

(...) no se observa valoración alguna realizada por (la autoridad judicial accionada) que se ocupe de desvirtuar los relatos coherentes y convincentes, reiterados por la niña según aparece en los respectivos informes y entrevistas aportados, la Sala debe concluir la existencia de un defecto fáctico ostensible, que resulta grave al considerar que se trataba de una niña de 4 años de edad para la fecha del fallo cuestionado.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Procedencia

(La autoridad judicial accionada) desconoció el precedente constitucional que establece la protección de la mujer y la niña contra cualquier tipo de violencia y particularmente contra la violencia de género, en aras de garantizar su derecho fundamental a una vida libre de violencia.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Violación directa de la Constitución por desconocimiento del interés superior del menor

(...) la medida de señalar visitas supervisadas entre padre e hija no se ajustó a parámetros de razonabilidad ni proporcionalidad. En ese orden, no se observa que la decisión estuviera sustentada en una lógica argumentativa que ponderara entre diferentes medidas de protección disponibles, que midiera el posible riesgo y la proporcionalidad entre este y la medida que finalmente fue adoptada, ni que examinara las posibles consecuencias negativas que podía comportar en términos de la estabilidad emocional y psicológica de la niña.

PRINCIPIO PRO INFANS EN INVESTIGACIONES PENALES POR DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD-Aplicación

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

DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Configuración/DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva/DEFECTO FACTICO-Fundamentos y marco de

intervención que compete al juez de tutela

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causal específica autónoma

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Definición

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA-Dimensión positiva y negativa

VIOLENCIA DOMESTICA CONTRA LA MUJER-Definición

MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL-Deber de debida diligencia en prevención, atención, protección y garantía de investigación, enjuiciamiento y sanción de responsables

ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO-Deber constitucional y legal de todos los jueces de administrar justicia con enfoque de género, siempre que se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Protección constitucional e internacional

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Triple dimensión

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

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

(...) es reprochable que, so pretexto de ejecutar la instrucción judicial, se hubiera privilegiado el derecho del padre sobre la integridad y el bienestar emocional de la niña, dejando de lado

su derecho a ser escuchada y a tener en cuenta su opinión en ese proceso en relación con la situación con el padre.

PRESUNCION DE INOCENCIA-Alcance/PRESUNCION DE INOCENCIA-Jurisprudencia constitucional

(...) cuando se trata de casos por presunta violencia sexual ejercida contra niñas, niños o adolescentes, el abordaje de las autoridades debe ser intersectorial e integral. En ese orden, tanto los servidores públicos como los jueces en materia de familia deben esclarecer si el contacto con el presunto agresor amenaza o no la integridad de la posible víctima y si resulta nocivo para su salud mental y emocional.

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

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

Referencia: Expediente T-7.613.966

Revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la solicitud de tutela presentada por LAT, en representación de su hija MADA, en contra de la providencia del 9 de abril de 2019 proferida por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá.

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional¹, integrada por las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger y el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 6 de agosto de 2019, que confirmó la providencia emitida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, el 18 de junio del mismo año, dentro de la solicitud de tutela presentada por LAT, en representación de su hija MADA, en contra de la decisión del 9 de abril de 2019 proferida por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá².

Las magistradas dejan constancia que este caso ha debido resolverse con mayor celeridad. El magistrado sustanciador pone de presente que ha sido la suma de contingencias derivadas del tránsito de la presencialidad a la virtualidad, la suspensión de los procesos producto de la emergencia sanitaria, la rotación de los profesionales que apoyaron la labor del Despacho, la complejidad del caso y el análisis de las pruebas solicitadas, las que causaron la prolongación del trámite de elaboración del proyecto de sentencia, el cual fue sometido el 7 de junio de 2022 a consideración de las magistradas que conforman esta Sala de Revisión.

Aclaración preliminar

Esta Sala ha adoptado como medida de protección a la intimidad de la niña involucrada en el presente proceso, la supresión de los datos que permitan su identificación, razón por la cual su nombre y el de sus padres serán remplazados por las iniciales en mayúscula. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a la Secretaría General de esta Corporación, a las autoridades judiciales de instancia y a aquellas vinculadas al trámite, guardar estricta reserva respecto de su identificación³.

Siglas

Identificación

LAT

Madre de la niña

MADA

Hija

ADM

Padre de la niña

FED

Hermano de la niña

I. ANTECEDENTES

A. Solicitud

1. LAT solicitó la tutela de los derechos de su hija MADA a la dignidad, a la integridad personal, al debido proceso, a vivir una vida libre de violencia y a la prevalencia del interés superior de los niños y niñas, por considerar que el Juzgado 24 de Familia de Bogotá los vulneró al ordenar a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero señalar visitas supervisadas entre ella y su padre ADM.

2. Dicha orden la impartió el juzgado accionado el 9 de abril de 2019 al resolver el recurso de apelación formulado contra la decisión del 3 de julio de 2018, adoptada por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, consistente en suspender las visitas del padre hasta tanto la Fiscalía General de la Nación adoptara la determinación que en derecho correspondiera. El juzgado accionado revocó esta decisión y señaló visitas supervisadas por la Comisaría, en el lugar y fecha que ella dispusiera, con el objeto de mantener los lazos entre padre e hija hasta que se resolviera el proceso penal en contra del padre de MADA. Con ocasión de la implementación de las órdenes impartidas por el juzgado demandado, la madre de la niña aportó un informe psicológico privado en el que se afirma que si esta volvía a tener contacto con su padre esto le podría generar ansiedad y temores.

B. Hechos relevantes

3. El 10 de enero de 2015 nació MADA dentro de la relación entre LAT y ADM, relación que terminó el mismo año. Posteriormente, cuando la niña tenía un año y medio, los padres intentaron reanudar su vínculo de pareja, sin convivencia, pero al poco tiempo lo terminaron nuevamente⁴.

4. La madre refirió que logró un acuerdo con ADM para que viera a su hija todos los martes y sábados. En el mes de febrero de 2018, ambos padres acordaron que la niña pasara todo el fin de semana en casa de su padre cada 15 días.

5. ADM manifestó que la niña estableció una relación cercana con su otro hijo, fruto de una relación diferente a la que sostuvo con LAT5.

6. La demandante señaló que después de las visitas en casa de su padre la niña “llegaba alterada”6, no comía bien, tenía terrores nocturnos y, en general, actuaba molesta con su madre.

7. El 22 de mayo de 2018, de manera espontánea, MADA le contó a su madre sobre un “juego que te[nía] con su papá, donde él toca el piano en su cola”7. La niña, el mismo día, le contó a la directora de su jardín que el papá le decía “piano”8 a su cola (vagina), afirmando que “mi papá dice que es un juego [...] pero a mí no me gusta”9.

8. El 23 de mayo de 2018 LAT presentó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación en contra de ADM y acudió a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero para solicitar, como medida de protección, la suspensión de las visitas. Adjuntó para el efecto un informe elaborado el mismo día por el jardín en el que estudiaba la niña y en el que se refiere que, haciendo una actividad de trazado, declaró que “mi papá me dice que mi cola es un piano”10.

9. Mediante Auto del 24 de mayo de 2018, la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero admitió la medida de protección y ordenó provisionalmente la suspensión de las visitas al señor ADM, programando continuar con la audiencia de medida de protección el 5 de junio de 2018.

10. El 18 de julio de 2018, en el Informe sobre el examen psicológico forense practicado a MADA se relata que ante la pregunta del investigador del Grupo de Psicología y Psiquiatría Forense de “a qué ha jugado con el papá”11, la niña respondió:

“[MADA]. flexiona las piernas agacha su cuerpo y con las manos sobre la ropa toca su área genital, moviendo la mano repetidamente de arriba hacia abajo. Y ante la nueva pregunta de cómo es el juego o que le enseñe al entrevistador [...] repite de nuevo llevando sus manos

sobre el área genital y moviendo sus dedos esta vez produciendo un sonido [...] responde que su papá hace así [...] haciendo el respectivo movimiento de los dedos sobre su área genital [...] sin ropa [...] era un secreto dijo el papá [...] era entre mi papa y yo [...] y mi hermanito [FED]”¹².

De su relación con su padre comentó:

En dicho documento, la psicóloga forense declaró:

“[P]osterior a los hechos la examinada presentó sintomatología psicológica consistente en ansiedad, alteraciones a nivel de la conducta de sueño y la conducta alimentaria al presentar pesadillas”¹⁵.

La conclusión del informe señala que el relato de la niña era “consistente, detallado, coherente, logrando transmitir, de acuerdo con las características propias de su desarrollo psicológico, las situaciones vivenciales, guardando relación con versiones anteriores”¹⁶.

11. El 3 de julio de 2018 se adoptó por parte de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero la medida de protección, suspendiendo las visitas hasta que la Fiscalía General de la Nación adoptará alguna decisión dentro de la denuncia penal¹⁷. Esa decisión fue apelada por ADM, recurso que fue declarado desierto por el Juzgado 24 de Familia del Circuito de Bogotá.

12. ADM presentó tutela en contra de esa decisión y, mediante fallo del 23 de enero de 2019, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá protegió su derecho fundamental al debido proceso y ordenó resolver la apelación al verificar que había sido sustentado oportunamente.

13. En cumplimiento del fallo de tutela, el juzgado accionado estudió la medida de protección adoptada por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero y decidió revocar la suspensión de las visitas. Al resolver el recurso de apelación contra dicha medida, el 9 de abril de 2019, el Juzgado 24 de Familia de Bogotá dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: CONFIRMAR el Numeral 2º de la Resolución proferida el día 3 de julio de 2018 mediante la cual la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero dispuso imponer medida de protección de carácter preventivo en favor de la menor MADA y en contra del señor ADM

para que este se abstenga de realizar cualquier acto de violencia, agresión, maltrato u ofensa en contra de la citada menor.

SEGUNDO: REVOCAR el Numeral 3° de la Resolución proferida el día 3 de julio de 2018 y en su lugar, señalar visitas supervisadas por parte de la Comisaria en el lugar y fechas que disponga la misma con el fin de mantener los lazos entre padre e hija hasta tanto no se resuelva el proceso penal que se adelanta en contra del señor ADM.

TERCERO: MANTENER en lo demás incólume la providencia proferida el día 3 de julio de 2018”18.

14. El 28 de mayo de 2019 LAT solicitó la ampliación de la medida de protección, debido a la programación de la audiencia de imputación de cargos, en el marco del proceso que se adelantaba ante la Fiscalía General de la Nación. Preciso que su hija MADA inició proceso terapéutico de forma particular y en el último seguimiento se indicó que volver a tener contacto con su padre podría generar ansiedad, temores y desestabilización.

15. El 29 de mayo de 2019 comparecieron ante la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero los padres de MADA. Ante la solicitud de ampliación de la medida de protección, así como de la citación de audiencia preliminar de cargos dentro del proceso de investigación y judicialización en contra de ADM a realizarse el 27 de junio de 2019, se suspendió la diligencia.

16. ADM presentó una nueva solicitud de tutela, esta vez con el fin de amparar su derecho al debido proceso y para que se ordenara a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, que se señalara fecha para realizar las visitas, sin más dilación. El 12 de junio de 2019, el Juzgado 10 Penal Municipal con Función de Control de Garantías falló en su favor y ordenó programar diligencia para dar cumplimiento a la orden del Juzgado 24 de Familia de Bogotá. Acatando la orden, la audiencia se celebró el 27 de junio siguiente.

17. En dicha audiencia se fijaron las visitas a partir del viernes 5 de julio de 2019, cada quince días.

18. El 27 de junio de 2019, la madre de la niña hizo llegar a la Comisaría el informe de la psicóloga clínica que atiende a MADA y en el cual informa las recomendaciones terapéuticas

que deben tenerse en cuenta para ofrecer un contexto de seguridad, entre las cuales se incluye que la niña tenga al menos seis sesiones de preparación y una sesión con el supervisor. De igual forma recomienda, por tratarse de visitas supervisadas en el marco de un procedimiento de presunto abuso sexual, que el padre también reciba una preparación para las visitas. Finalmente recomienda la suspensión de las visitas si se observa que afectan su salud emocional.

19. El 5 de julio de 2019 se llevó a cabo la primera visita supervisada en la sede de la Comisaría. Antes de su realización y mientras la trabajadora social le explicó a la niña el motivo de la visita, MADA manifestó “no quiero ver a mi papá”¹⁹ y también “tengo miedo que (sic) me haga el mismo juego”²⁰. Informado el señor ADM, refiere estar de acuerdo con que su hija en compañía de su progenitora se retiren de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero afirmando que “me duele ver a la niña así de afectada”²¹.

20. El 24 de julio de 2019 el Juzgado 17 Penal del Circuito de Bogotá revocó el fallo de tutela proferido por el Juzgado 10 Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

21. El 25 de julio de 2019, luego de que le fuera negada la tutela que interpuso en contra de la decisión de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero adoptada en la audiencia del 27 de junio de dicho año²², la accionante interpuso la tutela en contra de la decisión del Juzgado 24 de Familia de Bogotá, solicitando (i) ordenar como medida provisional suspender las visitas vigiladas; (ii) dejar sin efectos la providencia del 9 de abril de 2019, por la cual el juzgado accionado resolvió el recurso de apelación contra la decisión del 3 de julio de 2018, con base en que se incurrió en defecto fáctico, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución; y (iii) solicitar el seguimiento y acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Personería de Bogotá delegada en asuntos penales y delegada en asuntos de familia en el caso de su hija.

C. Fundamentos de la solicitud de tutela

22. A juicio de la accionante, la decisión del Juzgado 24 de Familia de Bogotá incurrió en defecto fáctico, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución, y de allí que la orden de señalar visitas supervisadas entre MADA y el padre de la niña haya sido desproporcionada e irracional. Fundamenta su reclamo de la siguiente manera:

23. En primer lugar, señaló que el Juzgado 24 de Familia incurrió en defecto fáctico. Si bien tuvo en cuenta la existencia de la denuncia penal por el delito de acto sexual en menor de 14 años en contra de ADM, la prueba de medicina legal y la copia de la entrevista forense realizada en el proceso penal a la niña, realizó una valoración defectuosa del material probatorio porque decidió “[...] separarse por completo de los hechos probados y resolvió a su arbitrio el asunto sin considerar las pruebas allegadas que de manera sumaria mostraban un riesgo para [su] hija [...]”²³.

24. En segundo lugar, indicó que en la decisión cuestionada se incurrió en defecto por violación del precedente jurisprudencial de la Corte en materia de mujeres y niñas víctimas de violencia basada en el hecho de ser mujeres. En este sentido destacó que la decisión “[...] fue tomada sin considerar las relaciones estructurales de discriminación y violencia en contra de los cuerpos femeninos que no diferencia edad, revictimizando a mi hija a verse con su agresor [...]”²⁴.

25. Señaló que se debió flexibilizar la carga probatoria privilegiando los indicios y “[...] en este caso, los indicios estaban más que sustentados tanto en la denuncia penal, como la entrevista forense a [su] hija y el dictamen de medicina legal [...]”²⁵. Finalmente, afirmó que el juzgado accionado “[...] debió haber hecho un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia y no solamente argumentar que [ADM] había manifestado que era un buen padre, y que una denuncia penal no era suficiente como para suspender las visitas, analizando las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres [...]”²⁶.

26. En tercer lugar, consideró que en la decisión cuestionada el juzgado accionado violó de manera directa la Constitución, en la medida en que no consideró en su fallo (i) la garantía del desarrollo integral de las niñas y niños, (ii) la protección de las niñas y niños frente a riesgos prohibidos y (iii) la proporcionalidad en el equilibrio con los derechos de los padres.

“En el mes de Octubre de 2.018 la niña extrañaba ver a su padre y frecuentemente preguntaba por él. Ella en una ocasión expresó a su madre: ‘el nunca me tocó’. esta (sic) situación de retractación no implica que la situación del presunto abuso no haya ocurrido, sino que la niña lo dice para poder seguir viendo a su papá y porque no logra comprender las implicaciones de su protección y la separación de él. En esos momentos la niña presentaba

sentimientos contradictorios, lo extraña y al mismo tiempo tiene miedos nocturnos (Un lobo que la persigue).

En la sesión realizada el 26 de Octubre de 2018, la niña expresa de manera espontánea:

MA: 'mi papa me hizo un juego en la cola'.

T: ¿Cómo era el juego?

MA: 'con las manos' (muestra moviendo los dedos encima de su vagina).

T: ¿Cómo te parece ese juego?

MA: 'malo'.

T: ¿Por qué?

MA: 'porque me hizo duro'.

T: ¿Ese juego tenía nombre?

MA: 'solo se llamaba piano'.

T: ¿Quién le dio ese nombre?

MA: 'mi papá'.

T: ¿Cómo te sientes con ese juego?

MA: 'brava'.

T: ¿Por qué?

MA: 'no sé por qué' [...]

En Diciembre 11 de 2.018 la madre expresa que bañando a MADA, le iba a quitar un pedacito de papel higiénico de la vulva 'y la niña se pone muy tiesa y empieza a gritar porque le recuerda al juego del piano'"27.

El informe concluye así:

“En los últimos meses la niña progresivamente ha dejado de preguntar por su padre y la presencia de la figura parental en su juego libre ha estado cada vez más ausente. En este momento no pregunta o habla de él.

A la niña se le ha explicado que no puede ver a su padre por orden judicial.

El 6 de Mayo/19 le expliqué durante una sesión del proceso terapéutico que existe posibilidad de volver a ver a su padre en visitas vigiladas. Aunque la niña le tiene afecto a su padre y esto le permitiría poder ver a su medio hermano FED, es posible que volver a verlo (si el sistema judicial lo ordena) le genere ansiedad y temores no solo por los cambios que esta decisión pueda generar en sus rutinas y hábitos cotidianos, sino frente a la reacción del padre por el hecho de que ella contó sobre los supuestos tocamientos de su parte y las consecuencias que esto le pueda generar”²⁸.

D. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

28. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 4 de junio de 2019, decidió admitir la tutela, notificar al juzgado accionado, vincular a la defensora de Familia y a la agente del Ministerio Público adscritas al Juzgado 24 de Familia de Bogotá, y a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, así como a los intervinientes en el proceso que pudieran verse eventualmente afectados con la decisión. Finalmente, negó la medida provisional solicitada por la accionante por no contar con suficientes elementos de juicio.

29. La Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, por medio de oficio remitido el 6 de junio de 2019, dio respuesta a la tutela solicitando ser desvinculada del trámite “[...] debido a que la actuación surtida por [ese] Despacho está ajustada a la ley [...]”²⁹. Adicionalmente, adjuntó en calidad de préstamo el expediente contentivo de la medida de protección MP 135/2018, radicado bajo el cual se ha tramitado el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de la niña MADA.

30. El Juzgado 24 de Familia de Bogotá, por medio de oficio remitido el 7 de junio de 2019, dio respuesta a la tutela y señaló: “[...] no se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la hoy accionante y por el contrario en virtud de los derechos constitucionales que le asiste a la

menor involucrada se ordenó que por parte de la Comisaría se procediera a señalar visitas supervisadas dado que el señor ADM se encuentra cobijado bajo el principio de presunción de inocencia como quiera que dentro del trámite no se demostró el delito que se le endilga y en esa medida a compartir (sic) con su menor hija [...]”30.

32. El apoderado del señor ADM, por medio de oficio remitido el 10 de junio de 2019, se pronunció como interviniente interesado en el trámite de la tutela y señaló que la intención de la accionante no era otra diferente a “[...] que se configure una tercera instancia [...]”32.

33. A su juicio, la accionante (i) no acreditó la relevancia constitucional, (ii) no satisfizo el requisito de subsidiariedad, (iii) no refirió evidencia de una irregularidad procesal con incidencia directa en la decisión y (iv) tampoco identificó los hechos que generan la vulneración de sus derechos. En conclusión, solicitó declarar improcedente la tutela en la medida en que no cumple la totalidad de los requisitos genéricos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

34. La Procuradora 152 Judicial II de Familia, por medio de oficio remitido el 12 de junio de 2019, emitió concepto acerca de la solicitud de tutela. Indicó que la accionante utiliza dicho mecanismo como una nueva instancia y en ese sentido hace una reseña sobre la naturaleza de la tutela y el alcance de esta ante las denominadas vías de hecho. Recordó la jurisprudencia reiterativa en relación con la garantía del artículo 44 de la Constitución, encaminado a proteger el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ellos. Planteó el derecho de ADM de mantener el vínculo paterno con su hija cuando aún la Fiscalía General de la Nación no ha definido la investigación penal y concluyó que “[...] de la actuación que reposa en el expediente se desprende con certeza que la decisión del Juzgado accionado, [se fundó] en la actuación procesal prevista para este tipo de asuntos, decisión que se encuentra debidamente motivada y sustentada conforme a las pruebas obtenidas en el curso del trámite [...]”33.

35. Un representante del Grupo de Trabajo Nacional para el fortalecimiento de la investigación y judicialización de la violencia contra las niñas, niños y adolescentes de la Fiscalía General de la Nación, por medio de oficio remitido el 18 de junio de 2019, informó a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que “[...] en [ese]

despacho se adelanta indagación bajo la noticia criminal No. 110016099145201800012 por el delito DE ACTOS SEXUALES ABUSIVOS EN CONTRA DE MENOR DE 14 AÑOS (art. 209 C.P.) en contra del señor ADM [...] que dentro de dicho radicado se tiene señalo (sic) el día 27 de junio del presente año en el horario de las 03:00 p.m., para la realización de Audiencia de Formulación de Imputación [...]”³⁴.

E. Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

36. Mediante sentencia del 18 de junio de 2019, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó el amparo solicitado.

37. Consideró que la providencia proferida por el juzgado accionado es el “[...] producto de la valoración de las pruebas legalmente aducidas al trámite administrativo, que consulta además del principio de presunción de inocencia, con (sic) el interés de la niña a favor de quien se regulara las visitas a que tiene derecho con su padre [...]”³⁵. Si bien reconoció que no desconoce la existencia de una denuncia por acto sexual en menor de 14 años contra el padre de la niña, también consideró que la decisión se advierte razonable y además prudente. Destacó que la denuncia penal no puede en sí misma socavar la presunción de inocencia y en ese sentido no advirtió la existencia de un riesgo que impida el desarrollo de unas visitas paternofiliales debidamente supervisadas.

38. Concluyó el despacho que “[...] la vía de hecho no se produce por la sola circunstancia de que una decisión resulte adversa, ni porque el funcionario a quien se acuse de haber conculcado el debido proceso no interprete la situación puesta a su consideración en la forma en que desea el interesado, ya que la acción de tutela no da lugar a una nueva instancia para revisar los criterios expuestos por el Juez [...]”³⁶.

39. La accionante, el 27 de junio de 2019, presentó impugnación en contra del anterior fallo. Señaló que la decisión impugnada desconoció los defectos alegados en la solicitud de tutela.

40. Destacó que (i) el Juzgado 24 de Familia de Bogotá sustentó su decisión en la afirmación del señor ADM según el cual él es “un padre amoroso e interesado en el cuidado de su

hija”³⁷, afirmación que, en su concepto, no tenía sustento e hizo ubicar la discusión en su derecho a la presunción de inocencia, y (ii) la decisión cuestionada desconoce el precedente constitucional sobre la protección de los derechos de las niñas.

41. Durante el trámite de la impugnación, la accionante informó a la Corte Suprema de Justicia que en la primera visita la niña manifestó que no quería ver a su papá y afirmó³⁸: “tengo miedo que (sic) me haga el mismo juego”. “Al preguntarle nuevamente a la niña si desea pasar a la sala de espera donde se encuentra su progenitor, señala ‘no quiero’ ‘tengo miedo que (sic) me haga el mismo juego’ y nuevamente empieza a llorar y es abrazada por su progenitora”.

42. Adjuntó el informe de la psicóloga de la niña, en el que se afirma:

“Considero que no es recomendable forzar el proceso de encuentro de la niña con su padre ya que la niña percibe con mucho temor y se siente vulnerable en su presencia. Obligar a la niña a verlo le genera ansiedad, miedo e inseguridad y pone en riesgo la estabilidad emocional de la niña.

Asimismo solicito tener en cuenta la información enviada el pasado 19 de junio de 2019 acerca de las recomendaciones para brindar seguridad emocional a la niña en el caso de las visitas vigiladas con su padre”³⁹.

43. Informó que antes de la segunda visita, tanto el procurador 61 Judicial II de Familia como ella solicitaron la suspensión de las mismas, pero se obtuvo respuesta negativa de parte del comisario de Familia encargado.

44. Dio cuenta de que en la fecha de la segunda visita, el 18 de julio de 2019, debido al estado de ansiedad de su hija, se abstuvo de llevarla y luego radicó un informe en el que se lee lo siguiente:

“En esta consulta se realizó apoyo psicológico a la niña con relación al rechazo, miedo y ansiedad que le produce[n] las visitas vigiladas ordenadas con su padre.

Además de estos síntomas (sic) la niña ha mostrado irritabilidad, labilidad emocional,

angustia, llanto frecuente, dificultades en el dormir (pesadillas y sueño intranquilo) y alteración en sus rutinas de alimentación (disminución del apetito).

Estos síntomas se han presentado desde que se le ha informado que debe asistir a las visitas vigiladas con su padre”⁴⁰.

45. Relató que el 31 de julio de 2019 durante el seguimiento de la medida de protección, solicitó la suspensión de las visitas y adjuntó evidencia de los daños causados a su hija; ese día el padre reconoció que “la primera visita acá fue horrible para todos”⁴¹.

Sentencia de segunda instancia

47. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia del 6 de agosto de 2019, decidió confirmar el fallo de primera instancia. Adicionalmente, indicó que “[...] surge palpable que la pretensión de la promotora se circunscribió, de modo exclusivo, a un subjetivo disentiimiento frente a las razones en que la autoridad accionada se basó para resolver el asunto puesto en su conocimiento, disconformidad que naturalmente, excede el ámbito de la tutela [...]”⁴².

48. Concluyó el despacho que “[...] no fue por desconocimiento de la ley sustancial, por vicios en el procedimiento, por defecto fáctico, procedimental, ni sustancial, ni por ninguna otra actuación caprichosa que la autoridad accionada tomó su decisión, pues los motivos que con suficiencia expuso, constituyen una interpretación judicial válida y razonable, que no configura ninguno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias y, por tanto, no se advierte violación a los derechos fundamentales de la recurrente [...]”⁴³.

II. ACTUACIONES REALIZADAS EN SEDE DE REVISIÓN

49. El 5 de noviembre de 2019 la accionante allegó 16 folios y solicitó la medida provisional de suspensión del auto que restableció las visitas y del que las reguló. Así mismo, pidió la protección de la identidad de su hija y la propia en el trámite de revisión. Como sustento, manifestó que (i) dentro del proceso penal se había cumplido la audiencia de imputación de cargos y de medida de aseguramiento, (ii) su hija se encontraba en un proceso terapéutico,

en el que se prevé un plan para el acercamiento con su progenitor, el cual no ha sido cumplido por parte de las entidades accionadas, que insisten en las visitas, (iii) se han realizado tres visitas supervisadas⁴⁴, las cuales le han generado a la niña angustia, llanto y ansiedad, y (iv) se citó a audiencia de formulación de acusación en el proceso penal.

50. Mediante escrito del 26 de noviembre de 2019, la demandante informó que, en el fallo del incidente de desacato de la medida de protección, la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero suspendió las visitas hasta tanto ADM allegará pruebas de su asistencia al tratamiento terapéutico ordenado y le impuso multa por su incumplimiento. Adicionalmente, la Comisaría ordenó suspender las visitas hasta no verificar el cumplimiento del tratamiento terapéutico ordenado⁴⁵.

51. En virtud de lo anterior, mediante Auto del 19 de diciembre de 2019 se ordenó, como medida provisional, a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero que suspenda las visitas de ADM a su hija MADA, hasta tanto esta Sala de Revisión se pronuncie sobre la solicitud de tutela radicada bajo el número de expediente T-7.613.966. Así mismo, solicitó en calidad de préstamo a dicha comisaría el expediente del procedimiento de restablecimiento de derechos MP 135/2018. Finalmente, invitó a diferentes organizaciones a intervenir en el proceso.

Los conceptos solicitados⁴⁶

52. Programa de Psicología de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia. La Universidad Externado organizó su intervención en cuatro partes y formuló una serie de conclusiones.

53. En primer lugar, abordó el tema del régimen de visitas, los procesos conflictivos de separación entre padres y lo perjudicial que esto puede resultar para las niñas y niños involucrados, la importancia de la colaboración entre los padres en los aspectos afectivos, educativos y económicos, para enseguida proceder con el análisis del abuso sexual infantil por parte de un progenitor, la sintomatología psicológica sobre el particular y la incidencia de falsos testimonios.

54. En segundo lugar, se refirió al enfoque preventivo de los procesos adelantados en casos de abuso infantil, la ausencia de evidencias en caso de violencia intrafamiliar y particularmente de violencia sexual. En este sentido señala la importancia que “[...] en los

casos de procesos penales en los que la presunta víctima de un delito sexual es un niño menor de 6 años debe ser evaluado por un perito experto, psicólogo forense o psiquiatra forense con conocimientos profundos del manejo de las entrevistas clínicas, psicología o psiquiatra del desarrollo y el proceso de neurodesarrollo [...]”⁴⁷. Concluye que es importante fortalecer apropiadamente los equipos de detección y evaluación de abuso sexual con el fin de garantizar que la niña o el niño no sea revictimizado en el proceso.

55. En tercer lugar, mencionó la relación que debe existir entre el resultado del proceso penal y la suspensión de visitas. En ese sentido destacó “[...] con el objetivo de dar una respuesta clara a los problemas derivados de la violencia en las relaciones familiares, se considera justa causa para que la autoridad judicial pueda suspender o denegar las relaciones personales de los progenitores con los hijos menores que estos hayan sido víctimas directas o indirectas de violencia de género en el marco de aquellas relaciones [...]. En caso de indicios firmes en los resultado de las evaluaciones forenses, como de los equipos interdisciplinarios de las autoridades de familia, sobre un presunto abuso es importante suspender las visitas [...]”⁴⁸.

56. En cuarto lugar, se ocupó de la incidencia de la voluntad de las niñas y niños en las visitas. Al respecto, refirió el avance que ha asumido la autonomía de la voluntad y su relevancia en los ámbitos más íntimos de los seres humanos como lo son la familia y el núcleo familiar. No obstante, no desconoció que ante una situación de riesgo para su integridad y bienestar “[...] el conjunto de decisiones se deben encaminar a crear una dinámica favorable al desarrollo del niño, asegurándose de satisfacer sus necesidades básicas, ya sean físicas, intelectuales, sociales, emocionales o culturales, y el respeto de sus derechos [...]”⁴⁹.

57. La Casa de la Mujer. Por medio de escrito remitido a esta corporación por la directora y representante legal⁵⁰, la Casa de la Mujer señaló que (i) en los casos en los que se señalan niñas, niños y adolescentes como víctimas de violencia sexual, resulta problemático identificar claramente el hecho y la situación de riesgo dada la naturaleza de la víctima y, en este sentido, el testimonio de esta como material probatorio reviste una fuente importante de información y debe ser valorado teniendo en cuenta sus particularidades; (ii) la relevancia del testimonio de niñas y niños está reconocida en la fase de acusación y condena de un padre abusivo, razón por la que debe otorgarse la misma importancia en el contexto de la

aprobación o negativa del régimen de visitas; (iii) como parámetro clínico es fundamental revisar a la niña o niño para constituir la acusación formal y guiar los procedimientos posteriores al divorcio que afectan al infante y la recuperación de la vida presuntamente abusada; (iv) el cambio de paradigma respecto del hecho que “anteriormente se tenía a los menores como envases de las ideas de los padres”⁵¹ ahora “deviene necesariamente en un cambio al considerarlos sujetos independientes con sentimientos y experiencias propias”⁵², y (v) finalmente, “el operador judicial debe condicionar su fallo a la directriz internacional del principio pro infans que dispone toda aplicación del ordenamiento jurídico en pro del interés superior de los niños y niñas. Su voluntad (del infante) es superior a una presunción de inocencia (del acusado)”⁵³.

58. Colegio Colombiano de Psicólogos⁵⁴. Señaló en su intervención que (i) el comisario de Familia que reciba la denuncia por la presunta vulneración a la integridad de niñas, niños y adolescentes, “[debería contar] con que el psicólogo del equipo técnico sea un profesional altamente cualificado que cuente con el tiempo y los recursos para hacer una evaluación psicológica ajustada a los principios rigurosos tecnológicos y científicos que le permitan al comisario tomar una decisión justa y en derecho, en procura de la defensa del interés superior del niño a tener una familia y a no ser instrumentalizado o abusado por alguno de sus progenitores”⁵⁵; (ii) las decisiones del comisario de Familia no deben estar sujetas a las dificultades y tiempos del proceso penal, sino que se deben tomar en procura del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, con sustento técnico y científico, y (iii) desde el punto de vista legal, la misma Ley 1098 de 2006 señala que la opinión del niño debe ser tomada en cuenta y siempre que haya sido obtenida en el marco de una evaluación psicológica bien hecha, bajo los parámetros señalados anteriormente.

59. UNICEF Colombia⁵⁶. La entidad destacó que (i) cuando se trata de medidas de protección que deben ser adoptadas a raíz de procesos penales relativos a delitos sexuales donde la víctima es una niña, un niño o un adolescente, se deben considerar de manera prevalente sus derechos en todas las decisiones judiciales y administrativas que los afecten; (ii) “que un presunto abusador sea absuelto no implica, necesariamente, que el NNA esté protegido. Por este motivo, las medidas de protección deben trascender la decisión judicial y responder a una evaluación de equipos multidisciplinarios con los recursos y capacidades necesarias para determinar qué es lo que mejor garantiza los derechos del NNA en cada caso”⁵⁷, y (iii) que bajo el principio del interés superior, es importante escuchar a la niña en este caso y tener en

cuenta su opinión y, para lograr tal fin, es necesario establecer mecanismos adecuados para escucharla según su madurez y necesidades específicas.

60. Fundación Plan Internacional por la Niñez colombiana⁵⁸. La fundación (i) recordó el marco legal en materia de protección del interés de niñas, niños y adolescentes en Colombia, con fundamento en el Código de Infancia y Adolescencia y la Sentencia T-012 de 2012; (ii) sugirió remitirse al marco jurídico internacional que ha promovido la justicia con enfoque de género y el interés superior de las niñas y niños en el sistema judicial, y (iii) señaló que “el carácter activo de NNA en sus derechos demanda que sus expresiones sean tomadas con suma seriedad mientras se cursa algún trámite de tipo judicial”⁵⁹.

61. Recibidas las intervenciones se dio traslado a las partes para que se pronunciaran sobre las mismas. Adicionalmente, se ordenó la suspensión de términos del proceso porque el asunto en cuestión resulta de trascendencia y alta complejidad debido a la multiplicidad de decisiones adoptadas en las diferentes actuaciones seguidas y al voluminoso material probatorio y de apoyo recaudado en estas.

62. Las partes involucradas intervinieron. El señor ADM (i) hizo un recuento de las instancias procesales adelantadas hasta la fecha; (ii) señaló la preponderancia de la presunción de inocencia en el trámite adelantado ante el Juzgado 24 de Familia de Bogotá; (iii) hizo énfasis en que la imputación de cargos por parte de la Fiscalía no implica un juicio de responsabilidad; (iv) calificó de improcedente la tutela presentada por la señora LAT; (v) hizo énfasis en que la Fiscalía no solicitó la imposición de medida de aseguramiento en su contra; (vi) destacó que la señora LAT no cumplió la orden judicial que disponía las visitas vigiladas a su hija; y finalmente, (vii) puso de presente el concepto de la alienación parental como un fenómeno determinante en el proceso en su contra.

63. Por su parte, la señora LAT, además de expresar su opinión frente a las intervenciones de terceros y de oponerse a las manifestaciones del señor ADM, ratificó y amplió la posición expuesta en la tutela e informó los avances del proceso penal en contra de este⁶⁰, reportando que se encuentra actualmente en la etapa de juicio oral⁶¹. También, aportó

nueva información sobre el análisis realizado a la niña MADA⁶², así como a los argumentos planteados por ADM en las instancias administrativas y judiciales⁶³. Adicionalmente, advirtió la doble condición de la psicóloga Milena Martínez Rudas como perito de la defensa en el proceso penal en contra de ADM y líder del equipo del Colegio Colombiano de Psicólogos que conceptuó ante este Despacho⁶⁴ y aportó información relativa al archivo de la denuncia en contra de esta⁶⁵.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia

64. La Corte Constitucional, por medio de la Sala Quinta de Revisión, es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

B. Planteamiento del problema jurídico, método y estructura de la decisión

65. De acuerdo con la pretensión y los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, la Sala de Revisión debe resolver si el Juzgado 24 de Familia de Bogotá vulneró el derecho al debido proceso de MADA al incurrir, con ocasión de la providencia del 9 de abril de 2019, en defecto fáctico, desconocimiento del precedente constitucional y violación directa de la Constitución, concretamente de su artículo 44.

66. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad teniendo en cuenta que la tutela se dirige contra una providencia judicial. Así, se ocupará de analizar la decisión judicial cuestionada y sus eventuales efectos en los derechos de MADA al debido proceso, a ser escuchada en las actuaciones administrativas y judiciales, a su integridad física, psicológica y emocional y a la prevalencia del interés superior de la niña. La Sala considera que de esta manera se protege efectivamente su dignidad y su derecho a vivir una vida libre de violencia.

C. Cuestión previa: procedencia de la solicitud de tutela

Legitimación en la causa

67. Legitimación por activa. El artículo 86 de la Constitución establece la facultad que tiene toda persona para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 regula que la solicitud de amparo puede ser presentada (i) directamente por el afectado, o (ii) a través de su representante legal, por ejemplo, en el caso de las niñas, niños y adolescentes; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) por medio de un agente oficioso.

68. En consideración a lo anterior, la Sala encuentra que LAT, quien acreditó ser la progenitora de MADA, presentó la acción en representación de su hija menor de edad⁶⁶ en defensa de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, está facultada para invocar su protección ante la amenaza o vulneración en la que presuntamente incurrió la parte accionada. En tal sentido, en el presente caso, se encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa.

69. Legitimación por pasiva. La legitimación por pasiva hace referencia a la aptitud legal de la entidad o del particular contra quien se dirige el amparo, para ser llamado eventualmente a responder por la vulneración o amenaza de un derecho fundamental. El artículo 86 de la Constitución y los artículos 1 y 13 del Decreto 2591 de 1991 establecen que la tutela procede contra la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En el caso bajo estudio, el amparo constitucional se interpuso en contra del Juzgado 24 de Familia de Bogotá, autoridad que adoptó la decisión cuestionada, de allí que se encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por pasiva.

Inexistencia de carencia actual de objeto

70. La tutela busca que se deje sin efectos los numerales segundo y tercero de la providencia adoptada por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá D. C., dado que el numeral segundo contempla la orden a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero de señalar visitas supervisadas en el lugar y fechas que disponga la misma, con el fin de mantener los lazos entre padre e hija hasta que se resuelva el proceso penal que se adelanta en contra del señor ADM. La Sala ha verificado que dicho proceso se encuentra en curso, en etapa de juicio oral, y que a la fecha de esta sentencia no se ha proferido decisión alguna⁶⁷.

71. Por tal circunstancia, no observa que la tutela carezca de objeto y procederá a continuar con el análisis de los requisitos de procedibilidad de la tutela en contra de providencias judiciales.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso concreto

72. La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer que la tutela contra providencias judiciales procede de manera excepcional. Así, a partir de la Sentencia C-590 de 2005, la Corte ha exigido el cumplimiento de la totalidad de los requisitos generales de procedencia y de al menos uno de los requisitos específicos que ha identificado.

73. En este contexto la Sala procederá a verificar los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial. En caso de encontrarlos acreditados en el presente asunto, revisará la configuración de al menos uno de los requisitos especiales de procedibilidad, en los términos que ha indicado la jurisprudencia constitucional.

Análisis del cumplimiento de los requisitos generales⁶⁸

74. La Sala encuentra cumplidos en el presente proceso los requisitos generales anteriormente enunciados, así:

75. Relevancia constitucional⁶⁹. La cuestión que se discute en esta ocasión involucra la protección efectiva de los derechos fundamentales de MADA, en particular, el debido proceso, el derecho a ser escuchada en las actuaciones administrativas y judiciales, su integridad física, psicológica y emocional y la prevalencia de su interés superior, presuntamente transgredidos a raíz de la decisión judicial del 9 de abril de 2019, en la que, aparentemente, y sin valorar los elementos fácticos relevantes que rodeaban los entornos de la niña, entre otros aspectos, el juzgado accionado decidió restablecer las visitas supervisadas en favor del señor ADM.

77. Subsidiariedad. Agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa. El artículo 86 de la Constitución establece que la tutela constituye un mecanismo de protección de derechos de carácter residual y subsidiario, es decir, únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, cuando existiendo dicho medio este no resulte idóneo ni eficaz atendiendo a las circunstancias del accionante, o cuando se pretenda evitar

un perjuicio irremediable⁷⁰.

78. En el presente caso LAT cuestiona la decisión adoptada por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá en uso de las atribuciones conferidas por el numeral 2° del artículo 119 de la Ley 1098 de 2006⁷¹. La demandante no contaba con medios de defensa adicionales para controvertir la decisión del juzgado accionado, pues la norma que rige la revisión de las decisiones administrativas que profiere el comisario de familia establece que la competencia del juez de Familia que falla estas revisiones es de única instancia. Por lo tanto, al no existir otro medio de defensa judicial, esta Sala considera satisfecho el requisito de subsidiariedad.

79. Inmediatez. El presupuesto de inmediatez presupone que la acción de tutela se interponga en un término razonable desde la afectación del derecho fundamental.

80. En este caso se observa que LAT presentó la solicitud de tutela el 31 de mayo de 2019 en contra de la decisión del 9 de abril del 2019 proferida por el juzgado accionado. Es decir que transcurrió un mes y 22 días desde el momento en el que se adoptó la medida que en su opinión vulnera los derechos fundamentales de la niña, y la interposición del amparo bajo revisión.

81. Por ende, esta Sala considera que el tiempo transcurrido entre la decisión que originó el presente trámite y la interposición de la acción de tutela es razonable, con lo cual queda satisfecho el requisito de inmediatez.

82. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto determinante en la providencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte accionante. La Sala advierte que en el caso concreto no se alega una irregularidad en el procedimiento seguido por cuanto las presuntas anomalías que se cuestionan son de carácter sustanciales.

83. Que la parte accionante haya identificado razonablemente los hechos generadores de la presunta vulneración, los derechos comprometidos y que tales circunstancias se hayan alegado en el proceso correspondiente. Considera la Sala que la demandante identificó los hechos que, a su juicio, generaron la alegada vulneración, además de los derechos fundamentales presuntamente desconocidos, por lo que este requisito de procedibilidad también se encuentra satisfecho en el presente asunto.

84. Que la providencia impugnada no sea de tutela. En este caso se reprocha la decisión del 9 de abril de 2019 mediante la cual el Juzgado 24 de Familia de Bogotá resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión del 3 de julio de 2018 de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero. En consecuencia, es claro que la providencia en cuestión no corresponde a un fallo de tutela, por lo que se encuentra cumplida esta exigencia.

85. En síntesis, la solicitud de tutela cumple con los requisitos generales de procedibilidad por lo que esta Sala de Revisión procederá a estudiar, en los términos que ha indicado la jurisprudencia constitucional, los requisitos especiales alegados en el caso concreto.

86. Como se indicó en líneas anteriores, además de los anteriores requisitos generales, el accionante debe acreditar que la autoridad judicial demandada vulneró en forma grave su derecho al debido proceso (art. 29 C.P.)⁷², a tal punto que la decisión judicial resulte incompatible con la Constitución por incurrir en al menos uno de los defectos que la jurisprudencia constitucional ha definido como requisitos específicos de procedibilidad contra decisiones judiciales.

Análisis del cumplimiento de los requisitos específicos⁷³

87. La accionante alega que mediante la decisión del 9 de abril de 2019, el Juzgado 24 de Familia de Bogotá, al revocar el numeral tercero de la resolución proferida el 3 de julio de 2018 por la Comisaria Segunda de Familia de Chapinero⁷⁴ y establecer visitas supervisadas en favor de ADM, incurrió en defecto fáctico, desconocimiento del precedente constitucional y violación directa de la Constitución.

88. La Sala encuentra que en el presente caso la autoridad accionada incurrió en un defecto fáctico que resulta suficiente para dejar sin efecto la decisión por las razones que se exponen en el siguiente acápite. Adicionalmente, desconoció el precedente constitucional que establece la protección de la mujer y la niña contra cualquier tipo de violencia y particularmente contra la violencia de género, en aras de garantizar su derecho fundamental a una vida libre de violencia, e incurrió en una violación directa de la Constitución al desatender el postulado de la prevalencia de los derechos de las niñas y niños y el principio orientador de su interés superior.

D. Defecto fáctico⁷⁵

89. En relación con el defecto fáctico, la Corte ha señalado de forma reiterada⁷⁶ que se estructura a partir de una dimensión negativa y otra positiva. La primera surge de las omisiones o descuido de los funcionarios judiciales en las etapas probatorias, por ejemplo, cuando (i) sin justificación alguna no valoran los medios de convicción existentes en el proceso, los cuales determinan la solución del caso objeto de análisis; (ii) resuelven el caso sin tener las pruebas suficientes que sustentan la decisión; y (iii) no ejercen la actividad probatoria de oficio cuando ello es procedente, es decir, no ordenan oficiosamente la práctica de pruebas requeridas.

90. La segunda dimensión atiende a las actuaciones positivas del juez, por lo tanto, se incurre en un defecto fáctico cuando (i) se evalúa y resuelve el caso con fundamento en pruebas ilícitas, siempre que estas sean el fundamento de la providencia; y (ii) se decide con pruebas que por disposición de la ley no son demostrativas del hecho objeto de la decisión.

91. En cuanto al defecto fáctico por no valoración probatoria, la Corte ha sostenido que se configura cuando el juez, a pesar de tener a su alcance elementos fácticos, omite valorarlos o los ignora sin justificación alguna en su decisión⁷⁷. El defecto se materializa cuando el funcionario, a pesar de que existan dichos elementos, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso particular, resulte evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico variaría sustancialmente.

92. La ocurrencia de este defecto fáctico en la valoración probatoria es excepcional considerando que el error en el juicio valorativo, en los términos de la jurisprudencia constitucional, debe ser “ostensible, flagrante y manifiesto”. El juez de tutela no es una instancia de evaluación de los jueces que ordinariamente conocen del asunto⁷⁸ y tampoco puede desconocer las facultades del juez natural. Al analizar las particularidades de cada caso concreto también debe respetar la autonomía, la presunción de buena fe y la imparcialidad. En tal sentido, la intervención del juez constitucional debe limitarse a comprobar (i) que se haya producido una omisión en la valoración de un elemento fáctico; (ii) que haya una apreciación caprichosa del mismo; (iii) que exista la suposición de alguna evidencia; o (iv) que se le haya otorgado un alcance que no tiene⁷⁹. El juez constitucional no

puede realizar un nuevo examen como si se tratara de una instancia adicional, porque su función se ciñe a verificar que la solución de los procesos judiciales sea coherente con la valoración ponderada de los elementos fácticos presentes en la actuación⁸⁰.

93. La valoración probatoria en la providencia cuestionada. En el presente caso se tiene que el Juzgado 24 de Familia de Bogotá tuvo como medios de prueba:

- * La historia clínica de la niña.
- * La declaración de los padres en el proceso.
- * La entrevista forense realizada a la niña dentro del proceso No. 11016099145201800012.
- * El dictamen realizado a la niña por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

94. El juzgado estableció que la historia clínica no demuestra de manera concluyente que la niña hubiera sufrido violencia sexual de parte de su padre. Del mismo modo, valoró la entrevista y el dictamen pero concluyó que en sí mismas no determinan la existencia de una agresión sexual y que ellas deberían “ser puestas al debate probatorio con el fin de contradecirlas con otros medios de prueba en el escenario correspondiente como lo es el proceso penal, ya que el señor ADM afirma ser un padre de familia amoroso e interesado en [el] cuidado de su hija y que en virtud de ello, asegura no haber cometido los hechos que le endilga la accionante en contra de su hija, situación que hace presumir la inocencia del mismo”⁸¹.

95. Con base en lo anterior, dicha autoridad judicial determinó que “no existe mérito para impedirle al citado compartir con su hija a través de visitas supervisadas por parte del equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia en aras de salvaguardar a la menor [MADA] el

derecho fundamental de tener una familia y no ser separada de ella respecto de su progenitor, que igual que su progenitora le puede dar a su hija amor”⁸².

96. En consecuencia, el juzgado ordenó que dichas visitas fueran supervisadas por parte del ICBF hasta tanto no se definiera el proceso penal y que se realizara seguimiento en las visitas del comportamiento de la niña con su progenitor. Adicionalmente, confirmó la amonestación al padre “a quien le corresponde la obligación de abstenerse de realizar cualquier acto de violencia, agresión, maltrato, u ofensa en contra de su hija [MADA]”⁸³.

97. Análisis de la valoración probatoria. La Sala encuentra que en el presente caso el Juzgado 24 de Familia de Bogotá incurrió en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria (dimensión negativa), como pasa a explicarlo a continuación.

98. En efecto, si bien se hizo una relación del material probatorio con el fin de justificar la decisión, la Sala observa que este no fue valorado de manera integral y que, en todo caso, no es congruente con la decisión finalmente adoptada. De este modo, si bien corresponde a la jurisdicción ordinaria en su competencia penal establecer la existencia del delito sexual que se le atribuye al padre, (i) de la entrevista forense realizada a la niña dentro del proceso No. 11016099145201800012 y (ii) del dictamen efectuado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, es posible establecer lo siguiente:

- * Que la niña relató que su padre realizó tocamientos o caricias en su zona genital.
- * Que tal situación ocurrió una vez y que el padre se disculpó con la niña.
- * Que la niña refiere que los hechos ocurrieron en presencia de su hermano paterno, de su misma edad.
- * Que la niña expresó confusión sobre la posibilidad de ver o no ver a su padre.
- * Que igualmente manifestó que su madre le dijo “nunca más lo puedes ver porque es malo”⁸⁴ y que “ese juego es muy malo”⁸⁵.
- * Que ver a su padre le permitiría poder ver a su hermano paterno FED quien cuenta con su

misma edad.

- * Que el relato de los hechos es consistente y reiterado y no existen razones sólidas para dudar de su veracidad.

- * Que la niña “presentó sintomatología consistente en ansiedad, alteraciones a nivel de la conducta del sueño y la Conducta Alimentaria al presentar pesadillas y no comer, para lo cual ha estado en el Servicio de Psicología, superándolas paulatinamente”⁸⁶.

- * Que dichos síntomas no conforman un cuadro sindromático de enfermedad mental, ni han tenido una frecuencia que afecte el funcionamiento global, adaptándose al medio escolar, con interacción social descrita con participación activa de grupo, sensación de bienestar de vida actual, ajustado ejercicio de su rol y apropiada autodescripción.

99. Aunque el padre de MADA afirma que el suceso descrito es absolutamente falso, para la Sala es claro que existen elementos de juicio que permiten inferir que los hechos recién relacionados tuvieron una alta probabilidad de haber ocurrido, independientemente del contexto, la gravedad, reiteración o la intensidad de dicha conducta, los cuales deben ser evaluados en concreto por las autoridades a cargo de las medidas de protección previstas en la Ley 294 de 1996⁸⁷ y por la justicia penal para determinar una eventual responsabilidad de este tipo.

100. En efecto, en la medida en que no se observa valoración alguna realizada por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá que se ocupe de desvirtuar los relatos coherentes y convincentes, reiterados por la niña según aparece en los respectivos informes y entrevistas aportados, la Sala debe concluir la existencia de un defecto fáctico ostensible, que resulta grave al considerar que se trataba de una niña de 4 años de edad para la fecha del fallo cuestionado.

101. Es importante destacar que el solo dicho de ADM en el que afirma y se reconoce como un padre de familia amoroso e interesado en el cuidado de su hija, no es suficiente para restar veracidad a las manifestaciones reiteradas de la niña en las que describe que efectivamente se presentaron roces o tocamientos de su zona genital por parte de su padre. En todo caso, frente a la diferencia entre el relato de la niña y su negación por parte del padre, en desarrollo del principio pro infans⁸⁸, esta Sala debe hacer prevalecer la

manifestación de MADA.

102. Con base en lo anterior, la Sala Quinta de Revisión encuentra que el Juzgado 24 de Familia de Bogotá incurrió en un defecto fáctico al proferir la decisión del 9 de abril de 2019.

E. Desconocimiento del precedente constitucional⁸⁹

103. La fuerza jurídica del precedente constitucional tiene sus raíces en el artículo 241 de la Constitución, en la medida en que determina que “a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. En consecuencia, esta corporación está obligada a salvaguardar la Carta Política como norma de normas⁹⁰, en virtud de que se le ha reconocido competencia para definir el alcance normativo y la interpretación del ordenamiento jurídico a la luz del texto superior.

104. Ahora bien, el defecto por desconocimiento del precedente constitucional únicamente puede constatare en relación con los pronunciamientos de esta Corte⁹¹. Se presenta cuando este tribunal ha establecido el alcance normativo de un derecho fundamental o definido la interpretación constitucional de un precepto y, sin embargo, el juez ordinario o el contencioso administrativo, limita sustancialmente el alcance del derecho o se aparta de la interpretación constitucional⁹².

105. Conforme con lo dicho, el desconocimiento del precedente constitucional puede alegarse en razón del desconocimiento de las decisiones adoptadas en ejercicio de las funciones de control abstracto o concreto de constitucionalidad. En el primer caso, debido a que las decisiones asumidas por la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada y tienen efectos erga omnes. Y, en el segundo, debido a que a esta corporación le asiste el deber de definir el contenido y el alcance de los derechos constitucionales⁹³, interpretación que se entiende vinculada a la Carta.

106. En relación con las sentencias en las que la Corte Constitucional fija el alcance de los derechos fundamentales, el desconocimiento del precedente supone el desconocimiento de una sentencia anterior que, por guardar identidad fáctica y jurídica con el caso actual, debía

considerarse, en atención a la regla de decisión que contenía.

107. Esta causal, como dijo la Corte en la Sentencia SU-143 de 2020, encuentra fundamento constitucional en por lo menos cuatro principios constitucionales: (i) el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que exige tratar de manera igual situaciones análogas; (ii) el principio de seguridad jurídica; (iii) los principios de buena fe y de confianza legítima, los cuales imponen el deber de respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales previas; y (iv) el rigor judicial y coherencia en el sistema jurídico⁹⁴.

108. El precedente constitucional que establece la protección de la mujer contra cualquier tipo de violencia y particularmente contra la violencia de género. La demandante sostuvo que la decisión del Juzgado 24 de Familia de Bogotá relacionada con la orden de restablecimiento de las visitas supervisadas, implicó la violación del precedente jurisprudencial de la Corte en materia de protección de las mujeres y niñas víctimas de violencia basada en género. Según afirmó, dicha decisión “[...] fue tomada sin considerar las relaciones estructurales de discriminación y violencia en contra de los cuerpos femeninos que no diferencia edad, revictimizando a [su] hija a verse con su agresor [...]”⁹⁵.

109. Aún cuando la accionante no señaló una sentencia en concreto que permita hacer la comparación fáctica y jurídica entre un caso fallado y el que en la actualidad se estudia, sí mencionó el desconocimiento del precedente constitucional que establece la protección de la mujer contra cualquier tipo de violencia y particularmente contra la violencia de género. En ese orden, estima la Sala necesario verificar si existe un precedente en la materia que fuera desconocido por el juzgado accionado.

110. En la Sentencia T-093 de 2019, la Sala Novena de Revisión recordó que esta corporación, con fundamento en el artículo 93 de la Constitución que establece el bloque de constitucionalidad, ha construido el concepto de violencia contra la mujer con ayuda de los diferentes instrumentos internacionales. Así, la jurisprudencia constitucional se ha apoyado en:

(i) La Convención sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer –CEDAW–96 y las recomendaciones generales adoptadas por el Comité CEDAW, que entienden que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre⁹⁷, y la define

como la violencia dirigida contra la mujer por el hecho de serlo, que la afecta de manera desproporcionada⁹⁸.

(ii) La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en cuyo artículo 2 se fija como caracterización de esta todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, entre otros, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

(iii) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará-99, en cuyo artículo 1 se define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

(iv) Adicionalmente, se ha tenido en consideración la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, que definió la violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible un daño real, sexual o psicológico, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada.

111. Desde la Sentencia T-878 de 2014, la Sala Quinta de Revisión de esta corporación entendió la violencia contra la mujer como un tipo específico de violencia de género, definida como “aquella violencia que hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes de una sociedad, como resultado de un notorio e histórico desequilibrio de poder”¹⁰⁰. Reconoció que en el caso colombiano, en donde el dominio es masculino, los actos de violencia ejercidos con el fin de perpetuar la subordinación se dirigen en contra de las mujeres, entre otros grupos poblacionales que reivindican la diversidad, en diversos ámbitos de la vida, como el familiar.

112. También identificó dos tipos de violencia de género que se ejercen en contra de la mujer. La violencia visible, que se observa en lesiones físicas y psicológicas, y la invisible, que “se refiere a la violencia estructural que implica inequidad en el ámbito de lo político, lo social y lo económico y a la violencia cultural constituida por los discursos que justifican el

trato desigual”¹⁰¹. A su vez, señaló que la violencia contra la mujer puede ocurrir en escenarios públicos y privados, de manera que puede categorizarse en (i) violencia doméstica o intrafamiliar; (ii) violencia social (o a nivel de la comunidad), y (iii) violencia estatal. En el presente caso interesa trascender en la violencia doméstica o intrafamiliar¹⁰².

113. Según lo indicó la Sala Sexta de Revisión en la Sentencia T-967 de 2014, la violencia doméstica “es aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia”¹⁰³.

114. Adicionalmente, señaló que este tipo de violencia es difícil de detectar pues, “[d]esde antaño, se ha reconocido que este fenómeno ha sido invisibilizado en nuestra sociedad, a partir de la histórica diferenciación entre los conceptos de ‘lo privado’ y ‘lo público’, que por décadas ha marcado una pauta de acción estatal nula o de indiferencia, cuando se alegaban conflictos al interior del ámbito íntimo de la familia”¹⁰⁴.

115. En relación con la violencia sexual, esta es definida por la Organización Mundial de la Salud como todo “acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el trabajo”¹⁰⁵.

116. Además de las clases de violencia contra la mujer anteriormente mencionadas, la Corte Constitucional adoptó las propuestas por el Comité CEDAW¹⁰⁶, a saber: (i) el abuso sexual de las niñas en el hogar; (ii) la violencia relacionada con la dote; (iii) la violación por el marido; (iii) la mutilación genital y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer; (iv) los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia, y (v) la violencia relacionada con la explotación¹⁰⁷.

117. A partir del entendimiento de la violencia contra la mujer como un tipo específico de violencia de género, este tribunal ha sostenido que “el derecho fundamental a una vida libre de violencia consiste en la posición jurídica que tiene toda mujer, para exigirle al Estado que

se abstenga de realizar conductas que constituyan una agresión en los términos expuestos, así como para exigirle que despliegue conductas que le garanticen a la mujer no ser víctima de actos de violencia por parte de los particulares”¹⁰⁸.

118. En este marco hay dos dimensiones del asunto que deben identificarse. Una es la dimensión negativa, que se compone por el conjunto de conductas estatales no permitidas y que encuentra consagración en el artículo 7 literal a) de la Convención Belem do Pará, al señalar que los Estados partes se comprometen a “abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer [...]”. La otra dimensión, la positiva, consiste en el deber estatal de adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar las distintas formas de violencia contra la mujer, según el artículo 7 de la Convención Belem do Pará. Esta obligación vincula a todos los poderes públicos¹⁰⁹.

119. Bajo el ámbito de la dimensión positiva del derecho a una vida libre de violencia, pueden encontrarse normativas como la Ley 294 de 1996, por medio de la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar¹¹⁰; y la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, y se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y la Ley 294 de 1996¹¹¹. Importa resaltar que la Ley 1257 de 2008 consagra un conjunto de principios que deben orientar el análisis de los casos en los que exista violencia contra la mujer. Entre estos principios debe mencionarse la atención diferenciada, según el cual el Estado garantizará la atención a las necesidades y circunstancias específicas de colectivos de mujeres especialmente vulnerables o en riesgo, de tal manera que se asegure su acceso efectivo a los derechos consagrados en la ley en mención (art. 6, num. 8).

120. Además, debe mencionarse 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. De acuerdo con el artículo 4, toda actuación del personal de dichos organismos deberá orientarse por los siguientes principios, entre otros:

(i) El interés superior de los niños, niñas y adolescentes integrantes de la familia, procurando garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos de este grupo poblacional, entendidos como universales, prevalentes e interdependientes (num. 7).

(ii) No discriminación en razón de la situación personal, social, económica, edad, sexo, identidad de género, orientación sexual, etnia, raza, religión, ideología política o filosófica, discapacidad, convicciones personales, nacionalidad o cualquier otra condición que pueda constituir un criterio de discriminación (num. 8).

(iii) La atención diferenciada e interseccional, de forma que se garantice la aplicación del enfoque diferencial e interseccional, considerando las necesidades y situaciones particulares de los territorios y de los grupos más vulnerables, sujetos de especial protección, como los niños, niñas y adolescentes, entre otros (num. 10).

(iv) El enfoque de género, de forma que se reconozca “la existencia de relaciones de poder, subordinación, inequidad, roles diferenciados según parámetros de lo masculino y femenino que puedan llegar a vulnerar derechos de cualquier integrante de la familia”, y se tome en consideración que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación en razón del género, por lo que “[l]as decisiones que se adopten en casos de violencia por razón de género en el contexto familiar, deben propender por erradicar las limitaciones que históricamente han dejado a las mujeres [...] en desventaja” (num. 11).

(v) La corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado de prevenir y de erradicar la violencia en el contexto familiar, así como de restablecer, reparar, proteger y garantizar los derechos de sus integrantes (num. 12).

121. Ahora bien, este tribunal ha sostenido que la administración de justicia también se encuentra obligada a garantizar el derecho fundamental a una vida libre de violencia¹¹². Lo anterior, con fundamento en el artículo 7 literales b) y e) de la Convención Belem do Pará, que consagra que los Estados se comprometen a (i) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; y (ii) fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia sobre la aplicación de las normas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer.

122. En cuanto a los deberes concretos relacionados con la administración de justicia, en la

Sentencia T-012 de 2016, la Sala Novena de Revisión señaló que esta corporación “ha introducido subreglas sobre cómo analizar casos que involucren presuntos actos discriminatorios en contra de la mujer, o medidas que limiten la igualdad real con respecto a los hombres”, precisando que “este enfoque de género, [...] permite corregir la visión tradicional del derecho según la cual en ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones, consecuencias jurídicas pueden conducir a la opresión y detrimento de los derechos de las mujeres. De ahí que, entonces, se convierta en un ‘deber constitucional’ no dejar sin contenido el artículo 13 Superior y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género”¹¹³.

123. Bajo la anterior premisa, identificó los siguientes deberes orientados a materializar la obligación de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer mediante la incorporación de criterios de género al solucionar sus casos: (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; (v) reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (vi) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vii) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (viii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (ix) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; y (x) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres¹¹⁴.

124. En conclusión, como fue señalado en la Sentencia T-093 de 2019, “el derecho fundamental a una vida libre de violencia implica, desde su dimensión positiva, el deber judicial de aplicar el enfoque diferencial con perspectiva de género en todos aquellos casos en los cuales se tenga sospecha de una posible situación de violencia de género. Esta obligación a su vez, vincula a todas las jurisdicciones y en todos los procesos. Esto no significa, sin embargo, que el juez falle a favor de una mujer por el hecho de serlo, sino que tiene que desplegar todas las acciones tendientes a comprobar la existencia de una forma de violencia, [...]. Asimismo, la dimensión positiva implica el deber judicial de no caer en

razonamientos estereotipados”¹¹⁵.

125. El desconocimiento del precedente constitucional en la providencia cuestionada. La Sala observa que aunque este tribunal ha establecido el contenido y alcance normativo del derecho fundamental de las mujeres y, por ende, de las niñas, a una vida libre de violencia, el Juzgado 24 de Familia de Bogotá lo limitó sustancialmente al privilegiar los derechos del padre de MADA, pese a que obran pruebas que indicaban una posible situación de riesgo para la integridad y el bienestar de la niña.

126. Se esperaba del juez que tomara una decisión encaminada a crear una dinámica favorable al desarrollo armónico e integral de la niña y al ejercicio pleno de sus derechos, de forma que se protegiera su libertad, integridad y formación sexuales. Por el contrario, al señalar visitas supervisadas a favor del padre, generó una revictimización innecesaria al someter a MADA a tener que reunirse con su posible agresor. Con ello, el juez desatendió su deber de interpretar los hechos, las pruebas y las normas jurídicas con fundamento en un enfoque diferencial con perspectiva de género, pese a que se trataba de un caso en el que había sospecha de una posible situación de violencia de género en el ámbito doméstico o familiar, que podía traer como consecuencia un daño físico, psicológico y emocional de la presunta víctima.

127. Con base en lo anterior, la Sala Quinta de Revisión encuentra que el Juzgado 24 de Familia de Bogotá desconoció el precedente constitucional que establece la protección de la mujer y la niña contra cualquier tipo de violencia y particularmente contra la violencia de género, en aras de garantizar su derecho fundamental a una vida libre de violencia.

F. Violación directa de la Constitución¹¹⁶

128. Se estructura cuando la autoridad judicial le da a una disposición un alcance abiertamente contrario a la Carta Fundamental. Esta Corte ha indicado¹¹⁷ que se presenta violación directa de la Constitución cuando desconociendo que, de acuerdo con su artículo 4, “la Constitución es norma de normas” –por lo que en caso de incompatibilidad entre ella y la ley u otra regla jurídica “se aplicarán las disposiciones superiores”¹¹⁸–, el juez adopta, entre otros supuestos, una decisión que la desconoce¹¹⁹, porque deja de aplicar una norma constitucional que resulta aplicable al caso concreto¹²⁰, o desconoce valores, principios o reglas constitucionales que determinan la aplicación de la disposición legal al caso concreto.

Se configura igualmente cuando se desconoce o altera el sentido y alcance de una regla fijada directamente por el constituyente.

129. Esta corporación ha sido enfática en señalar que los reproches alegados deben ser de tal magnitud que permitan desvirtuar la constitucionalidad de la decisión judicial objeto de tutela¹²¹. Al respecto, la Corte ha sostenido que “[n]o se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual, para proteger los derechos fundamentales de quien, luego de haber pasado por un proceso judicial, se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente –es decir segura y en condiciones de igualdad–, de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho”¹²².

130. La prevalencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el ordenamiento constitucional colombiano como expresión del principio del interés superior¹²³. De acuerdo con lo señalado por la accionante el Juzgado 24 de familia de Bogotá violó de manera directa la Constitución, en la medida en que no consideró en su fallo (i) la garantía del desarrollo integral de las niñas y niños, (ii) la protección de las niñas y niños frente a riesgos prohibidos y (iii) la proporcionalidad en el equilibrio con los derechos de los padres.

131. El artículo 13 de la Constitución consagra la especial protección que debe brindar el Estado a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, como es el caso de las niñas, niños y adolescentes en virtud de su condición de debilidad y extrema vulnerabilidad en razón de su corta edad e inexperiencia.

132. Este deber de protección también se encuentra desarrollado en el artículo 44 de la Carta Política, que señala (i) los derechos fundamentales de las niñas y niños, entre ellos, “la vida, la integridad física, la salud [...] y la libre expresión de su opinión”; (ii) el deber de protegerlos contra toda forma de violencia física o moral, y reconoce a su favor (iii) los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (inc. primero). Además, regula (iv) la corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado, quienes

tienen “la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (inc. segundo). Finalmente, establece (v) que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

133. Este tratamiento especial de los derechos de las niñas y niños responde a un interés jurídico emanado del constituyente de 1991, que quiso elevar a una instancia de protección superior a estos sujetos porque por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales, tarea en la que están concernidas tanto la familia como la sociedad y el Estado.

134. En el ámbito internacional se observa un marco jurídico orientado a la protección integral los derechos de las niñas y niños. En especial, el esfuerzo se ha dirigido a garantizar que no sean sometidos a ninguna forma de violencia, incluida la violencia sexual. En tal sentido, de un lado, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño establece que “[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

135. De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²⁴ dispone en su artículo 24 que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

136. Por su parte, el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que los Estados Partes “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”. Además, señala que esas medidas de protección deben comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él.

137. Sobre esta garantía, el Comité de los Derechos del Niño señaló que la violencia es “[...] toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”¹²⁵, según se define en el artículo 19, párrafo 1, de la

Convención. A su vez, precisó que es obligación de los Estados “[...] actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos, proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, investigar y castigar a los culpables, [...] se asegurarán de que todas las personas que sean responsables de prevenir y combatir la violencia y de brindar protección frente a esta, en su trabajo y en los sistemas judiciales, respondan a las necesidades de los niños y respeten sus derechos”¹²⁶.

138. Ahora bien, a nivel regional, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Bajo este marco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado la problemática de la violencia sexual que sufren las niñas y niños. En tal labor, ha reconocido las fallas que los Estados cometen en la investigación y judicialización de estos hechos cuando están involucrados integrantes de este grupo poblacional¹²⁷. Así, ha reiterado que los Estados “deben asumir una posición especial de garante, lo cual implica asumir un mayor cuidado y responsabilidad. Esto se traduce en la adopción de medidas especiales que manifiesten el interés superior del que gozan los niños y las niñas, y que respondan a sus necesidades particulares, reconociendo que por su edad son personas en situación de vulnerabilidad”¹²⁸.

139. En materia procesal, la Corte IDH resaltó que algunas de las medidas especiales que se deben adoptar en aras de favorecer el interés superior del niño son las siguientes: (i) suministrar información y adoptar procedimientos acordes con sus necesidades particulares; (ii) en casos de violencia sexual o maltrato, garantizar su seguridad para que sean escuchados en un ambiente que no resulte hostil o intimidatorio, y donde estén acompañados por personal calificado para atender sus necesidades especiales, y (iii) evitar interrogar a los niños más de lo necesario para que no sean revictimizados¹²⁹.

140. De acuerdo con lo señalado, en la Sentencia T-351 de 2021 la Sala Sexta de Revisión indicó que el estándar de protección de las niñas y niños para que no sean sometidos a ninguna forma de violencia “exige del Estado la adopción de medidas no solamente preventivas sino también reactivas cuando se presentan estas circunstancias”¹³⁰, en especial en los casos de violencia sexual.

141. En el ámbito legal, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en el artículo 9 consagra la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, al disponer que “[e]n 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. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

142. En efecto, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política y el artículo 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia, las niñas, niños y adolescentes no solo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico. Así, siempre que se protejan los derechos de este grupo poblacional cobra relevancia el interés superior de la niña, niño o adolescente, lo que significa que todas las medidas que les conciernan, “[...] deben atender a éste sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que los menores de edad reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembros de la sociedad”¹³¹.

143. El principio mencionado es desarrollado por el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que define el interés superior de la niña, niño o adolescente 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”.

144. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra la obligación de las autoridades de tener una consideración especial para la satisfacción y protección de sus derechos. Específicamente, el artículo 3.1 del instrumento mencionado dispone que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

145. Bajo la lógica de la preservación y protección del interés prevaleciente de las niñas, niños y adolescentes, este tribunal ha resaltado “el trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los menores de edad. Es así como esta Corporación ha fijado unas reglas destinadas a asegurar que en el

marco de procesos judiciales, las autoridades competentes propendan por la salvaguarda del bienestar de dichos sujetos”¹³².

146. En varias oportunidades, esta corporación ha reiterado la triple naturaleza de este postulado. En concreto, de un lado, ha señalado que el interés superior de la niña, niño o adolescente es un derecho sustantivo, pues debe ser una consideración primordial al momento de sopesar los distintos intereses en juego en la toma de una decisión en cualquier ámbito¹³³. Así, la garantía de este derecho deberá ponerse en práctica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte en concreto a estos sujetos, por lo que se convierte en una obligación intrínseca de los Estados, de aplicabilidad inmediata y reclamable ante los jueces¹³⁴. De otro lado, ha planteado que es un principio jurídico interpretativo fundamental, en la medida en que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”¹³⁵. Finalmente, ha reconocido su carácter de norma de procedimiento en la medida en que la toma de decisiones que involucre a estos sujetos en su consideración plural o singular, debe tener una carga argumentativa que estime las repercusiones positivas y negativas en el ejercicio de sus derechos¹³⁶.

147. En relación con este asunto, en la Sentencia T-033 de 2020 la Sala Octava de Revisión advirtió que “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”¹³⁷.

148. Para efectos de analizar cómo opera el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en la Sentencia T-510 de 2003 la Sala Tercera de Revisión fijó unos estándares de satisfacción de este principio y los clasificó como fácticos y jurídicos. Los primeros exigen que se analicen íntegramente las circunstancias específicas del caso, mientras que los segundos se refieren “a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”¹³⁸, especialmente en razón del riesgo que pueda generar la discrecionalidad que se requiere para hacer este tipo de valoraciones.

149. Según la sentencia referida, son criterios jurídicos para determinar el interés superior de

las niñas, niños y adolescentes en un caso particular: (i) la garantía de su desarrollo integral; (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares, de tal forma que si se altera dicho equilibrio debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga sus derechos; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; (vi) la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares, y (vii) la evasión de cambios desfavorables en las condiciones de las niñas, niños y adolescentes involucrados¹³⁹.

150. Interesa para el caso que analiza la Sala la referencia a la protección de la niña, niño o adolescente frente a riesgos prohibidos¹⁴⁰. Según este criterio, hay un deber de la familia, la sociedad y el Estado de resguardar a este grupo poblacional de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y de protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico e integral, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física, sexual o psicológica, la explotación económica o laboral y, en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.

151. No en vano el artículo 44 de la Constitución ordena que las niñas y niños deban ser “protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos” (inc. primero). Además, que el artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que regula el derecho a la integridad personal, establezca que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser protegidos “contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario” (inc. primero).

152. Pues bien, los funcionarios administrativos y judiciales tienen la obligación de concretar las disposiciones del ordenamiento jurídico de acuerdo con las particularidades que presente cada niña, niño o adolescente. Precisamente, la Sentencia T-033 de 2020 insistió en el trascendental rol que juegan dichas autoridades en la satisfacción de sus derechos fundamentales. Para tal efecto, reiteró que esta corporación ha fijado reglas concretas dirigidas a asegurar que los procesos judiciales propendan por “[...] la salvaguarda de su

bienestar y [...] su condición de sujeto[s] de especial protección constitucional”¹⁴¹. En tal perspectiva, indicó:

(i) Deben contrastarse sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil¹⁴².

(ii) Los jueces cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de una niña o niño en determinado proceso¹⁴³.

(iii) Las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerar las valoraciones de los profesionales y aplicar los conocimientos técnicos y científicos del caso. Esto, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para la niña, niño o adolescente¹⁴⁴.

(iv) Los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo que implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos. Lo expuesto, en atención al impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niñas y niños de temprana edad¹⁴⁵.

(v) Las decisiones susceptibles de afectar a una niña, niño o adolescente deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad¹⁴⁶.

153. En conclusión, siempre que las autoridades administrativas o judiciales se enfrenten a casos en los que puedan resultar afectados los derechos de una niña, niño o adolescente, “deberán aplicar el principio de primacía de su interés superior, y en particular acudir a los criterios fácticos y jurídicos fijados por la jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos”¹⁴⁷.

154. La violación directa de la Constitución en la providencia cuestionada. Para la Sala es claro que la decisión adoptada por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá no consultó el interés superior de MADA ni la prevalencia de sus derechos fundamentales por sobre los de su padre. Además, en particular, desatendió el deber de protegerla de posibles riesgos que podían amenazar su desarrollo armónico e integral, tales como la violencia sexual, situación que causó en la niña un daño o sufrimiento que pudo ser evitado, y que se constata por la

reacción adversa que esta tiene ante la posibilidad de volver a reunirse con su progenitor en la visita que tendría lugar en la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero el 5 de julio de 2019¹⁴⁸.

155. El juzgado accionado pudo contrastar las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de MADA, pues tenía a su disposición los documentos en los que constaban sus relatos acerca de los hechos¹⁴⁹. Sin embargo, optó por amparar los derechos del padre al concluir que tales pruebas en sí mismas no determinaban la existencia de una agresión sexual y que deberían “ser puestas al debate probatorio con el fin de contradecirlas con otros medios de prueba en el escenario correspondiente como lo es el proceso penal, ya que el señor ADM afirma ser un padre de familia amoroso e interesado en [el] cuidado de su hija y que en virtud de ello, asegura no haber cometido los hechos que le endilga la accionante en contra de su hija, situación que hace presumir la inocencia del mismo”¹⁵⁰.

156. Ahora, aunque el Juzgado 24 de Familia de Bogotá contaba con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles eran las medidas idóneas para satisfacer el interés superior de la niña, no observó que tal discrecionalidad, en todo caso, estaba limitada por los deberes constitucionales y legales que tenía en relación con la preservación de la integridad y el bienestar emocional de MADA. Así, la decisión judicial debió consultar el material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerar las valoraciones de los profesionales y aplicar los conocimientos técnicos y científicos del caso, bajo la orientación cardinal de que se estaba juzgando un asunto que implicaba a un sujeto de especial protección constitucional

157. En conclusión, la Sala constata que la medida de señalar visitas supervisadas entre padre e hija no se ajustó a parámetros de razonabilidad ni proporcionalidad. En ese orden, no se observa que la decisión estuviera sustentada en una lógica argumentativa que ponderara entre diferentes medidas de protección disponibles, que midiera el posible riesgo y la proporcionalidad entre este y la medida que finalmente fue adoptada, ni que examinara las posibles consecuencias negativas que podía comportar en términos de la estabilidad emocional y psicológica de la niña.

158. Con ello, el juzgado accionado desconoció que la Constitución de 1991 no es una declaración retórica sin contenido normativo específico, pues le exige a todas las autoridades

del Estado la protección de las niñas y niños para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

159. En consecuencia, la Sala Quinta de Revisión encuentra que el Juzgado 24 de Familia de Bogotá incurrió en una violación directa de la Constitución al desatender el postulado de la prevalencia de los derechos de las niñas y niños y el principio orientador de su interés superior.

160. Finalmente, y teniendo en cuenta que la accionante afirmó que las órdenes expedidas por la autoridad judicial vulneraron los derechos de MADA a su integridad física, psicológica y emocional, pasa la Sala a hacer algunas consideraciones adicionales que resultan pertinentes en el presente caso.

161. Estas consideraciones se referirán al derecho que tienen las niñas y niños a ser escuchados, al alcance de la presunción de inocencia en los procesos en los que se decida acerca de una medida de protección, de acuerdo con la Ley 294 de 1996, señalando algunas consecuencias de la armonización y ponderación de dicho principio, y a la profusa actividad judicial evidenciada durante este proceso.

G. El derecho de las niñas y niños a ser escuchados

162. El derecho de MADA a ser escuchada. En relación con las órdenes que se adoptarán, tal y como lo recordó la Corte Constitucional en la Sentencia C-452 de 2020, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación estatal de tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez¹⁵¹. Esta obligación de escucha, de escucha atenta, implicaba en el presente caso el deber de valorar sus relatos a lo largo del proceso y entablar un diálogo entre el juez y la niña afectada, para explicar en detalle y de manera razonada por qué, a pesar de lo manifestado por ella en el proceso, su testimonio no había de ser tenido en cuenta al adoptar la decisión. Este es un aspecto en el que coinciden todas las intervenciones realizadas por expertos en este proceso.

163. En este orden de ideas, cuando existe una medida de protección que busca garantizar la integridad y el bienestar emocional de una niña, su revocatoria y las demás medidas que se

adopten en su reemplazo exigen una argumentación rigurosa que demuestre su coherencia con el postulado de la prevalencia de los derechos de las niñas y niños y el principio orientador de su interés superior.

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

165. Es importante destacar que las conclusiones anteriores resultan reforzadas por informes y declaraciones posteriores al fallo cuestionado, que han sido referidos en el acápite de los hechos, en los que la niña ratifica el comportamiento de su padre y en los que se evidencia el impacto emocional que ha tenido a partir de dicha situación y de la medida de protección, llegando en alguna ocasión a manifestar que los hechos no ocurrieron, que deseaba ver a su padre y que extrañaba a su hermano paterno¹⁵².

166. En la Sentencia C-452 de 2020 esta corporación abordó con amplitud el derecho a que las niñas y niños sean escuchados en el proceso. En esa oportunidad se puso de presente que el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce que “en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”¹⁵³ y que, acogiendo la doctrina internacional,

“[E]s aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres,

custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje¹⁵⁴.

167. De allí que llama la atención de la Sala no solo que el Juzgado 24 de Familia de Bogotá no hubiera tenido en cuenta en su valoración la totalidad del material probatorio, sino que hubiera impartido la orden de “señalar las visitas supervisadas por parte de la Comisaría en el lugar y fechas que disponga la misma con el fin de mantener los lazos entre padre e hija hasta tanto no se resuelva el proceso penal que se adelanta en contra del señor [ADM]”¹⁵⁵, sin ninguna otra consideración, dejando de lado los efectos que el cumplimiento de la medida podían generar en la niña, así como en su entorno familiar, madre y padre incluidos.

168. Esta orden, redactada sin la precisión suficiente, llevó al comisario segundo de Familia a implementarla sin una valoración ni preparación previa de MADA, quien hacía más de un año y cuatro meses que no veía a su padre. Para la Sala es reprochable que, so pretexto de ejecutar la instrucción judicial, se hubiera privilegiado el derecho del padre sobre la integridad y el bienestar emocional de la niña, dejando de lado su derecho a ser escuchada y a tener en cuenta su opinión en ese proceso en relación con la situación con el padre, además frente a los efectos generados en la interacción con su hermano paterno¹⁵⁶, quien tiene la misma edad de la niña.

169. Esta falta de precisión en la adopción de la orden dio lugar a una situación en la que, con el fin de cumplir la decisión del Juzgado 24 de Familia de Bogotá, la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero no adoptara oportunamente los correctivos para facilitar el cumplimiento de dicha instrucción preservando la integridad y el bienestar emocional de la niña, así como de su entorno familiar¹⁵⁷. En este punto, llama la atención que en diferentes ocasiones el comisario segundo hubiera advertido el mínimo margen de discrecionalidad con el que contaba para dar cumplimiento a la orden del Juzgado 24 de Familia de Bogotá de

señalar las visitas. Con todo, a juicio de la Sala, y en la medida en que la finalidad que se perseguía era mantener los lazos entre padre e hija, esto lo habilitaba justamente a no forzar las visitas supervisadas, pues, apoyado en el personal técnico competente, podía evaluar si la niña estaba lista para dichos encuentros y cómo debían adelantarse de forma progresiva. Así lo puso de presente de manera previa a las visitas el informe de la psicóloga clínica que asiste a MADA y a su madre¹⁵⁸.

170. Lo anterior evidencia que tanto la autoridad judicial como la administrativa dejaron de lado el deber de escuchar a la niña en un asunto que afectaba profundamente su proyecto de vida, siendo este derecho un “componente esencial del principio del interés superior del menor”¹⁵⁹.

171. Tomando en consideración el derecho de la niña a ser escuchada, la Sala adoptará en el presente caso una decisión particular. Le ordenará al Juzgado 24 de Familia de Bogotá que una vez profiera la providencia mediante la cual decida de forma definitiva sobre la suspensión o no de las visitas del señor ADM a su hija, le comunique, en un formato de fácil lectura, a MADA las razones que fundamentan la decisión.

H. El alcance de la presunción de inocencia en los procedimientos regulados en la Ley 294 de 1996

172. El bien jurídico tutelado y la presunción de inocencia. En la medida en que uno de los temas debatidos en el presente proceso tiene que ver con la suspensión de las visitas ante el comportamiento que tuvo ADM con MADA, la Sala debe realizar algunas consideraciones sobre este particular.

173. Debe quedar claro que la presunción de inocencia no es un elemento determinante en el trámite de las medidas de protección para efectos de habilitar las visitas de manera automática. En el proceso administrativo regulado por la Ley 294 de 1996, no se discute sobre la responsabilidad penal del presunto infractor sino sobre el alcance de las medidas de protección que deben adoptarse frente a una eventual conducta abusiva de un padre hacia su hijo, entre otras. El objeto de las medidas de protección en procesos similares a los que nos ocupan, sean adelantados por autoridades administrativas o judiciales, es salvaguardar

la integridad y el bienestar emocional de las niñas y niños implicados en situaciones que demanden del Estado la activación de su papel de garante, para prevenir todo tipo de peligros y riesgos a los cuales pueden verse sometidos¹⁶⁰.

174. Así, debe distinguirse el objeto de la investigación y el juicio penal del objeto de otros procesos administrativos o judiciales en los que se tenga en consideración unos mismos hechos. En efecto, como lo señaló la Sala Novena de Revisión en la Sentencia T-062 de 2022,

175. La Sentencia T-351 de 2021 se refirió al alcance del principio de presunción de inocencia en casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, en el marco del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos. En esa oportunidad la Sala Sexta de Revisión advirtió que la presunción de inocencia que rige en el proceso penal no impide que, en el ámbito del procedimiento administrativo, se adopten medidas de protección de niñas, niños o adolescentes, si de las evidencias se desprende que han sido víctimas de presunta violencia sexual¹⁶².

176. Al respecto, la sentencia citada señaló que “el principio de presunción de inocencia cede parte de su poder normativo para acompañarse con las obligaciones de las autoridades de brindar una protección especial al menor de edad” y, precisó que “la adopción de medidas que restablezcan los derechos de los infantes no busca[n] establecer responsabilidad penal. En su lugar, las autoridades competentes procuran proteger a los niños de cualquier amenaza que atente contra sus derechos. En esa medida, deben evitar la consumación de cualquier riesgo que pueda vulnerar sus derechos prevalentes”¹⁶³.

177. Asimismo, la referida sentencia recordó que “la intervención en favor de los niños víctimas de violencia sexual ‘debe formar parte de un enfoque coordinado e integrado entre los diferentes sectores, prestar apoyo a los otros profesionales en su labor con los niños, los cuidadores, las familias y las comunidades y facilitar el acceso a toda la gama de servicios disponibles de atención y protección del niño’”¹⁶⁴. En otras palabras, cuando se trata de casos por presunta violencia sexual ejercida contra niñas, niños o adolescentes, el abordaje de las autoridades debe ser intersectorial e integral. En ese orden, tanto los servidores públicos como los jueces en materia de familia deben esclarecer si el contacto con el presunto agresor amenaza o no la integridad de la posible víctima y si resulta nocivo para su

salud mental y emocional.

178. Consecuencias de la armonización y ponderación del principio de presunción de inocencia en los procedimientos de la Ley 294 de 1996. En el trámite de medidas de protección por denuncias de abuso sexual como el que nos ocupa, la presunción de inocencia como principio que hace parte del debido proceso debe ponderarse y armonizarse frente a los derechos fundamentales de las niñas y niños a tener una familia y no ser separados de ella¹⁶⁵, al cuidado, al amor y a ser protegidos contra toda forma de violencia física o moral. En este sentido, la garantía del artículo 29 no implica la obligación correlativa de las niñas y niños de admitir sin ninguna condición las visitas de su presunto agresor mientras se investiga la respectiva conducta o se declara su existencia por un juez penal¹⁶⁶, como tampoco se impone cuando el presunto abusador es absuelto o no es condenado, porque tal declaración puede ocurrir por razones diferentes a la inexistencia del hecho.

179. Del mismo modo, la presentación de una denuncia por este tipo de conductas no implica, de forma automática, que el progenitor acusado deba perder el derecho a ver y compartir con su hijo, salvo que de manera justificada se evidencie que al admitir las visitas, en cualquier modalidad, se revictimice a la niña, niño o adolescente. De este modo, cualquier decisión que permita al padre o la madre denunciados compartir y mantener con sus hijos su vínculo familiar, implica que la autoridad administrativa o judicial concernida cumpla con el deber de proteger a quien es sujeto pasivo de la posible agresión para garantizar en todo momento su integridad y bienestar emocional, en la mayor medida posible¹⁶⁷.

180. Se hacen este tipo de precisiones porque si el denunciado fuera efectivamente inocente, una medida automática ausente de justificación quebraría de manera profunda la confianza y la relación entre el progenitor y la niña, niño o adolescente. Por esta razón, la Sala reitera que supeditar el régimen de visitas al resultado del proceso penal, si bien puede ser idónea para proteger los derechos de la niña, niño o adolescente, no siempre resulta estrictamente necesaria.

181. Es natural que los padres de hijos que pudieron ser abusados sexualmente, quieran protegerlos a toda costa de cualquier contacto con los presuntos agresores, más allá de cualquier consideración jurídica de tipo administrativo o penal, o de las recomendaciones de los profesionales de la salud, o de lo que objetivamente indique el material probatorio. Sin

embargo, el justificado temor a una eventual agresión no puede dejar de lado que justamente la tensión que puede existir entre el interés superior de la niña, niño o adolescente y la presunción de inocencia, puede resolverse en el tiempo con el apoyo de los equipos interdisciplinarios que puedan guiar a las autoridades administrativas y judiciales a determinar cuál es la decisión que más garantiza y protege los derechos de las niñas, niños o adolescentes en cada caso en particular, en los que siempre habrá de considerarse la libre expresión de su opinión, de acuerdo con su madurez emocional.

182. Por lo anterior, la Sala concluye que si dichos peligros y riesgos se han visto minimizados o incluso neutralizados, supeditar la vigencia de una medida de protección a los resultados de la investigación o juicio penal impide evaluar oportunamente la eficacia de las demás medidas que se hayan podido adoptar para corregir los comportamientos inadecuados, prevenir abusos adicionales y desarrollar nuevos patrones de conducta.

183. Al menos tres razones adicionales refuerzan la conveniencia de no condicionar las medidas de protección a los resultados de la investigación o juicio penal. La primera porque, por diferentes razones, la justicia penal puede adoptar decisiones que no necesariamente impliquen atribución de responsabilidad. La segunda, porque, si el denunciado llegara a ser encontrado responsable, las niñas, niños y adolescentes en desarrollo del derecho a no ser separados de su familia, pueden restablecer su relación con los padres o madres condenadas apoyados en la verdad, el respeto y el arrepentimiento del agresor, con el fin de afianzar procesos de reparación, perdón, reconciliación o resignificación, sin perjuicio del cumplimiento de la pena y de las demás medidas que imponga la jurisdicción ordinaria en su competencia penal. Lo anterior, con el fin de evitar cualquier tipo de revictimización, siempre con el adecuado acompañamiento profesional y parental y solamente si resultare ser su voluntad genuina. Se advierte que la voluntad de la niña, niño o adolescente debe ser consultada, atendida y respetada, primando el respeto a su integridad y bienestar emocional, su grado de consciencia y autonomía y su desarrollo. La tercera, como atrás se advirtió, porque, en el evento en que el presunto padre o madre agresora sea efectivamente inocente, la suspensión del vínculo entre padres e hijos supone un castigo injusto para todos.

184. El derecho de las niñas, niños y adolescentes al amor, al cuidado y a tener una familia y

no ser separados de ella, no supone relaciones ideales entre los padres y sus hijos. Si frente a una denuncia como la que dio origen al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos MP 135/2018, las medidas que mitiguen las eventuales afectaciones que pueda producir la implementación de una orden de protección han sido cuidadosamente acatadas y si los profesionales competentes certifican que ellas han generado efectos positivos y los agresores reales o presuntos ya están en condiciones de mantener una relación sana y respetuosa con uno o más de sus hijos, los comisarios de familia pueden revisar, a instancia de los padres o, incluso, de las niñas, niños o adolescentes, las medidas originalmente adoptadas. El restablecimiento progresivo y paulatino de un vínculo sano con el progenitor denunciado es posible, siempre que, con el apoyo del equipo interdisciplinario de la comisaría de familia, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de los órganos que sean competentes en cada caso, las niñas, niños o adolescentes así lo quieran, de forma consciente y voluntaria, y en la medida en que dicho restablecimiento se dé bajo las condiciones que garanticen su integridad y bienestar emocional.

I. La profusa actividad judicial

185. La profusa actividad judicial en el presente caso. La Sala pasa a pronunciarse sobre la profusa actividad judicial alrededor de este caso¹⁶⁸.

186. La ansiedad provocada a MADA por la premura en dar cumplimiento a la orden del Juzgado 24 de Familia de Bogotá, tuvo su origen en la actuación de ADM quien, por vía de tutela y pretendiendo que se requiriera a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero señalar fecha para realizar las visitas, sin más dilación, logró que el Juzgado 10 Penal Municipal con Función de Control de Garantías protegiera su derecho al debido proceso y ordenara el 12 de junio de 2019 programar la diligencia en un plazo perentorio de cinco (5) días hábiles. Allí, se fijaron las visitas a partir del viernes 5 de julio de 2019, cada quince días.

187. Los efectos que consideraba indeseados, como se evidenció en el acápite de los hechos, se presentaron prontamente, al punto que ADM se dolió de ver a su hija así de afectada. Dado que la decisión del Juzgado 10 Penal Municipal con Función de Control de Garantías fue revocada, el 24 de julio de 2019, por el Juez 17 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, la niña se vio enfrentada a una tensión que no consultaba sus preferencias ni

sus temores, lo cual obliga a examinar la actuación de los padres involucrados en este proceso.

188. La Sala verifica que se han adelantado siete (7) procesos de tutela, con sus respectivas instancias, incluyendo el que por medio de esta sentencia de revisión se analiza. La excesiva judicialización en estos casos perjudica el desarrollo emocional de los niños y los somete al vaivén de las decisiones de las autoridades competentes que, como ha sucedido en este caso, han adoptado medidas que van desde la suspensión de las visitas inicialmente establecida por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, hasta la totalmente opuesta de autorización de visitas en un término perentorio.

189. Más allá de los derechos y bienes jurídicos que cada parte ha hecho valer ante la jurisdicción constitucional, la Sala verifica que el mecanismo de la tutela ha sido utilizado para ventilar distintos aspectos del procedimiento de medida de protección, que han omitido evaluar la idoneidad de las medidas de protección ordenadas por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, la voluntad de la niña frente a la su padre, la evolución real del tratamiento terapéutico realizado a MADA y el avance en la reparación emocional de la madre, así como el comportamiento del padre.

190. Como es natural en este tipo de procesos, la radicalización de las diferencias entre los padres que aducen querer proteger a sus hijos puede llevarlos a debatir en la vía judicial cualquier situación que consideran contraria a su conveniencia. Sin embargo, cuando la justicia es utilizada como si fuera la única alternativa de satisfacción de sus intereses se pueden polarizar más las relaciones de quienes están llamados en todo momento a velar por el bienestar de quienes están bajo su protección y cuidado. Es por ello que la Sala insta a las autoridades administrativas y judiciales competentes a estimular métodos alternativos de solución de conflictos y a fortalecer los procesos de diálogo entre los adultos, así como los procesos de apoyo psicológico y emocional. Estas alternativas deben privilegiarse con independencia de los resultados del proceso penal. Cada caso en particular habrá de ilustrar a las autoridades las medidas más convenientes, sin desplazar su propia competencia en la atención y cuidado de las niñas, niños y adolescentes cuya protección se solicita.

191. En relación con este último punto, la Sala quiere resaltar el papel de garantes que

tienen las autoridades al tramitar las medidas de protección de la Ley 294 de 1996. De allí que deben evitar generar situaciones que puedan dar lugar a nuevas rupturas o reproches que, incluso, amplían los motivos de ansiedad y malestar que se suman a los que dieron lugar a la solicitud de la medida de protección. En ese orden, las decisiones que ellas adopten deben estar guiadas por el entendimiento de salvaguardar el interés superior de la niña, niño o adolescente y deben contribuir a su desarrollo armónico e integral y al ejercicio pleno de sus derechos¹⁶⁹.

192. Finalmente, la Sala estima que el impacto del daño emocional sufrido por MADA en la vida de relación con su familia¹⁷⁰, debe ser evaluado por las autoridades competentes y estimarse como un elemento central a tener en cuenta en las medidas de protección que deben adoptarse, así como en su alcance.

193. En consideración a lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional revocará la Sentencia del 6 de agosto de 2019 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la providencia emitida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, el 18 de junio del mismo año, en el sentido de negar el amparo solicitado. En su lugar, tutelaré los derechos fundamentales de MADA al debido proceso, a ser escuchada en las actuaciones administrativas y judiciales, a su integridad física, psicológica y emocional y a la prevalencia de su interés superior.

194. Adicionalmente, dejaré sin efectos el numeral segundo de la providencia del 9 de abril de 2019 por medio de la cual el Juzgado 24 de Familia de Bogotá revocó el numeral 3º de la decisión del 3 de julio de 2018 adoptada por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero y señaló visitas supervisadas con el fin de mantener los lazos entre padre e hija, en tanto vulneró el debido proceso de MADA al incurrir en un defecto fáctico, en desconocimiento del precedente constitucional y en violación directa de la Constitución.

195. En su lugar, ordenaré al Juzgado 24 de Familia de Bogotá que, en ejercicio de sus competencias, adopte una nueva decisión dentro del expediente de la referencia que tenga en cuenta las consideraciones de esta sentencia y valore todos los elementos fácticos y jurídicos que fueron evidenciados.

J. Síntesis del caso

196. En el presente proceso, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional revisó la sentencia proferida por la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 6 de agosto de 2019, mediante la cual confirmó la providencia emitida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá el 18 de junio del mismo año, dentro del proceso de tutela promovido por LAT, en representación de su hija MADA, en contra de la decisión del 9 de abril de 2019 expedida por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá.

197. La señora LAT planteó que la aplicación de la decisión cuestionada, relacionada con el señalamiento de visitas supervisadas a favor del señor ADM por parte de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, podría generarle a su hija ansiedad y otras afectaciones de orden psicológico, y acusó al Juzgado 24 de Familia de haber incurrido en defecto fáctico, en desconocimiento del precedente constitucional y en violación directa de la Constitución, concretamente de su artículo 44.

198. Luego de analizar el cumplimiento de los requisitos generales propios de una tutela contra providencia judicial, al adelantar el análisis del caso la Sala encontró acreditado el defecto fáctico. En efecto, constató que el Juzgado 24 de Familia de Bogotá no se pronunció sobre algunos de los elementos de juicio aportados al proceso, en particular, los documentos que contenían los relatos de la niña obrantes en el expediente, de los cuales se infiere que su padre, so pretexto de un juego en presencia de su hermano paterno, de la misma edad, incurrió en una conducta posiblemente constitutiva de acto sexual abusivo en contra de menor de 14 años.

199. Adicionalmente, la Sala encontró que el juzgado accionado desconoció el precedente constitucional que establece la protección de la mujer y la niña contra cualquier tipo de violencia y particularmente contra la violencia de género, en aras de garantizar su derecho fundamental a una vida libre de violencia, e incurrió en una violación directa de la Constitución al desatender el postulado de la prevalencia de los derechos de las niñas y niños y el principio orientador de su interés superior.

200. En consecuencia, la Sala Quinta de revisión decidió tutelar los derechos fundamentales de MADA al debido proceso, a ser escuchada en las actuaciones administrativas y judiciales, a su integridad física, psicológica y emocional y a la prevalencia de su interés superior.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el curso del presente proceso, mediante Auto del 24 de febrero de 2020.

SEGUNDO. REVOCAR la Sentencia del 6 de agosto de 2019 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la providencia emitida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, el 18 de junio del mismo año, en el sentido de negar el amparo solicitado. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales de MADA al debido proceso, a ser escuchada en las actuaciones administrativas y judiciales, a su integridad física, psicológica y emocional y a la prevalencia de su interés superior.

TERCERO. DEJAR SIN EFECTOS el numeral segundo de la providencia del 9 de abril de 2019 por medio de la cual el Juzgado 24 de Familia de Bogotá revocó el numeral 3º de la decisión del 3 de julio de 2018 adoptada por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero y señaló visitas supervisadas con el fin de mantener los lazos entre padre e hija, en tanto vulneró el debido proceso de MADA al incurrir en un defecto fáctico, en desconocimiento del precedente constitucional y en violación directa de la Constitución, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. ORDENAR al Juzgado 24 de Familia de Bogotá que, en ejercicio de sus competencias, adopte una nueva decisión dentro del expediente de la referencia que tenga en cuenta las consideraciones de esta sentencia y valore todos los elementos fácticos y jurídicos aquí evidenciados. Dicha decisión, referida al contenido del numeral segundo de la providencia del 9 de abril de 2019, deberá expedirse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la notificación de esta sentencia. En dicho trámite, deberá garantizar que las declaraciones de la niña que obran como prueba en el proceso sean especialmente atendidas y valoradas; verificar el cumplimiento de las medidas de protección previamente ordenadas por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, así como aquellas que estime necesarias

para garantizar la integridad y el bienestar emocional de la niña durante el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos MP 135/2018; y asegurar el mantenimiento de los vínculos familiares con su hermano paterno. El Juzgado 24 de Familia de Bogotá velará porque las órdenes que imparta sean debidamente atendidas por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, y verificará su avance, cumplimiento y eficacia, así como los resultados de las medidas temporales de protección adoptadas no solo frente a la niña, sino frente a su círculo familiar más cercano, esto es, padre, madre y hermano paterno.

QUINTO. ORDENAR al Juzgado 24 de Familia de Bogotá que una vez adopte la nueva decisión le comunique, en un formato de fácil lectura, a MADA las razones que la fundamentan.

SEXTO. MANTENER la orden de suspensión de las visitas de ADM a su hija MADA, hasta tanto el Juzgado 24 de Familia de Bogotá adopte una nueva decisión que privilegie su su integridad y bienestar emocional, incluso en el evento en que el padre sea absuelto dentro del proceso penal antes de ordenar la reconstrucción del vínculo paternofilial. En concreto, se deberá escuchar con atención la voluntad de la niña para efectos de adoptar cualquier decisión, así como la opinión de los profesionales que han acompañado su proceso y del equipo interdisciplinario de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, y verificar el cumplimiento de las medidas de protección adoptadas.

SÉPTIMO. ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación que suprima de toda publicación del presente fallo, los nombres y los datos que permitan identificar a la niña y a sus familiares. Igualmente, ordenar por Secretaría General a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, al Juzgado 24 de Familia de Bogotá y a las demás autoridades vinculadas al trámite, que deberán adoptar las medidas pertinentes para guardar la estricta reserva sobre todos los datos de las personas mencionadas.

OCTAVO. ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación DEVOLVER a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero el expediente contentivo de la medida de protección MP 135/2018, radicado bajo el cual se ha tramitado el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de la niña MADA, además, ENTREGAR una copia digital del mismo al Juzgado 24 de Familia de Bogotá.

NOVENO. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La Sala Quinta de Revisión conformada por el Acuerdo 4 de 2017 de la Sala Plena conserva su competencia para efectos de finalizar el correspondiente proceso, de conformidad con el párrafo transitorio del artículo 1 del Acuerdo 01 de 2021 de la Sala Plena.

2 El expediente fue escogido para su revisión por la Sala de Selección Número 10, por medio de Auto del 18 de octubre de 2019, notificado el 1 de noviembre siguiente.

3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-448 de 2018.

4 Cuaderno 3, expediente de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero MP135-2018. Secretaría Distrital de Integración Social. Bogotá. Folio 458, reverso.

5 Ibíd., folio 459.

6 Cuaderno 1, folio 170.

7 Ibídem.

8 Ibídem.

10 Cuaderno 1, folio 3.

11 Instituto Nacional de Medicina Legal Informe sobre examen psicológico forense practicado a MADA, el 1 de noviembre de 2018. Bogotá, 28 de enero de 2019. Página 2. Cuaderno de revisión, folio 34.

12 *Ibíd.*, folio 21.

13 La Corte aclara que FED es medio hermano de MADA y que tiene su misma edad.

14 Instituto Nacional de Medicina Legal Informe sobre examen psicológico forense practicado a MADA, el 1 de noviembre de 2018. Bogotá, 28 de enero de 2019. Página 2. Cuaderno de revisión, folio 34.

15 *Ibíd.*, folio 35.

16 *Ibíd.*, folio 36.

17 ADM formuló dos acciones de tutela en contra de la decisión de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, las cuales fueron declaradas improcedentes por subsidiariedad, la primera, y por temeridad, la segunda.

18 Cuaderno 1, folio 154.

19 Cuaderno 4. Expediente de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero MP135-2018. Secretaría Distrital de Integración Social. Bogotá. Folio 651.

20 *Ibídem.*

21 *Ibíd.*, folio 651, reverso.

22 Tutela No. 2019-0102-00 en contra de la Comisaría Segunda de Familia, tramitado por el Juzgado 48 Penal Municipal con Función de Garantías.

23 Cuaderno 1, folio 190.

24 *Ibídem.*

25 Ibídem.

26 Ibídem.

27 Cuaderno 1, folio 156 reverso.

28 Ibíd., folio 157.

29 Cuaderno 1, folio 213.

30 Ibíd., folio 231.

31 Ibíd., folio 234.

32 Ibíd., folio 240.

33 Cuaderno 1, folio 245.

34 Ibíd., folio 253.

35 Ibíd., folio 263

36 Ibíd., folio 264.

37 Cuaderno 1, folio 294, reverso.

38 Cuaderno de revisión, folio 14 y ss. Memorial presentado ante la Corte Suprema de Justicia el 6 de agosto de 2019.

39 Cuaderno de revisión, folios 8 y 9.

40 Cuaderno de revisión, folio 2.

41 Cuaderno de revisión, folio 12.

42 Cuaderno 2, folio 7.

43 Cuaderno 2, folio 8.

44 En los días 5 de julio, 19 de julio y 30 de agosto de 2019.

45 La orden quinta impartida en la audiencia de trámite y fallo de la medida de protección 135-2018 fue: ORDENAR al señor ADM acudir a tratamiento terapéutico profesional en la institución Grupo Opciones, donde ya está asistiendo la familia, con la finalidad de adquirir herramientas relacionadas con pautas de crianza, proyecto de vida, derechos de los niños, niñas y adolescentes y comunicación asertiva. Allegar constancia de dar inicio al mismo, el día que se fije para seguimiento. Vincular a la señora LAT y a la niña MADA, para resarcir el daño causado y recibir orientación acerca de afrontamiento del dolor de situaciones adversas, lo mismo que proyecto de vida y manejo de las emociones.

46 La Universidad de los Andes y la Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana se abstienen de participar.

47 Cuaderno de revisión, folio 124, reverso.

48 Ibíd., folio 125, reverso.

49 Ibíd., folio 126, reverso.

50 Señora Olga Amparo Sánchez Gómez.

51 Cuaderno de revisión, folio 146.

52 Ibídem.

53 Ibíd., folio 146, reverso.

54 Concepto presentado por el asesor jurídico del colectivo, señor Gerardo A. Hernández M.

55 Cuaderno de revisión, folio 224.

56 Concepto firmado por la representante legal, Aida Oliver.

57 Cuaderno de revisión, folio 345, reverso.

58 Concepto firmado por la presidenta ejecutiva, Olga Lucia Trujillo Arévalo.

60 Memoriales del 15 de septiembre de 2020 y 1 de octubre de 2021.

61 A la fecha de expedición de la sentencia se mantiene en esta etapa.

62 Memorial del 31 de julio de 2020.

63 Memoriales del 12 de enero de 2021, 18 de enero de 2021 y 2 de diciembre de 2021.

64 Memorial del 1 de septiembre de 2021.

65 Memorial del 31 de julio de 2020.

66 Según se desprende de los documentos que obran en el expediente de tutela, entre otros, la validación que hizo la Comisaria Segunda de Familia.

67 <https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/NumeroRadicacion>, así como en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/servicios-de-informacion-al-ciudadano/consultas/#1536851620255-61ce92ac-374f>.

68 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-566 de 2019, reiterada en las sentencias SU-574 de 2019, SU-455 de 2020 y SU-228 de 2021. Los requisitos generales son los siguientes:

i. Relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de derechos fundamentales del accionante.

ii. Subsidiariedad, en el sentido de que se hubieren agotado los recursos ordinarios y extraordinarios al alcance del accionante dentro del proceso en que se profirió la providencia, excepto que, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre, no sean eficaces, o que la tutela pretenda evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

iii. Inmediatez, es decir que, atendiendo a las circunstancias del accionante, se interponga en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración.

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

v. Que el accionante identifique de forma razonable los yerros que genera la vulneración, y

que estos hayan sido cuestionados dentro del proceso judicial, en cuanto ello hubiere sido posible.

vi. Que no se dirija contra una sentencia de tutela, salvo si existió fraude en su adopción.

69 Corte Constitucional, sentencias T-741 de 2017, T-311 de 2017, T-259 de 2018, T-468 de 2018, T-015 de 2018, T-210 de 2019 y T-008 de 2020, entre otras.

70 Corte Constitucional, Sentencia T-065 de 2019.

71 El artículo 119 de la Ley 1098 de 2006 establece: “Competencia del juez de familia en única instancia. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: [...] 2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley”.

72 Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, reiterada, entre otras, en la Sentencia SU-037 de 2019.

73 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-566 de 2019, reiterada en las sentencias SU-574 de 2019, SU-455 de 2020 y SU-228 de 2021. Los defectos específicos reconocidos por la Corte son los siguientes:

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

ii. Defecto procedimental: se origina cuando la decisión judicial cuestionada se adoptó con desconocimiento del procedimiento establecido.

iii. Defecto fáctico: se configura cuando el juez carece de apoyo probatorio para la aplicación del supuesto legal en que se sustenta la decisión cuestionada, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada.

iv. Defecto material o sustantivo: ocurre cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto; cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; o cuando se otorga a la

norma jurídica un sentido y alcance que no tiene, entre otros supuestos.

v. Error inducido: sucede cuando la decisión que vulnera los derechos fundamentales del accionante es producto de un engaño por parte de terceros.

vi. Falta de motivación: implica el incumplimiento del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión.

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

viii. Violación directa de la Constitución: se estructura cuando la autoridad judicial le da a una disposición un alcance abiertamente contrario a la Carta Fundamental. Se presenta violación directa de la Constitución cuando el juez adopta, entre otros supuestos, una decisión que desconoce la supremacía constitucional porque deja de aplicar una norma contenida en ella que resulta aplicable al caso concreto, o desconoce valores, principios o reglas constitucionales que determinan su aplicación de la disposición legal. Se configura igualmente cuando se desconoce o altera el sentido y alcance de una regla fijada directamente por el constituyente.

74 “[...] SEGUNDO: REVOCAR el numeral 3° de la Resolución proferida el día 3 de julio de 2018 y en su lugar, señalar visitas supervisadas por parte de la Comisaría en el lugar y fechas que disponga la misma con el fin de mantener los lazos entre padre e hija hasta tanto no se resuelva el proceso penal que se adelanta en contra del señor ADM [...]”.

75 Para el efecto se seguirá de cerca la doctrina expresada en la SU-455 de 2020.

76 *Ibídem*.

77 Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2018.

78 Corte Constitucional, sentencias T-201 de 2019, T-210 de 2019 y T-033 de 2020.

79 Corte Constitucional, Sentencia T-093 de 2019. La jurisprudencia ha determinado que se configura un defecto fáctico cuando “se verifica una valoración caprichosa y arbitraria de las

pruebas presentadas; o no se valora en su integridad el material probatorio”. Corte Constitucional, Sentencia T-041 de 2018.

80 Corte Constitucional, Sentencia T-462 de 2018.

81 Cuaderno 1, folios 153-154.

82 *Ibíd.*

83 *Ibíd.*, folio 154.

84 Instituto Nacional de Medicina Legal, Informe sobre examen psicológico forense practicado a MADA, el 1 de noviembre de 2018. Bogotá, 28 de enero de 2019, página 2. Cuaderno de revisión, folio 34.

85 *Ibíd.*

86 *Ibíd.*, folio 35.

87 “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”. Modificada por las leyes 1257 de 2008, 2126 de 2021 y 2197 de 2022.

88 El principio *pro infans* ha sido aplicado por la Corte Constitucional para resolver tensiones entre derechos fundamentales. En virtud de este se prefiere “la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-433 de 2020, que cita la Sentencia C-177 de 2014.

89 Para el efecto se seguirá de cerca la doctrina expresada en la Sentencia SU-455 de 2020.

90 Artículo 4 de la Constitución.

91 Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, T-292 de 2006, T-230 de 2011 y SU-091 de 2016.

92 Corte Constitucional, Sentencia SU-091 de 2016.

93 Corte Constitucional, Sentencia T-656 de 2011. Puntualmente, se ha precisado que: “Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior”.

94 Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 2014.

95 Cuaderno 1, folio 190.

96 En el preámbulo de la CEDAW, los estados partes declaran, entre otros, que: a) la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad; b) que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia y; c) el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer. Por lo anterior, el inciso segundo del artículo 15 de dicho instrumento consagra como uno de los deberes del Estado dispensar un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

97 Comité general para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación 19, 1992.

98 Comité general para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación 19, observación 6, 1992.

100 Corte Constitucional, Sentencia T-878 de 2014, reiterada en la Sentencia T-093 de 2019.

101 Corte Constitucional, Sentencia T-878 de 2014, reiterada en la Sentencia T-093 de 2019.

102 Corte Constitucional, Sentencia T-093 de 2019, que reitera las sentencias T-012 de 2016 y T- 967 de 2014.

103 Corte Constitucional, Sentencia T-967 de 2014, reiterada por las sentencias T-012 de 2016 y T-093 de 2019.

104 Corte Constitucional, Sentencia T-967 de 2014, reiterada en la Sentencia T-093 de 2019.

105 Organización Mundial de la Salud, Comprender y Abordar la Violencia contra las mujeres, recuperado el 03.12.2018, de http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf?sequence=1. Cfr. Sentencia T-093 de 2019.

106 Comité general para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación 19, observación 113, 1992, retomada por la Sentencia T-967 de 2014, y reiterada en la Sentencia T-093 de 2019.

107 Ver artículo 2 a) de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

108 Corte Constitucional, Sentencia T-093 de 2019.

109 En materia legislativa, el artículo 7 literales c), e) y h) de la Convención Belem do Pará establece las siguientes obligaciones positivas: incluir en la legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas necesarias para el caso; tomar todas las medidas de tipo legislativo apropiadas, para abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer; y adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectiva la Convención Belem do Pará. Cfr. Sentencia T-093

de 2019.

110 El artículo 3 literal c) de la Ley 294 de 1996 entiende la violencia intrafamiliar como todo daño físico o psíquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa o ultraje que pueda sufrir la persona por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar. Este tipo de violencia es considerada por el cuerpo normativo como destructiva de la armonía y unidad familiar y, por tanto, ordena su prevención, corrección y sanción por parte de las autoridades públicas, conforme al artículo 3 literal b) de la Ley 294 de 1996.

111 El artículo 2, inciso primero, de la Ley 1257 de 2008 define la violencia contra la mujer como cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado. El daño, a su vez, es clasificado por el artículo 3 de la Ley 1257 de 2008, como psicológico, sufrimiento físico, sufrimiento sexual y daño patrimonial. En cuanto al daño o sufrimiento sexual plantea la siguiente definición interpretativa: “Consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. || Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas”.

112 Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2016, reiterada en la Sentencia T-093 de 2019.

113 Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2016.

114 Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2016, reiterada en la Sentencia T-093 de 2019.

115 Corte Constitucional, Sentencia T-093 de 2019. En el marco de la consideración de la perspectiva de género como un elemento de análisis en casos de la violencia contra la mujer, esta corporación en la Sentencia SU-080 de 2020 señaló que “que analizar con perspectiva de género los casos concretos donde son parte mujeres afectadas o víctimas: i) no implica

una actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su independencia e imparcialidad y ii) ello comporta la necesidad de que su juicio no perpetúe estereotipos de género discriminatorios, y; iii) en tal sentido, la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, exige un abordaje multinivel, pues, el conjunto de documentos internacionales que han visibilizado la temática en cuestión –constituyan o no bloque de constitucionalidad– son referentes necesarios al construir una interpretación pro fémina, esto es, una consideración del caso concreto que involucre el espectro sociológico o de contexto que describe el calamitoso estado de cosas, en punto de la discriminación ejercida sobre la mujer. Se trata por tanto de, utilizar las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos junto con el derecho interno, para buscar la interpretación más favorable a la mujer víctima”.

116 Corte Constitucional, Sentencia T-208A de 2018.

117 Corte Constitucional, Sentencia SU-037 de 2019.

118 Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001.

119 Corte Constitucional, Sentencia T-031 de 2016.

120 Corte Constitucional, Sentencia T-809 de 2010.

121 Corte Constitucional, Sentencias T-231 de 2007 y T-933 de 2003.

122 Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

123 Para el efecto se seguirá de cerca la doctrina expresada en las sentencias T-005 de 2018 y T-351 de 2021. En la Sentencia T-351 de 2021 se analizó la solicitud de tutela que presentó el padre de dos niños acusado de abuso sexual y quien reclamaba poder visitar a sus hijos. Sin embargo, los jueces de instancia y la Corte Constitucional consideraron que no había lugar a conceder las visitas dado que, si bien no se había comprobado la culpabilidad del accionante, se encontró que uno de los niños presentaba comportamientos típicos de víctimas de abuso sexual. Con lo cual, se concluyó que el juzgado accionado había actuado según lo ordena el interés superior de las niñas y niños, en tanto las pruebas recaudadas indicaban que los niños “pudieron haber sido sometidos a eventos que atentaron contra su desarrollo físico, mental y emocional”.

124 Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

125 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 del 18 de abril de 2011. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Introducción, numeral 4, p. 4.

126 *Ibíd.*, numeral 5, p. 4.

127 Corte Interamericana de Derechos Humanos y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Violencias contra niñas, niños y adolescentes en América Latina y el Caribe, 2019, p. 13.

128 *Ibíd.*, p. 21.

129 *Ibídem.*

130 Corte Constitucional, Sentencia T-351 de 2021.

131 Corte Constitucional, Sentencia T-767 de 2013.

132 Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2013.

133 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 del 29 de mayo de 2019, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Introducción, numeral 6, literal a), p. 4.

134 Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003, reiterada en la Sentencia T-351 de 2021.

135 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 del 29 de mayo de 2019, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Introducción, numeral 6, literal b), p. 4.

136 *Ibíd.*, Introducción, numeral 6, literal c), p. 4.

137 Corte Constitucional, Sentencia T-033 de 2020, reiterada en la Sentencia T-351 de 2021.

138 Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

139 Esta regla fue reiterada en las sentencias T-397 de 2004, T-572 de 2010 y T-005 de 2018.

140 Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

141 Corte Constitucional, Sentencia T-033 de 2020, reiterada en la Sentencia T-351 de 2021.

142 Tal tarea exige identificar las especificidades fácticas del medio en el que se desenvuelve la niña, niño o adolescente y las actuaciones que, en ese contexto, se esperan de su familia, de la sociedad y del Estado para asegurar su integridad. Sentencia T-510 de 2003, reiterada en la Sentencia T-261 de 2013.

143 Tal discrecionalidad, en todo caso, tiene como límite los deberes constitucionales y legales de estas autoridades en relación con la preservación del bienestar de las niñas, niños y adolescentes que requieren su protección. Sentencia T-302 de 2008, reiterada en la Sentencia T-261 de 2013.

144 Corte Constitucional, Sentencia T-397 de 2004, reiterada en la Sentencia T-261 de 2013.

145 Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2013.

146 Según la Sentencia T-261 de 2013, con base en “(i) la existencia de una lógica de ponderación entre cada una de ellas [las medidas de protección a adoptar]; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente”.

147 Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2016.

148 Se recuerda que en esa oportunidad, mientras la trabajadora social le explicó a la niña el

motivo de la visita, MADA manifestó “no quiero ver a mi papá” y también “tengo miedo que (sic) me haga el mismo juego” (Cuaderno 4. Expediente de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero MP135-2018. Secretaría Distrital de Integración Social. Bogotá. Folio 651). Informado de la situación, el señor ADM manifiesta estar de acuerdo con que su hija en compañía de su madre se retiren de la Comisaría afirmando que “me duele ver a la niña así de afectada” (Ibíd., folio 651, reverso).

150 Cuaderno 1, folios 153-154.

151 El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula lo siguiente: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. || 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

152 Cuaderno 5. Expediente de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, MP135-2018. Secretaría Distrital de Integración Social. Bogotá. Folio 727.

153 El artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone lo siguiente: “[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

154 Observación general No. 12 del 20 de julio de 2009 del Comité de los Derechos del Niño, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-452 de 2020.

155 Cuaderno 1, folio 154.

156 Cuaderno 3. Expediente de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, MP135-2018. Secretaría Distrital de Integración Social. Bogotá. Folio 343.

157 Si bien las autoridades encargadas de determinar el contenido del interés superior de la niña y del niño cuentan con un margen de discrecionalidad para evaluar cual es la respuesta que mejor satisface dicho interés, estas “también tienen límites y deberes constitucionales y legales respecto de la preservación del bienestar integral de los niños que requieren su protección. Dichos deberes obligan a los funcionarios a aplicar un GRADO ESPECIAL de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, especialmente tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos”, Corte Constitucional, sentencias T-503 de 2003, T-397 de 2004 y T-741 de 2017.

158 Concepto del 19 de junio de 2019. Cuaderno 5. Expediente de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, MP135-2018. Secretaría Distrital de Integración Social. Bogotá. Folio 769.

159 Corte Constitucional, Sentencia T-607 de 2019.

160 Recientemente, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional señaló en Sentencia T-062 de 2022 que “el deber de todas las autoridades judiciales y administrativas es proteger primeramente los derechos de los niños y evitar que se vean sometidos a cualquier riesgo que pueda poner en peligro su integridad física y mental. En esta misma vía, se reitera que la presunción de inocencia no es un obstáculo para que se impongan restricciones al régimen de visitas, más aún cuando se encuentra involucrado un presunto agresor del menor. El proceso de restablecimiento de derechos no persigue llegar a la certeza sobre si un posible abuso se cometió o si existen pruebas suficientes para saber quién fue el responsable, tal es un deber del juez penal; en cambio, la obligación primordial del juez de familia es la protección a ultranza del menor y minimizar los peligros y riesgos a los cuales puede verse sometido, así como suspender cualquier actuación que pueda estar afectando su estabilidad y/o bienestar. || Se resalta entonces que la garantía constitucional de la presunción de inocencia no implica el deber correlativo de admitir las visitas a un menor por parte de quien ha sido acusado de abusarlo sexualmente, menos aún, involucra que sólo se puedan suspender tales visitas en el que la acusación se compruebe ante un juez penal. Contrario a ello, el examen que deben realizar las autoridades frente al régimen de visitas en estos escenarios se encuentra supeditado a la preservación de la integridad y bienestar del menor en la mayor medida posible, en tanto éste es el principio que orienta la

actuación del Estado en favor del interés superior de los niños, niñas y adolescentes”.

161 Corte Constitucional, Sentencia T-062 de 2022.

162 Explicó la Sala que en estos escenarios “el ámbito de protección del principio de presunción de inocencia cede su fuerza normativa” y que “las actuaciones de las autoridades que deciden sobre los derechos de los niños [...] no están supeditadas al resultado de un proceso penal, aun cuando el procesado sea absuelto”. Explicó que “en virtud del principio pro infans, los operadores y judiciales deben darle prevalencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otras garantías de los intervinientes. Lo anterior, dada su prevalencia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran. En ese sentido, es una regla que obliga a esos operadores adoptar las medidas necesarias para proteger integralmente al niño y evitar amenazas a su integridad”.

163 Corte Constitucional, Sentencia T-351 de 2021.

164 Corte Constitucional, Sentencia T-351 de 2021.

165 De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, la familia se conforma por el padre y la madre aunque no convivan en un mismo hogar, los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos, así como por todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

166 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-062 de 2022.

167 Ibídem.

168

Radicación

Expediente

Demandante

Demandado

Primera Instancia

Segunda Instancia

Fecha Radicación/ Resultado

T7074714

ADM

COMISARIA SEGUNDA DE FAMILIA

JUZGADO 21 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONOCIMIENTO

JUZGADO 35 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

Nov 1 2018

Improcedente

ADM

COMISARIA SEGUNDA DE FAMILIA DE CHAPINERO

JUZGADO 24 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

JUZGADO 32 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

Nov 22 2018

Improcedente

T7242103

ADM

JUZGADO 24 DE FAMILIA DE BOGOTA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA FAMILIA

—
Feb 26 2019

Concedió

T7540287

ADM

COMISARIA 2 DE FAMILIA DE CHAPANERO

JUZGADO 10 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE GARANTIAS

JUZGADO 17 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCION DE CONOCIMIENTO

Jul 31 2019

Concedió y luego revocó

T7613966

LAT, EN NOMBRE PROPIO Y DE SU HIJA MADA.

JUZGADO VEINTICUATRO DE FAMILIA DE BOGOTA Y OTROS

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA FAMILIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CIVIL

Sep 12 2019

Negó

Niega - Actualmente en proceso de revisión

T7634478

LAT

COMISARIA DE FAMILIA II CHAPINERO Y OTROS

JUZGADO 48 PENAL MUNICIPAL CF CONTROL DE GARANTIAS

JUZGADO 31 PENAL CIRCUITO CF CONOCIMIENTO

Sep 25 2019

Niega

T7724085

LAT

COMISARIA DE FAMILIA II DE CHAPINERO Y OTROS

JUZGADO 48 PENAL MUNICIPAL CON F CONTROL

JUZGADO 31 PENAL DEL CIRCUITO

Nov 18 2019

Niega

169 El principio pro infans impone la obligación de aplicar distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la aplicación del interés superior del niño. Es una herramienta de interpretación que permite ponderar derechos constitucionales para que, en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas superiores, se prefiera la solución que otorgue mayores garantías a los menores de edad. Los conflictos que se presenten en casos en los que se vea comprometido un menor deben resolverse a la luz del mencionado principio. Corte Constitucional, Sentencia T-078 de 2010.

170 Ley 264 de 1996, artículo 2.