativo nacional, además de establecer que los derechos de los niños, niñas y

adolescentes prevalecen en relación con los derechos de los demás, contiene una serie de medidas y procedimientos de carácter expedito que tienen como finalidad el amparo y garantía efectiva de sus derechos, esto es, que de desconocerse, puedan ser restablecidos.

1. El artículo 50 de la Ley 1098 del 2006 – Código de la Infancia y la adolescencia, establece que “se entiende por el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes 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”. Así entonces, el proceso de restablecimiento de derechos es el conjunto de actuaciones administrativas y/o judiciales que restauran los derechos de los niños, niñas o adolescentes amenazados o vulnerados con el obrar de las instituciones públicas, personas o su propia familia.

1. Este trámite es de competencia tanto de Defensores como de Comisarios de Familia a quienes se les facultó para “procurar y promover la realización y el restablecimiento de los derechos”.³² Por medio de este proceso, se investiga la presunta vulneración o amenaza de los derechos de un niño, niña o adolescente y, de manera expedita, adopta las medidas correspondientes que pongan fin a la situación de vulneración advertida. De conformidad con el artículo 4° de la Ley 1878 de 2018, que modificó el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia, el término máximo para resolver el asunto no podrá exceder los seis meses contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración.

1. Dichas autoridades deben verificar, de manera inmediata, el estado de satisfacción de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, a saber, (i) el estado de salud física y psicológica de los menores, (ii) el estado de nutrición y vacunación, (iii) la inscripción en el registro civil de nacimiento, (iv) la ubicación de la familia de origen, (v) el entorno familiar y la identificación de elementos protectores y de riesgo para la vigencia de los derechos, (vi) la vinculación al sistema de salud y seguridad social y (vii) la vinculación al sistema

educativo.³³ Además, si advierten la ocurrencia de un posible delito, deben denunciarlo ante la autoridad penal.

1. Así pues, la autoridad competente, por medio de resolución, proferirá el fallo que considere con base en las pruebas recaudadas. En este proceso puede (i) amonestar con asistencia obligatoria a curso pedagógico; (ii) retirar de inmediato al niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; (iii) ubicar inmediatamente al niño, niña o adolescente en medio familiar; (iv) o en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; (v) la adopción ; (vi) dictar cualquier otra medida que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes; y (vii) promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.³⁴

1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que las decisiones que se deriven de medidas de restablecimiento de derechos deben estar justificadas de manera explícita, razonable y proporcionada. Así pues, la medida de protección “debe encontrarse precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente”.³⁵

1. De igual forma, se ha sostenido que la decisión adoptada debe:

1. Así pues, una de las decisiones que puede tomar el Comisario de Familia al término del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, es la ubicación en medio familiar más adecuado para su bienestar. Esta decisión, que se relaciona con el

deber de cuidado y custodia deberá estar centrada en atender a su interés superior y a que se salvaguarden sus garantías fundamentales bien por sus padres o por en medio que la autoridad de familia encuentre favorable para ello.

i. Análisis del caso concreto

1. En el presente asunto, de acuerdo con la situación fáctica descrita en el acápite de hechos, la Sala Cuarta de Revisión se cuestionó lo siguiente: ¿La Comisaría Tercera de Familia de Ibagué vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la señora Rosa, en representación de sus hijas, al otorgar la custodia de las niñas Rosa y Jazmín a su padre, el señor Pedro quien convive en la misma residencia de su hermano Alberto, a quien la niña Jazmín señaló de haber cometido abuso sexual en su contra y aun cuando la accionante ha denunciado penalmente al padre de las niñas por actos de violencia intrafamiliar?

1. La providencia que se ataca a través de esta acción constitucional es la Resolución No.181 del 10 de septiembre de 2021, proferida por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué con ocasión de la denuncia de violencia intrafamiliar iniciada por el señor Pedro, padre de las niñas Rosa y Jazmín dentro de la que se alegó que las niñas permanecían bajo la custodia de su madre la señora María quien ejercía actos de violencia intrafamiliar y descuido en su obligación de cuidado. La Comisaría accionada resolvió favorablemente tal solicitud pues, luego de analizar la situación fáctica, consideró que el entorno más garante para los derechos fundamentales de las niñas era el conformado por su padre, el señor Pedro. Aunado a ello, resaltó el hecho de que la niña Rosa señaló a su tío materno, el señor Andrés como presunto agresor sexual de su hermana Jazmín. Sostuvo la funcionaria que, comoquiera que el hermano y presunto agresor frecuentaba la residencia de la señora María, se estaría poniendo en riesgo el derecho a la integridad de las niñas. Inconforme con la decisión, la

señora María interpuso recurso de reposición a la decisión, la cual fue resuelta en contra de sus intereses. Seguidamente, solicitó a la comisaría accionada, se iniciara el trámite de homologación ante el juez de familia.

1. En la parte general de esta providencia, se expuso que el interés superior del niño, niña o adolescente debe ser el principio rector de cualquier actuación que tenga la virtualidad de afectar sus intereses. En observancia de ello, una vez se conoció la denuncia iniciada por el padre de las niñas, la Comisaría Permanente de Familia Turno 1 de Ibagué conceptuó que, en aras del salvaguardar sus derechos fundamentales, las niñas debían ser cobijadas con una medida de protección bajo la modalidad de hogar sustituto. El fundamento para tal determinación respondió a que el señor Pedro expuso que tenía conocimiento de que el señor Andrés, tío materno de las niñas había abusado sexualmente a la niña Jazmín, quien estaba bajo la custodia de su madre en una vivienda que frecuentaba el presunto agresor.

1. Aunado a ello, la Comisaría Permanente de Familia Turno 1 hizo la recolección de información que permitiera encontrar la red familiar que brindara la protección de las niñas, así como evaluaciones psicológicas y la posible remisión del expediente a la Fiscalía con ocasión del hecho de presunto abuso sexual. Así pues, se dio apertura al proceso y se decretó la medida provisional de reubicación a favor de las niñas Rosa y Jazmín en medio diferente al familiar de origen, esto es, ubicación en hogar sustituto. El proceso administrativo fue remitido a la Comisaría accionada, comoquiera que por virtud del artículo 7 del Decreto 4840 de 2007 es quien tramita los procesos en favor de niños, niñas y adolescentes que involucran violencia sexual.

1. Así pues, el 16 de marzo de 2021 el proceso de restablecimiento de derechos de las niñas Rosa y Jazmín fue remitido a la comisaría accionada. En esa misma fecha, el Instituto Nacional de Medicina Legal – Unidad Básica de Ibagué realizó el informe pericial de Clínica Forense en el que advirtió la declaración de la niña Jazmín en la que indicó: “mi tío el

hermano de mi papá me tocó aquí (se señala los genitales externos) por encima de la ropa. Fue solo una vez y yo estaba pequeñita. No le dije a nadie porque me dio pena”. Por su parte, en el mismo informe que se adelantara con la niña Rosa, se resaltó: “Nos trajeron acá porque mi hermanita le dijo a mi papá que mi tío [Andrés] (hermano de la madre), le había tocado la vagina, pero es porque él le limpiaba la cola cuando ella estaba más pequeña, pero en realidad, nunca he visto algo malo de mi tío con mi hermanita.”

1. Con todo, la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué resolvió, a través de la Resolución No. 181 del 10 de septiembre de 2021, declarar vulnerados los derechos a la vida, calidad de vida, ambiente sano, y protección de las niñas Rosa y Jazmín. Como medida de restablecimiento ordenó su reintegro al medio familiar al conceder la custodia y cuidado de las niñas a su padre el señor Pedro por considerarlo garante de sus derechos. En esa misma providencia, fijó en cabeza de la señora María una cuota de alimentos y el régimen libre de visitas. De otra parte, se ordenó la suspensión de cualquier tipo de acercamiento de las niñas con el tío materno, el señor Andrés.

1. La señora María solicitó la reposición de la decisión, la cual no prosperó. Posteriormente, elevó a la Comisaría accionada que se iniciara el trámite de homologación ante el juez de familia. Encontrándose en curso ese trámite, inició la presente acción de tutela invocando la protección al derecho fundamental al debido proceso y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes en favor de sus hijas. Bajo su consideración, la Comisaria Tercera de Ibagué omitió valorar la prueba decretada el 13 de marzo de 2021 por la Comisaría Permanente de Familia Turno I, relativa a un examen de valoración adelantado por el Instituto Nacional de Medicina Legal. En esa entrevista, adelantada el 16 de marzo de 2021, la niña Jazmín identificó un presunto abuso sexual por parte de su tío paterno el señor Alberto, quien habita la misma residencia donde se ejecuta el cuidado y custodia de las niñas. Asimismo, consideró que la autoridad de familia no tuvo en cuenta que ha instaurado denuncias por violencia intrafamiliar en contra del padre de las niñas.

1. De este recurso constitucional conoció el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué quien en sentencia del 28 de diciembre de 2021 decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante. A su juicio, la acción de tutela no cumplía el requisito de subsidiariedad en la medida en que el trámite de homologación no se había surtido y no se advertía la ocurrencia de un perjuicio irremediable que requiriera la urgente intervención del juez constitucional.

1. Una vez el Magistrado ponente recibió el expediente, advirtió que el juez de instancia remitió tardíamente el expediente a esta Corporación. Esto por cuanto, el fallo se profirió el 28 de diciembre de 2021, mientras que la fecha de registro en la Secretaría General de la Corte Constitucional se realizó el 31 de julio de 2022. Esta situación, desconoce lo contenido el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, que indica que los fallos de tutela que no sean impugnados o que hayan surtido la segunda instancia y queden ejecutoriados deben ser enviados a la Corte Constitucional dentro de los diez días siguientes.

1. El 19 de diciembre de 2022, de conformidad con el artículo 36 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, se profirió un auto de pruebas en el que se ordenó la realización de una inspección judicial de visita y entrevista con acompañamiento técnico de la Subdirección de Restablecimiento de Derechos y el Centro Zonal Jordán de la Regional Tolima del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de la cual se lograra establecer si el medio familiar en el que se encontraban las niñas, era garante de sus derechos fundamentales. La diligencia judicial se fijó para el 27 de enero de 2023. De igual forma, se resolvió realizar una reunión el 13 de enero de 2023 con las dependencias en Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de manera que se establecieran las directrices que debían seguirse durante la visita. Durante la realización de esa reunión, el 17 de enero de 2023, las profesionales técnicas del Instituto, recomendaron a este despacho que la entrevista y visita ordenada fuera adelanta únicamente por quienes con su conocimiento técnico y experticia pudieran hacer el mejor acercamiento posible a las niñas. Este despacho, en garantía del interés superior de las niñas, acogió la recomendación y, a través del auto del 20 de enero de 2023, dejó sin efectos la decisión de la realización de la inspección judicial.

1. No obstante, la visita y entrevista a las niñas Rosa y Jazmín se adelantó el 19 de enero de 2023 por parte de las profesionales del Centro Zonal de la Regional Tolima de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En cumplimiento del auto del 14 de diciembre de 2022 se elaboró un informe por parte del Centro Zonal, con colaboración de la Subdirección de Restablecimiento de Derechos de la misma entidad, a efectos de que esta Sala conociera el detalle de las circunstancias actuales de la niñas.

1. Ese informe, contiene una valoración psicológica de la que se resalta:

“las niñas impresionan no presentar dificultades en su estado psicoemocional, en tanto que sus procesos psicológicos se desarrollan de manera acorde con su edad cronológica y mental...

Por lo anterior, se puede confirmar que en la actualidad las niñas no presentan comportamientos que puedan indicar una posible afectación emocional, aunado a que a partir de la posible situación de violencia sexual presentada se continuó con la ruta de atención de salud mental, ya que en la última atención del 20 de enero del presente se observa orden para continuar psicoterapia...

Con relación a lo identificado en la orden que se estableció de visita, se pudo evidenciar características de apego seguro en las niñas en la relación con su progenitor, demostrado en la seguridad, bienestar y confianza que este les brinda; esto se puede percibir a través de la observación directa en la forma como se relacionan las niñas con el cuidador, así como en la entrevista semiestructurada con Rosa, manifiesta ‘mi papá sí me creyó, me protegió y por eso me siento bien con él’, así como Jazmín quien refiere ‘él es un buen papá y nos cuida mucho, él nos da la comida, nos saca a pasear, no me pega, nos llama todo el tiempo’”

1. La valoración de trabajo social, arrojó un concepto según el cual:

“De acuerdo con lo observado e indagado con el progenitor en la visita social realizada se puede inferir que el sistema familiar en el que se encuentran actualmente las niñas Rosa y Jazmín brinda estabilidad y armonía por parte de su progenitor con el apoyo de su red familiar, garantizando sus derechos acordes al nivel socio económico y habitacionales, atendiendo a las necesidades en salud, educación y vivienda de las niñas

Así mismo, se percibe una dinámica familiar estructurada, donde están claros los vínculos paternofiliales, donde quien ejerce la autoridad sobre las niñas es el progenitor y los demás miembros de la familia colaboran desde sus roles.

Actualmente las dos niñas cuentan con factores de generatividad como satisfacción de necesidades básicas, documentos de identificación, vinculación al sistema de salud EAPB Salud total régimen contributivo, no se observa riesgos de violencia intrafamiliar o (sic) otros signos de maltrato que afecten la integridad de las dos niñas”

1. El recaudo probatorio allegado por las dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar permite concluir a la Corte que, en la actualidad, las niñas se encuentran en un entorno garante de sus derechos fundamentales, así como de su desarrollo armónico e integral. Esto implica que, para lo que corresponde a esta decisión de revisión, no resulta necesario adoptar órdenes particulares acerca de las condiciones familiares y de residencia de las niñas Rosa y Jazmín.

1. Si bien es cierto que de la información actualizada de la situación de las niñas no se advierten indicios actuales de violencia intrafamiliar o riesgos en contra de su integridad

personal, la Sala sí advierte que, durante el proceso de Restablecimiento de Derechos adelantado por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué, se incurrió en un defecto fáctico respecto de la prueba recaudada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, con base en los argumentos que se explican a continuación.

1. En la parte dogmática de esta providencia se indicó que los jueces pueden incurrir en un defecto fáctico cuando sus decisiones no cuentan con el suficiente apoyo probatorio, bien por la inexistencia del medio de prueba, por una apreciación irrazonable de la misma, se basan en supuestos no comprobados o porque dan a una prueba un alcance material y jurídico del que carece. A su vez, se indicó que la jurisprudencia estableció dos dimensiones de este defecto, a saber, uno positivo en el que el juez valora la prueba aportada o recaudada, pero lo hace de manera errada; funda su decisión en pruebas no conducentes para lo que se pretende determinar; o cuando ratifica la ocurrencia de hechos de los cuales no obra material que de certeza de ello. Y otra negativa, que ocurre cuando la autoridad omite de plano la valoración de una prueba determinante para la solución de un caso concreto o cuando no decreta la práctica de pruebas sin justificación alguna.

1. En la providencia del 10 de septiembre de 2021 proferida por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué, por medio de la cual se otorgó la custodia de las niñas Rosa y Jazmín al señor Pedro, la funcionaria indicó que:

“Para el despacho resulta evidente que existió un factor de riesgo para las Jazmín y Rosa en razón a presuntos hechos de violencia sexual por parte de su tío; no obstante los progenitores se han vinculado adecuadamente al proceso de restablecimiento de derechos, evidenciando interés y adecuados vínculos afectivos en la relación materno y paterno y filial (sic), sin embargo, como resultado de las intervenciones psicosociales realizadas se pueden (sic) determinar que el padre cuenta con una mayor estabilidad para garantizar los derechos de sus hijas, identificando como factor de generatividad el apoyo de la abuela paterna para ejercer los cuidados de Jazmín y Rosa” (subrayado fuera del original)

1. Seguidamente, en la parte resolutive de la providencia, la Comisaría expone que: “[s]e suspende cualquier tipo de acercamiento de las niñas Jazmín y Rosa con el presunto agresor Andrés tío materno de las NNA hasta que se resuelva la investigación penal adelantada en su contra.”

1. Para esta Sala, que la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué no se haya pronunciado sobre la declaración que Jazmín rindió ante el Instituto Nacional de Medicina Legal, respecto de los presuntos tocamientos que realizó el tío paterno Alberto en su contra, constituye un defecto fáctico en su dimensión negativa. El relato rendido por Jazmín tenía la virtualidad de modificar la decisión tomada por la accionada en la medida en que, de las pruebas recaudadas en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, el señor Pedro indicó que cohabitaba su residencia con su hermano Alberto, mismo lugar donde se ejercería la custodia y cuidado de las niñas. La declaración rendida por la niña Jazmín, reviste una complejidad que no debía echarse de menos y tenía tanta relevancia como la elevada por su hermana y padre cuando se refirieron a que era el señor Andrés, tío materno, quien presuntamente había cometido los actos abusivos en su contra.

1. Ahora, si bien es cierto de las pruebas recaudadas en sede de Revisión no se avizora que exista riesgo para la integridad de las niñas, lo cierto es que esta Corporación ha sido enfática en resaltar que los procesos administrativos o judiciales, que involucren los derechos de niños, niñas o adolescentes, exigen el más alto nivel de cuidado en su trámite. Como se advirtió en la parte general de esta providencia: “los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos.”³⁷

1. De otra parte, a juicio de la accionante, la Comisaria Tercera de Familia de Ibagué también incurrió en un defecto fáctico en la Resolución No. 181 de 10 de septiembre de 2021 al no valorar que ha denunciado en dos oportunidades al señor Pedro por el delito de violencia intrafamiliar. Ciertamente, la accionante expuso durante el proceso de restablecimiento de derechos, como en la acción de tutela, que era víctima de violencia intrafamiliar y aportó las pruebas que demuestran que, por esa razón, ha sido atendida por salud mental en múltiples ocasiones. No obstante, a efectos de entregar la custodia de niños, niñas y adolescentes, los criterios llamados a tener en cuenta por parte del funcionario a cargo del asunto son todos aquellos que se dirijan a garantizar el interés superior de las niñas, en el marco de la protección de su interés superior.

1. Tal como se indicó en la parte motiva de esta providencia, el deber de custodia y cuidado de los niños, niñas y adolescentes debe responder a la garantía de salvaguarda sus derechos fundamentales, indistintamente de la relación de pareja que exista entre sus padres. Así las cosas, el escenario con el que cuenta la señora María para debatir la responsabilidad respecto de los presuntos actos de violencia intrafamiliar entre la señora María y el señor Pedro, será el de la jurisdicción penal, en el desarrollo de las denuncias que se han instaurado. Por contera, con fundamento en lo expuesto, esta Sala no advierte que en lo relativo a la valoración de las presuntas circunstancias de violencia intrafamiliar entre la accionante y el padre de las niñas, se constituya un defecto fáctico.

1. Así las cosas, esta Sala revocará el fallo proferido el 28 de diciembre de 2021 por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué para, en su lugar, amparar el derecho fundamental al debido proceso y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes de Rosa y Jazmín y ordenará a la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué que profiera una nueva resolución en el marco del proceso de restablecimiento de derechos iniciado por el señor Pedro. Para tal efecto, deberá tener en cuenta el material probatorio recaudado por esta Corporación, el cual fue recolectado por la autoridad competente y profesionales técnicos en la defensa y protección de los niños, niñas y adolescentes, así como cualquier otro medio de prueba que considere relevante para mejor

proveer. De cualquier manera, la decisión que profiera, deberá garantizar el interés superior de las niñas, su integridad física, salud y desarrollo armónico e integral. Dicha resolución podrá ser objeto del trámite contenido en el artículo 100 del la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia.

1. En concreto, la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué deberá evaluar si existe en la actualidad un riesgo específico en la integridad de las menores de edad por el hecho de que el señor Alberto pueda convivir con ellas en su condición de hermano del padre a quien se le asignó la custodia de las niñas. Para ello, deberá evaluar en su integridad la prueba recaudada por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y cotejarla con el estado actual de las niñas en su entorno familiar. Esto con el fin de garantizar la seguridad de ese entorno y mediante las medidas y acciones que contempla el Código de Infancia y Adolescencia, si a ello hubiere lugar luego de dicha evaluación. En todo caso, se deberá garantizar que las niñas mantengan la estabilidad que fue evidenciada por las profesionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a menos que se constate la urgencia de proteger sus derechos fundamentales.

i. Síntesis de la decisión

1. La Sala Cuarta de Revisión analizó un caso en el que se solicitó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, presuntamente conculcados por la Resolución No.181 de 10 de septiembre de 2021 proferida por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué dentro del proceso de Restablecimiento de Derechos de las niñas Rosa y Jazmín que otorgó la custodia de las niñas a su padre. Esto, con fin de que se retornara la custodia y cuidado de las niñas a María, accionante en este proceso y madre de las niñas quien la ejerció hasta el fin de ese proceso.

1. En el caso bajo estudio, el padre de las niñas, el señor Pedro inició un proceso de Restablecimiento de Derechos pues tenía conocimiento de que la señora María desplegaba en contra de las niñas actos de violencia intrafamiliar y descuido. Aunado a ello, advirtió que el tío materno de las niñas había cometido actos sexuales abusivos en contra de la niña Jazmín. El proceso le correspondió a la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué, autoridad que tiene a su cargo los procesos que enmarquen violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes.

1. Durante el proceso, se tomó la determinación de separar a las niñas del entorno familia y, comoquiera que no se identificó familia extensa que pudiera ser garante de sus derechos, se procedió a dictar la medida de protección en la modalidad de hogar sustituto.

1. Asimismo, se adelantaron las valoraciones que se consideraron pertinentes. Una de ellas fue la adelantada por el Instituto Nacional de Medicina Legal durante la cual la niña Jazmín indicó que había sido víctima de tocamientos por parte de su tío paterno, el señor Alberto. Por su parte, la niña Rosa, expuso que tenía conocimiento de que su hermana había comentado a su papá que su tío materno Andrés había cometido los presuntos actos sexuales abusivos. Los profesionales en psicología y trabajo social de la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué también realizaron entrevistas dentro de las cuales la niña Jazmín también informó de presuntos actos de violencia sexual en su contra.

1. Con todo, la decisión de la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué, a través de la Resolución No.181 del 10 de septiembre de 2021 fue entregar la custodia y cuidado de las niñas Rosa y Jazmín a su padre, el señor Pedro. Inconforme con la decisión, la accionante solicitó la reposición de la providencia, la cual no resultó favorable a sus intereses. Posteriormente, solicitó a la Comisaría que se remitiera el expediente a los Juzgados de Familia a efectos de que se surtiera el trámite de homologación.

1. Seguidamente, estando en curso ese trámite, la señora María inició la presente acción de

tutela para que se amparara los derechos fundamentales al debido proceso de sus hijas las niñas Rosa y Jazmín. Como fundamento para ello, la accionante indicó que la resolución proferida por la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué incurrió en un defecto fáctico en la medida en que no valoró que la niña Jazmín había indicado que los presuntos tocamientos habían sido desplegados por su tío paterno Alberto y no por su hermano, el señor Andrés. Además, sostuvo que tampoco se tuvo en cuenta que allegó suficientes pruebas que soportaban que había sido víctima de violencia intrafamiliar por parte del señor Pedro.

1. Tras constatarse que el caso superaba las exigencias de procedencia de tutela contra providencia judicial, la Sala se planteó como problema jurídico a resolver. Al efecto, se cuestionó si la autoridad accionada incurrió en un defecto fáctico al valorar la prueba según la cual los presuntos actos sexuales abusivos en contra de la niña Jazmín habían sido cometidos por el señor Alberto, tío paterno, quien residen en la misma vivienda donde se ejerce la custodia de las niñas, y no por el señor Andrés, su hermano y si lo hubo respecto de los procesos de violencia intrafamiliar en contra de Pedro. Para resolver el anterior cuestionamiento, dentro de la parte dogmática desarrolló (i) una breve caracterización del defecto fáctico, (ii) el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el marco de protección y garantía de sus derechos fundamentales; (iii) el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atiende al principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y (iv) el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos como garantía de protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

1. Al resolver el caso concreto, la Sala Cuarta de Revisión reiteró que las autoridades administrativas y judiciales tienen en deber de aplicar un especial grado de diligencia cuando deban adoptar decisiones que comprometan los derechos de los niños, niñas o adolescentes, más aún si estos involucran los deberes de custodia y cuidado. Así, en el caso sub lite se constató que la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué no valoró el dictamen realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y siendo un medio de prueba determinante para la toma de la decisión de custodia, resolvió el asunto y por tal motivo, incurrió en un defecto

factico.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo el 28 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, el cual, negó la acción de tutela del caso de la referencia y, en su lugar, AMPARAR los derechos al debido proceso y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes de Rosa y Jazmín.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a la Comisaría Tercera de Familia de Ibagué que adopte una nueva resolución en el proceso de restablecimiento de derechos iniciado por el señor Pedro. Para tal efecto, deberá tener en cuenta el material probatorio recaudado por esta Corporación, en especial el dictamen proferido por el Instituto Nacional de Medicina Legal luego del testimonio de la niña Jazmín, así como cualquier otro medio de prueba que considere relevante para mejor proveer. De cualquier manera, la decisión que profiera deberá garantizar el interés superior de las niñas, su integridad física, salud y desarrollo armónico e integral. Dicha resolución podrá ser objeto del trámite contenido en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y la Adolescencia. Todo ello conforme a las consideraciones planteadas en esta Sentencia.

Tercero.- Por medio de la Secretaría General de esta Corporación, INFORMAR a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección de Derechos de la Mujer de la Secretaría de la Mujer de Ibagué, sobre la desvinculación del presente proceso.

Cuarto.- LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Constitución Política, artículo 241. “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.”

2 Esta medida se fundamenta en los literales a) y b) del artículo 1 de la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Corte

Constitucional que establece el deber de omitir de las providencias que se publiquen en la página web de la Corte Constitucional los nombres reales de las personas cuando se trate de niños, niñas y adolescentes. Así mismo, encuentra fundamento en el Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional). Artículo 62. Publicación de providencias. En la publicación de sus providencias, las Salas de la Corte o el Magistrado sustanciador, en su

caso, podrán disponer que se omitan nombres o circunstancias que identifiquen a las partes.

3 El 22 de febrero de 2023, el Juzgado Tercero de Familia de Ibagué envió copia de la sentencia de homologación al despacho del Magistrado Ponente.

4 Remitido el expediente de la referencia a la Corte Constitucional para su eventual revisión, fue seleccionado por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez de 2022, mediante Auto del 28 de octubre de 2022, notificado el día 15 de noviembre de 2022. El estudio del asunto correspondió por reparto a la Sala Cuarta de Revisión.

5 Esta posición ha sido sostenida por la Corte Constitucional en Sentencias T-642 de 2013, T-015 de 2018, T-462 de 2018, T-306 de 2020 y T-183 de 2022.

6 Cfr., Corte Constitucional, sentencias C-547 de 1992, T-590 de 2009, SU-817 de 2010, SU-946 de 2014 y SU-210 de 2017.

7 Corte Constitucional, Sentencia T-557 de 2011.

8 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-499 de 2016, T-022 de 2017, T-291 de 2017, T-091 de 2018 y T-461 de 2019.

9 Cfr., Corte Constitucional, sentencias T-823 de 2014, T-538 de 2015, T-570 de 2015, T-712 de 2017, T-488 de 2018, SU-005 de 2018 y T-085 de 2020.

10 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-129 de 2009, T-335 de 2009, SU-339 de 2011, T-664 de 2012 y T-340 de 2020.

11 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2009.

12 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-136 de 2015.

13 Cfr., Corte Constitucional, sentencia T-610 de 2015 y SU-128 de 2021.

14 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-128 de 2021.

15 Ibidem.

16 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-061 de 2018.

17 Corte Constitucional, Sentencia SU-061 de 2018.

18 Cfr., Corte Constitucional, sentencias C-590 de 2005, T-367 de 2018, T-401 de 2019 y SU-453 de 2019, entre otras.

19 Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2016 y T-462 de 2018.

20 Corte Constitucional, T-205 de 2013, T-104 de 2014, SU-453 de 2019, entre otras.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-029 de 2014.

23 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

24 Cfr., Corte Constitucional, T-510 de 2003.

25 Corte Constitucional, Sentencia T-033 de 2020.

26 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-384 de 2018.

27 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-033 de 2020.

28 Corte Constitucional, Sentencia T-384 de 2018.

29 Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 2014.

30 Corte Constitucional, Sentencia T-384 de 2018.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-384 de 2018.

32 Artículo 96, Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.

33 Título I del Libro I de la Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.

34 Cfr., Artículo 53 Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia

35 Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2009 y T-262 de 2018.

36 Ibidem.

37 Corte Constitucional, Sentencia T-384 de 2018.