

Sentencia T-730/15

ACTUACION TEMERARIA EN TUTELA-Presentación de varias tutelas conlleva al rechazo o decisión desfavorable conforme al art. 38 del Decreto 2591/91

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Triple identidad

Para que exista una actuación temeraria es necesario que concurren tres elementos: identidad de causa, identidad de partes e identidad de objeto. Precisamente, en la Sentencia T-727 de 2011, se explicó que existe (i) una identidad de causa, cuando las acciones se fundamentan en unos mismos hechos que le sirven de origen; (ii) una identidad de objeto, cuando las demandas buscan la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental; y (iii) una identidad de partes, cuando las acciones se dirijan contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado.

TEMERIDAD-Inexistencia para el caso

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO ORGANICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Sobre el defecto orgánico, esta Corporación ha señalado que se presenta cuando el funcionario que profiere la decisión acusada carece en forma absoluta de competencia para hacerlo. En ese sentido, la configuración de este defecto, permite la realización de una garantía del debido proceso que consiste en el derecho al juez natural y que encuentra su base normativa en el artículo 29 constitucional, cuando establece que el juzgamiento deberá darse ante un juez o tribunal competente. Para esta Corte, la incompetencia de un funcionario judicial al proferir una decisión configura un defecto orgánico que afecta el

derecho al debido proceso, en tanto “tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para la autoridad pública que administra justicia, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen”. En desarrollo de lo expuesto, entre otras, la Corte ha precisado que este defecto se presenta (i) cuando el juez carece absolutamente de competencia para conocer y definir un asunto; (ii) cuando asume una competencia que no le corresponde o (iii) cuando adelanta una actuación por fuera de los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico para llevarla a cabo.

DECRETO Y PRACTICA DE MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Alcance, finalidad y límites constitucionales

Siguiendo lo expuesto por esta Sala de Revisión en la Sentencia T-212 de 2014, se tiene que el Código de la Infancia y la Adolescencia, en los artículos 50 y 51, dispone que el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una obligación del Estado que consiste en la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de su capacidad de hacer un ejercicio efectivo de las prerrogativas que le han sido desconocidas.

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-Trámite y reglas especiales para la protección de los derechos del menor

HOMOLOGACION DE DECISIONES DE DEFENSORES DE FAMILIA-Alcance

HOMOLOGACION DE DECISIONES DE DEFENSORES DE FAMILIA-Control formal y material

Existe un consenso entre la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, generando un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto privilegiado y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que ellos se hallan. En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras

prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que la autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44).

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Concepto/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Deberes que implica

El Código de la Infancia y Adolescencia, en el artículo 8, al referirse al interés superior lo define como un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral de los derechos humanos de los niñas, niños y adolescentes, bajo su concepción de garantías universales, prevalentes e interdependientes. En desarrollo de lo anterior, se han señalado por la jurisprudencia algunas reglas útiles para definir en qué consiste el interés superior del niño en un caso concreto, las cuales pueden resumirse en los siguientes deberes a cargo del juez: a. Deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña; b. Deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña; c. Deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos; d. Deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños; e. Deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña; f. Deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales; y g. Deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños.

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

El artículo 44 de la Constitución Política reconoce que los derechos fundamentales de los niños tienen un lugar privilegiado en el ordenamiento constitucional y, a su vez, resalta la

obligación que tiene el Estado, la sociedad y la familia de proteger a los niños contra toda forma de violencia física o moral, así como del abuso sexual. A partir del precepto en mención y en concordancia con los artículos 19.1, 34, 35 y 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se tiene que en el ordenamiento jurídico interno los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener una vida libre de violencia, incluida la violencia sexual, la cual por su gravedad merece de toda la actuación del Estado y de la sociedad con el fin de prevenirla, investigarla y sancionarla.

VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD-Asunto debe ser abordado por las autoridades competentes, teniendo en cuenta la especial sensibilidad que presenta, pues el sujeto pasivo se encuentra en situación de indefensión

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

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Sentido y alcance

MUJER-Sujeto constitucional de especial protección

PROTECCION A LA MUJER-Instrumentos jurídicos internacionales que la contemplan/FUENTE FORMAL INTERNACIONAL DE LA PROTECCION A LA MUJER CONTRA LA VIOLENCIA-Instrumentos internacionales ratificados por Colombia

DERECHO A LA VIDA, IGUALDAD, INTEGRIDAD FISICA Y A LA PROTECCION CONTRA TODA FORMA DE VIOLENCIA FISICA, MORAL Y DE ABUSO SEXUAL DE MENOR DE EDAD-Orden a Comisaria de Familia proferir nueva decisión, teniendo en cuenta interés superior de los niños, gravedad de violencia sexual en su contra y enfoque de género

DERECHO A LA VIDA, IGUALDAD, INTEGRIDAD FISICA Y A LA PROTECCION CONTRA TODA FORMA DE VIOLENCIA FISICA, MORAL Y DE ABUSO SEXUAL DE MENOR DE EDAD-Ordenar que se oficie a Comisaria de Familia para que autorice visitas del padre de menor de manera asistida por el equipo psicosocial de la misma

Referencia: expediente T-5.061.859

Acción de tutela instaurada por la señora María, en representación de su hija Sandra, contra

la Comisaria de Familia de YY y el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela adoptados por la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, correspondientes al trámite de acción de amparo constitucional impetrado por la señora María, actuando en representación de su hija Sandra, contra la Comisaria de Familia de YY y el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ.

I. ANTECEDENTES

1.1. Cuestión previa

1.2. Hechos relevantes

1.2.1. La señora María sostuvo una relación sentimental con el señor Santiago y de dicha unión nació Sandra el 27 de diciembre de 2010. Se trata de una menor de edad de cuatro años y once meses.

1.2.2. Entre ambos padres surgieron diferencias irreconciliables que dieron lugar a la terminación de su relación en el año 2013, por lo que el 3 de junio de 2014 adelantaron ante la Comisaría de Familia de YY, diligencia de conciliación para establecer la cuota alimentaria, la custodia y el régimen de visitas de la niña.

En dicha audiencia no se logró llegar a un acuerdo, motivo por el cual se otorgó la custodia provisional a favor de la demandante, se fijó una cuota alimentaria de un millón de pesos (\$ 1.000.000) que debía pagar el padre y se estableció un régimen de visitas. En este último se dispuso que el señor Santiago debía recoger a la niña los viernes a la hora de salida del jardín, devolviéndola a la casa de la madre el domingo o el lunes si era festivo a las 3:00 PM, así como el día miércoles recogiendo en el jardín y entregándola en la casa materna a las 5:00 PM.

1.2.3. Según afirma la accionante, el 6 de julio de 2014, luego de que el señor Santiago dejara a la niña en su casa, la abuela materna estaba cambiándola en el cuarto para ponerle la pijama, momento en el cual la menor le manifestó que su padre la había tocado en sus partes íntimas, lo cual ratificó ante el abuelo materno.

1.2.4. Al día siguiente la accionante se dirigió a la Comisaría de Familia de YY a poner en conocimiento estos hechos. De inmediato se inició el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de la niña, para lo cual se dispuso la modificación del régimen de visitas, en el sentido de que debían ser acompañadas por la abuela paterna cada sábado en el horario de 9:00 AM a 5:00 PM. Por lo demás, se solicitó al ICBF seccional ZZ que vinculara a Sandra al proceso terapéutico de la Asociación Creemos en Ti y se ordenó la práctica de entrevistas y visitas domiciliarias a la niña, a sus padres y a las familias extensas, así como una valoración médico legal en el Hospital JJ.

1.2.5. Se afirma por la demandante que debió acudir nuevamente a la Comisaría el 10 de julio del 2014, por cuanto el día anterior su hija presentó comportamientos inusuales al tocarse sus partes íntimas afirmando que así lo hacía su padre cuando estaban en la cama. En consecuencia, ese mismo día la Comisaría dictó una medida de protección a favor de la niña, por virtud de la cual ordenó la suspensión de las visitas del padre, hasta que se obtuviera el resultado del proceso terapéutico adelantado por la Asociación Creemos en Ti o, en su lugar, un pronunciamiento de la autoridad judicial competente. Al margen de lo anterior, la accionante procedió a denunciar ante la Fiscalía la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años.

1.2.6. El 6 de noviembre de 2014, luego de realizar un “análisis primario” del material probatorio obrante en el expediente, la Comisaría de Familia estimó que era necesario

modificar la anterior decisión, en el sentido de permitir las visitas del padre a la niña de manera asistida por personal psicosocial de dicha entidad en sus instalaciones y en la ludoteca municipal, una vez por semana, el día viernes en el horario de 2:30 PM a 5:00 PM.

Respecto de esta decisión, la accionante manifestó su inconformidad, por cuanto además de que se ponían en riesgo los derechos de su hija, también se afectaba su horario escolar. No obstante lo anterior, la autoridad confirmó su decisión, por un lado, al considerar que las visitas supervisadas no afectaban la integridad de la niña; y por el otro, al estimar que en el expediente no se encontraba prueba alguna que indicara cuál era su horario escolar.

1.2.7. Frente a la determinación adoptada, la demandante interpuso acción de tutela, la cual fue fallada en su contra por el Juzgado Promiscuo Municipal de YY y confirmada por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del mismo municipio. Ambas instancias consideraron que la autorización de visitas del padre a la niña en las instalaciones de la comisaría, lejos de vulnerar sus derechos los armonizaba, en especial, en lo atinente a su integridad física y a tener una familia. Como consecuencia de lo anterior, se suscribió un acuerdo con el señor Santiago para que las visitas se realizaran de 3:30 PM a 6:00 PM, con el fin de evitar que la jornada escolar de Sandra se viese afectada.

1.2.8. El 6 de enero de 2015, mediante Resolución 001, la Comisaría finalizó el trámite administrativo de restablecimiento de derechos con la decisión de permitir las visitas del padre, quien podrá recoger a la niña los días viernes cada quince días a las 6:00 PM en la casa de la accionante, para dejarla nuevamente el domingo o el lunes siguiente, si es festivo, a las 3:00 PM en el mismo lugar, visitas que deberán ser supervisadas de manera permanente por los abuelos paternos. Aunado a lo anterior, se ordenó a los padres de la niña asistir obligatoriamente a un curso pedagógico y continuar con el seguimiento del caso por parte del equipo psicosocial de la Comisaría y de la Asociación Creemos en ti.

La citada decisión se fundamentó en que conforme al dictamen forense, a la entrevista psicológica, al primer informe de seguimiento de la Asociación Creemos en Ti, al certificado médico de valoración física y estado de salud y a los informes de visitas domiciliarias y registros de la situación socio familiar de la familia paterna de la niña, no se evidenciaba que existiese responsabilidad del señor Santiago respecto de la conducta que le era

atribuida y, por lo mismo, no estaban acreditados “los hechos que [dieron] origen a la apertura del (...) proceso P.A.R.D.”. Así las cosas, los testimonios y pruebas recaudadas no lograron demostrar que la separación del padre de su hija fuese indispensable para garantizar su interés superior.

Para la Comisaría las pruebas testimoniales de familiares y amigos del padre, así como las entrevistas psicológicas, comprobaban el gran cariño y afecto mutuo existente entre padre e hija, motivo por el cual debía protegerse el derecho de la niña a compartir y disfrutar de su familia[1], pues de lo contrario podría verse afectada su salud mental y emocional, al crecer sin el amor de su padre y de su familia extensa quienes son importantes en su crecimiento y formación.

1.2.9. Frente a la anterior decisión, ambas partes interpusieron recurso de reposición. La accionante solicitando que no se autorizaran las visitas del padre a su hija; mientras que este último, pidiendo que el cuidado, custodia y protección de la menor quedara a su cargo.

Ambos recursos fueron resueltos negativamente y, por solicitud de los recurrentes, la decisión se envió al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, quien mediante providencia del 24 de abril de 2015, decidió homologar la resolución proferida por la autoridad administrativa, así como exhortar a los padres de Sandra para que se sometieran -junto a ella- a un tratamiento psicológico, con el objeto de adquirir conciencia sobre los cuidados y el amor que deben brindarle a su hija, de manera que se propicie un ambiente armónico y adecuado que garantice sus derechos.

El citado juzgado consideró que, de las pruebas obrantes en el expediente -estudios sociales practicados por el equipo interdisciplinario de la Comisaría y valoración médico legal-, era pertinente restablecer los derechos de la niña que fueron desconocidos con la decisión de suspender las visitas del padre. Al respecto, encontró que la manera de ponderar los derechos a la integridad personal, física y psicológica respecto de los derechos a tener una familia y no ser separada de ella, implicaba permitir su mutua coexistencia, como en efecto se hizo, al autorizar las visitas de manera supervisada por los abuelos paternos. Por lo demás, se concluyó que la funcionaria administrativa cumplió a cabalidad con el trámite establecido en la ley de infancia y adolescencia para este tipo de procesos, por lo que también respetó las formas propias de cada juicio, en un marco acorde con el interés superior de la niña.

1.2.10. Con posterioridad, a la definición del proceso de restablecimiento de derechos, la accionante puso en conocimiento que el día 13 de marzo de 2015, la inspectora móvil No. 52 de la ruta escolar de Sandra presentó un informe de conducta irregular a la Comisaría de Familia, en el que se señaló que la menor intentó tocar en sus partes íntimas a otro niño, siendo reprendida por la monitora, quien sostuvo que otro estudiante en días anteriores había descrito el mismo comportamiento por parte de Sandra, al cual no le prestó mayor atención, al tener en cuenta que esta última es una estudiante de pre-kinder.

1.2.11. Ese mismo día, la Fiscal 229 de la Unidad de Delitos Sexuales de AA trasladó a la Comisaría un oficio remitido por el apoderado de la accionante en el proceso penal que se adelanta en contra del señor Santiago, en el que se informa de un comportamiento sexualizado por parte de la niña, el cual fue grabado por la señora María y obra en un CD que reposa en las dependencias del ente acusador[2].

1.2.12. Luego, el 18 de marzo de 2015, con posterioridad a haber decidido el proceso de restablecimiento de derechos, la Comisaría expidió una resolución en la cual ordena a la Asociación Creemos en Ti remitir un informe detallado sobre los adelantos que se han efectuado en el caso de la niña para que, de acuerdo con lo observado, aconseje si es necesario suspender o no las visitas del padre.

1.2.13. Por último, el pasado 21 de abril de 2015 se allega el informe señalado con fecha del día 17 del mismo mes y año, en el que la psicóloga encargada del caso da a conocer una entrevista realizada con la niña el 16 de abril de 2015 y luego de los análisis respectivos concluye que se deben suspender las visitas, pues son un factor de riesgo debido al proceso en trámite por presuntos actos sexuales hacía la niña.

1.3. Solicitud de amparo constitucional

Como consecuencia de los citados hechos, la peticionaria solicita que se protejan los derechos fundamentales de su hija a la vida, a la igualdad, a la integridad física, a la protección contra toda forma de violencia física, moral y de abuso sexual, a la verdad, justicia y reparación, a un recurso judicial efectivo, a participar y a ser oída en el proceso, a recibir un trato digno y a no ser sometida a sufrimientos adicionales. Para tal efecto, pide que se revoque el numeral primero de la Resolución del 6 de enero de 2015 proferida por la Comisaría de Familia y homologada por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia y, en su

lugar, se abstengan de conceder visitas al señor Santiago, hasta que se determine que efectivamente se han superado las circunstancias que ocasionaron su suspensión inicial y que no existe riesgo para la menor de compartir con su padre.

También sostiene que la falta de definición acerca de si existe o no responsabilidad penal por los hechos que actualmente son materia de investigación por la Fiscalía, impide que se concedan permisos que permitan el contacto de la niña con el señor Santiago[5], pues no existe plena certeza de que la niña no va a correr ningún riesgo compartiendo con su padre.

Por último, y previa referencia a la Sentencia T-664 de 2014[6], señaló que el Juzgado Primero Promiscuo de Familia desconoció que el objeto de la homologación, más allá de tener por finalidad la revisión de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, apunta a que se aseguren las garantías de protección del interés superior de los niños y de los familiares involucrados en el conflicto. Este juicio no se realizó por ninguna de las autoridades mencionadas, lo que justifica el otorgamiento del amparo.

1.4. Contestación de la demanda de tutela

1.4.1. Contestación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[7]

La Defensora de Familia del Centro Zonal ZZ informó que no ha realizado ninguna intervención en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos adelantado por la Comisaría de Familia, con excepción de la gestión adelantada para la autorización de un cupo a favor de la hija de la accionante dentro del convenio suscrito con la Asociación Creemos en Ti, por lo que no consideró pertinente realizar ningún pronunciamiento adicional frente a las pretensiones.

1.4.2. Contestación de la Asociación Creemos en Ti[8]

1.4.2.1. La psicóloga encargada del caso informó de las acciones llevadas a cabo con la niña a través del equipo de la Asociación:

En primer lugar, señaló una serie de medidas realizadas a nivel individual, entre las que se encuentra la identificación de la sintomatología asociada al evento. En esta sección, se expone que a la niña se le aplicó el Listado de Síntomas del DSM-IV-TR[9], dando como

resultando manifestaciones relacionadas con estrés postraumático como “temor a pensar en el evento, evitar cualquier recuerdo del [mismo], síntomas de nerviosismo y desconfianza hacía las demás personas”. De igual manera, se informa que tanto la madre como los abuelos de la niña han observado en ella conductas sexuales inapropiadas con los niños del colegio.

Otra de las medidas relacionadas por la psicóloga corresponde a la elaboración emocional, cuya orientación busca –a través de terapia de juego– que se fortalezca la capacidad de expresión emocional de la niña frente a los supuestos hechos de abuso sexual. Como hecho relevante se transcribe una entrevista realizada a Sandra el 16 de abril de 2015, en la que manifiesta que le gusta jugar con su papá en la casa, porque él le hace cosquillas, al preguntarle el lugar en donde le realiza dicho juego, la niña señala que las hace en su “cuquita” y que las hace con la “cuquita de él”, indicando los genitales de un muñeco y agregando que le sale un líquido blanco. Cuando la terapeuta le pregunta cuántas veces ha ocurrido lo anterior, la niña manifiesta que una vez y que le gustó porque su papá la quiere mucho y ella lo extraña y le hace mucha falta.

En el informe allegado al juez de primera instancia, se advierte que a Sandra se le mostraron dos imágenes del cuerpo humano: el de una niña y el de un hombre adulto. Luego, cuando se le cuestionó por la parte del cuerpo donde presuntamente su padre la había tocado, señaló el área genital de la niña, y al preguntársele por la parte con la cual el padre la tocó, destacó la parte genital del hombre adulto. La psicóloga afirmó que la anterior sesión se puso en conocimiento de la Comisaría de Familia de YY y de la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía 229 de AA.

En segundo lugar, la Asociación relató que se llevaron a cabo acciones de psicoeducación sobre la problemática de la violencia sexual y la prevención de situaciones de riesgo, a través de sesiones que le permitían a la niña entender conceptos básicos sobre las partes del cuerpo y el territorio corporal. Por último, también se adelantó una regulación comportamental, con ocasión de algunas conductas sexuales inusuales de la niña, empleando técnicas como el cambio del foco de atención, con el fin de disminuir el comportamiento sexual infantil problemático, el cual, por lo demás, resulta congruente con la sintomatología presentada con niños y niñas víctimas de violencia sexual.

1.4.2.2. Aunado a lo anterior, la Asociación igualmente puso de presente las acciones desarrolladas a nivel familiar. En ellos, se identificaron factores “antecedentes, precipitantes y mantenedores de la problemática reportada”, resaltando el trabajo terapéutico realizado con la madre de la niña y los abuelos maternos enfocado a disminuir las conductas sexuales inadecuadas. En general, en criterio de la psicóloga, se observó que no existe síndrome de alienación parental, pues la niña expresa sentimientos positivos hacía su padre.

1.4.2.3. En suma, y con fundamento en lo expuesto, la Asociación Creemos en Ti recomendó que se suspendan las visitas de la niña con el padre, ya que existe un posible factor de riesgo relacionado con el proceso penal en trámite por presuntos actos sexuales.

1.4.3. Contestación del señor Santiago[10]

A través de apoderada judicial, el señor Santiago se opuso a la procedencia de la acción de tutela, al invocar la existencia de medios ordinarios de defensa judicial para discutir lo concerniente al restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se agotaron en el caso concreto ante la Comisaría de Familia y ante el juez que decidió la homologación.

En cuanto a los hechos reseñados, manifestó que efectivamente la primera audiencia de conciliación fracasó, lo que dio lugar al régimen provisional adoptado, frente al cual no estuvo de acuerdo, en tanto se le impidió la custodia de Sandra, la cual había ejercido de manera compartida mientras convivió con María y luego desde el año 2013, cuando ésta última le hizo entrega de su hija para que se encargara de su cuidado, según afirma, porque la accionante le manifestó que no podía hacerse cargo de ella por su trabajo.

Sostuvo que no se lograron probar las supuestas conductas sexuales abusivas en contra de su hija, al tiempo que tampoco existe un proceso penal que haya determinado su ocurrencia. De igual manera, señala que la madre incumplió constantemente los acuerdos de visita y que ha hecho todo lo posible para desconocer tanto el derecho que él tiene de compartir con su hija, como el derecho de ella de tener un padre. Este trasfondo es el que motiva la acción de tutela cuyo alcance se limita al conflicto que tiene María en su contra.

En lo que atañe a los comportamientos inusuales de su hija en la ruta escolar, en primer

lugar, sostuvo que los elementos de prueba deben ser practicados y valorados en la etapa destinada para tal fin, por lo que deben ser conocidas y estar disponibles para que las partes puedan contradecirlas, mandato que se desconoció en relación con el informe que sustenta el citado hecho; y en segundo lugar, expuso que no todas las conductas desarrolladas por Sandra pueden ser atribuidas en su contra, pues ello lo que demuestra es que la madre está incurriendo en una alienación parental.

En adición a lo expuesto, el señor Santiago señaló que tanto el procedimiento adelantado ante la comisaría como la homologación en el juzgado, se ciñeron a lo establecido en la Ley 1098 de 2006, de manera que mal puede la accionante pretender que por vía de tutela se deje sin efecto un trámite que se surtió en respeto a sus derechos y los de la niña. En este sentido, resaltó que la actuación de la Comisaría de Familia estuvo dirigida a restablecer el derecho de su hija a tener una familia, decisión que acertadamente fue convalidada por el juez de Familia.

1.4.5. Contestación del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ

El Secretario del citado Juzgado envió el expediente contentivo del proceso de homologación No. 20150016, sin realizar ningún pronunciamiento.

1.4.6. Contestación de la Comisaría de Familia de YY

La autoridad guardó silencio dentro del término concedido por las autoridades judiciales de instancia.

1.4.7. Amicus curiae presentados en el curso del presente proceso

En escritos del 11 y 25 de septiembre y del 17 de noviembre de 2015, el Centro de Estudios y Acción Política Feminista Corporación Humanas[11], la Organización no Gubernamental Casa de la Mujer y la Corporación Sisma Mujer, respectivamente, presentaron escritos amicus curiae, en los que a partir de elementos técnicos y conceptuales, explican las obligaciones del Estado para proteger a las víctimas de violencia sexual, el enfoque de género que debe realizarse al estudiar casos como éste y hacen algunas consideraciones sobre los hechos objeto de la acción de tutela.

Para la apoderada del señor Santiago el primer escrito no debe ser tenido en cuenta, pues

la Corporación Humanas no es parte activa ni pasiva de la acción de tutela.

Al respecto, es preciso destacar que las intervenciones reseñadas recaen sobre unos documentos que se incluyen en el expediente bajo la figura *amicus curiae* o “amigos de la Corte”, los cuales escapan a la voluntad de las partes, pues se trata de conceptos que, en razón de su experticia, son realizados por organizaciones especializadas en temas de violencia sexual de género y que sirven para ilustrar a la Corte desde una perspectiva científica sobre uno de los temas que subyace en la acción de tutela. Por esta razón, como en diferentes oportunidades lo ha aceptado este Tribunal[12], se estudiarán los escritos presentados, sin que tengan carácter vinculante, pues su idea es simplemente ilustrar a la Corte sobre el fenómeno de la violencia contra la mujer.

1.4.7.1. Intervención del Centro de Estudios y Acción Política Feminista Corporación Humanas – Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género (en adelante Corporación Humanas)

Una abogada y una psicóloga de la Corporación Humanas realizaron una intervención técnica acerca de la violencia sexual contra la mujer desde una visión psicojurídica. Dentro de este contexto señalaron que dicha violencia es una manifestación de poder y dominación por parte del perpetrador, así como una expresión de machismo y misoginia estructural. En materia de abuso sexual infantil pusieron de presente que se trata de contactos e interacciones sexuales que pueden ser violentas o perpetradas a través de manipulación o justificadas como tratos normales, en tanto existe una relación de afecto entre el niño y el perpetrador.

Posteriormente, a modo de marco normativo, las intervinientes resaltaron las obligaciones del Estado respecto de la protección del interés superior de los niños desde la perspectiva constitucional, convencional y jurisprudencial, para concluir que en este caso las autoridades administrativas y judiciales deben adoptar las medidas adecuadas para proteger los intereses de Sandra, las cuales deben contar con un enfoque de género que responda a la Observación General No. 13 del Comité de los Derechos del Niño, en la que se sostiene que las niñas suelen estar más expuestas a violencia sexual en su hogar.

Sobre este punto se expresa que existe un deber especial de debida diligencia a cargo del Estado frente a la violencia contra las mujeres[13], de suerte que se debe garantizar su

acceso a la justicia y a servicios de salud y apoyo, al tiempo que se impone el mandato de protección contra otros daños y se exige tener en cuenta las consecuencias que se deriven de dicha violencia[14].

Para la Corporación, en el asunto sub-judice, al no tenerse en cuenta el contexto de riesgo en el que se encuentra Sandra, se evidencia una visión cargada de estereotipos de la violencia ejercida en contra de la menor de edad, que ha permitido la calificación de los hechos como de menor gravedad y que no ameritan la suspensión de las visitas. Por lo demás, se considera que la supervisión de los abuelos paternos no es suficiente, ya que no cuentan con el perfil para realizar la labor de acompañamiento, aunado a que no pueden estar presentes durante todo el tiempo permitido.

Dentro de este contexto se expuso que la Ley 1719 de 2014[15] adoptó una serie de medidas para asegurar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, entre las que se encuentran el derecho a no ser confrontadas con el agresor, a no ser sometidas a pruebas repetitivas y a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación, sin prejuicios contra la víctima. Por lo demás, también se reitera que el Estado debe adoptar medidas de prevención y protección para asegurar la participación de esta última en el proceso judicial dirigido a su reparación.

Por último, en el escrito de intervención se realiza una exposición de las consecuencias que se pueden generar por causa del abuso sexual infantil, advirtiendo previamente que no existe una sintomatología fija y que incluso la misma puede resultar ausente, lo que ocasiona dificultad en la identificación de la ocurrencia de los hechos y en el diagnóstico de las afecciones. Entre los problemas más frecuentes se destacan los siguientes[16]: (i) problemas emocionales: ansiedad, depresión, sentimientos de culpa, de estigmatización e ideación y conducta suicida; (ii) problemas cognitivos: afectación en la capacidad de concentración y atención; (iii) problemas de relación: dificultad para relacionarse con niños y adultos; (iv) problemas funcionales: dificultades de sueño, de alimentación y pérdida del control de los esfínteres y (v) problemas de conducta: (a) comportamientos sexualizados que incluyen: masturbación compulsiva, imitación de actos sexuales, curiosidad sexual excesiva y conductas exhibicionistas; (b) conformidad compulsiva: estrategia para sobrellevar malos tratos que consiste en un comportamiento conformista para reducir los hechos violentos del agresor y aumentar las interacciones agradables con ellos; y (c)

conducta disruptiva y disocial: conductas hostiles y violentas hacia los demás, que entraña el riesgo de que un adulto victimice a otro.

Con fundamento en lo anterior, en este caso, se concluye que avalar las visitas del padre hacia la presunta víctima aumenta el riesgo de repetición de los hechos de abuso y también acrecienta la probabilidad de desarrollar trastornos como los previamente mencionados.

1.4.7.2. Intervención de la Organización no Gubernamental Casa de la Mujer

Una psicóloga y una abogada de Casa de la Mujer intervinieron en el proceso de la referencia con el objeto de dar a conocer algunos aspectos relacionados con el análisis de la violencia sexual en casos que involucran niños. Al respecto, indicaron que además de los efectos individuales que genera este tipo de agresión -los cuales son similares a los expuestos en la anterior intervención- también se encuentran consecuencias a nivel familiar, pues se quebranta el símbolo de la familia protectora cuando un progenitor o familiar es el abusador y cuando la madre o cuidador no reacciona en forma protectora. A nivel comunitario si los delitos de violencia sexual no se judicializan, se contribuye al mantenimiento de prácticas que indirectamente convalidan relaciones de poder abusivas.

Por otro lado, señalaron que de acuerdo con Ronald Summit[17], los elementos importantes que se deben tener en cuenta para entender cómo opera el abuso sexual infantil, son: (i) pocas veces se descubre el abuso cometido por una persona de confianza y cariño, pues quien sufre de dicha conducta rara vez cuenta lo sucedido por las técnicas de manipulación y poder del agresor, lo cual sumado a la creencia de que los niños deben obedecer en todo, contribuye a que se consolide un escenario de desprotección; y (ii) es común que los niños asuman una actitud de acomodación, cuando el abuso se repite sin poder evitarse, de manera que puedan separar las vivencias traumáticas de las demás experiencias vividas, para poder seguir con la vida cotidiana.

De acuerdo con el interviniente, el abuso sexual en el escenario descrito normalmente se descubre porque un tercero se da cuenta de las circunstancias físicas o psicológicas del niño o porque sorprenden al agresor cometiendo el abuso, momento a partir del cual este último pondrá en marcha mecanismos de manipulación y chantaje para que el niño o niña se retracte.

Con fundamento en lo anterior, se considera que la resolución de la Comisaría de Familia de permitir las visitas del padre, es una forma de revictimizar a la niña y de dejarla desprotegida ante posibles abusos futuros. En ese sentido advierten que la supervisión de los abuelos paternos no es garantía de seguridad para la niña, pues en casos de abuso es común que exista negación por parte del abusador y de su familia. Aunado a lo anterior, se reprocha la interpretación que el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ le da a las acciones adelantadas por la señora María para proteger a su hija, entendiéndolas como desavenencias entre los padres dentro de un contexto familiar, sin tener en cuenta que, dada la existencia de una investigación penal, es común que la madre actué con desconfianza y miedo.

En este orden de ideas, señalan que lo incorrecto es entender que una familia con padre y madre garantiza el desarrollo emocional de la niña, pues ello desconoce, entre otras, que existen familias monoparentales, extensas y homoparentales, de manera que forzar a toda costa el sostenimiento de los lazos familiares, como pretenden algunas instituciones que atienden casos de violencia intrafamiliar y de violencia contra la mujer, no corresponde a una acción de protección.

Respecto del informe presentado por la Asociación Creemos en Ti, se señala que aunque la prueba no se allegó de manera oportuna, lo cierto es que en casos de violencia sexual es importante tener en cuenta todos los elementos de juicio para integrar el contexto en el cual ocurrieron los hechos, con una alta valoración del testimonio de la víctima.

Por último, en relación con la práctica institucional de las comisarias, el interviniente señala que de acuerdo con la experiencia de la Casa de la Mujer, se encuentra que a pesar de que tienen amplias facultades, incluso oficiosas, éstas no se esfuerzan por valorar integralmente los casos o generar soluciones efectivas que pongan fin a las situaciones de violencia.

1.4.7.3. Intervención de la Corporación Sisma Mujer

La directora y una abogada de la Corporación Sisma Mujer presentaron un escrito orientado a suministrar algunos datos sobre la violencia de género y sobre las obligaciones de debida diligencia del Estado para prevenir y proteger la vulneración de los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Al inicio señalaron que la violencia sexual es una

expresión de la violencia contra la mujer, en la que se incluye toda acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado o a participar en interacciones sexuales, bajo cualquier mecanismo que anule la voluntad personal.

Sobre el particular, se afirma que las mujeres están sometidas continuamente a la violencia, dentro de un sistema que justifica la subyugación femenina en su supuesta inferioridad biológica, siendo la violencia sexual la más grave expresión de discriminación estructural contra las mujeres. En este contexto, se señala que en Colombia se presenta un elevado índice de esta última manifestación de violencia, que supera con creces aquella ejercida contra los hombres, lo que demuestra que el país no ha solucionado el problema estructural que sugiere esta problemática.

Frente a la citada realidad, se recuerda que el Estado Colombiano ha adquirido una serie de compromisos en materia de erradicación de la violencia contra la mujer, entre los cuales se destacan aquellos contenidos en la Convención de Belén do Pará[18]. Por lo demás, se resalta que este Tribunal ha reiterado el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, lo cual adquiere un carácter reforzado cuando se trata de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, por cuanto demandan una protección reforzada. En este sentido, señalan que en la Sentencia T-843 de 2011[19], esta Corporación consideró que al analizar el fenómeno de la violencia sexual en niñas, debe tenerse en cuenta la perspectiva de género, en relación con la vulneración de derechos como la libertad sexual, la igualdad, la integridad, etc.

Finalmente, al pronunciarse sobre el caso en concreto, señalan que no es acertado que los jueces den prevalencia al derecho de los niños a tener una familia, sin que medie en dicha decisión una ponderación del deber de debida diligencia que tiene el Estado para evitar que Sandra sea víctima de violencia sexual.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Primera instancia

En sentencia del 27 de mayo de 2015, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca amparó los derechos fundamentales invocados, en el sentido de ordenar al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ proveer nuevamente sobre la homologación de

la Resolución del 6 de enero de 2015 dictada por la Comisaría de Familia de YY, “volviendo sobre cada uno de los aspectos que influyen en esa determinación y, adoptando, si es del caso, las medidas que estime pertinentes para contar con todos los elementos probatorios necesarios para ese efecto”.

A juicio del Tribunal, desde el momento mismo en que se inició el proceso de restablecimiento de derechos, la psicóloga y la trabajadora social adscritas a la Comisaría de Familia recomendaron que antes de adoptar cualquier medida debía tenerse en cuenta el informe de seguimiento al proceso psicológico que se estaba adelantando por los profesionales de la Asociación Creemos en Ti. Sin embargo, tanto la autoridad administrativa como el juzgado decidieron adoptar la decisión de fondo, sin tener en cuenta el examen de dicho informe (se trata de aquel que contiene la entrevista a la menor realizada el 16 de abril de 2015, previamente reseñado).

De acuerdo con lo anterior, a juicio del a-quo, si bien existen términos legales para resolver este tipo de controversias, no existe razón alguna para que las autoridades demandadas hayan omitido hacer uso de sus poderes oficiosos para obtener el informe de la Asociación Creemos en Ti. La importancia de dicho documento se encuentra en que contenía hallazgos que debían ser examinados por el juzgado en los siguientes términos: “el Tribunal ha tenido oportunidad de conocer ese informe, donde lo expresado por los profesionales encargados de hacer seguimiento a la niña, obligan a concluir que el trámite de restablecimiento de derechos respecto de ella no puede definirse con ese rasero que tomó en cuenta el juzgado para homologar la decisión de la comisaría, sino examinando todas esas cosas que consultan y atañen a la situación particular de la niña, sobre todo estando de por medio algo tan caro como es el interés superior de la misma, donde además ex inexcusable un escrutinio de la situación bajo un perspectiva de género (...)”.

2.2. Impugnación

2.2.1. Inconforme con la decisión, el señor Santiago apeló el fallo de instancia, en primer lugar, al considerar que la acción de tutela estaba dirigida contra una providencia judicial y, a pesar de ello, el Tribunal no realizó el examen de los requisitos de procedibilidad. Y, en segundo lugar, al sostener que no existe en el acervo probatorio elemento alguno de convicción que demuestre que los derechos de su hija a la vida, a la igualdad, a la

integridad física y a la protección contra toda forma de violencia, estén amenazados o vulnerados por alguna actuación de su parte o de las autoridades involucradas.

Adicional a lo expuesto, en tercer lugar, el señor Santiago expuso que antes de dictarse la resolución administrativa cuestionada, se contaba con las pruebas necesarias para garantizar los derechos de la niña, esto es, con los testimonios, los interrogatorios de parte, los informes de las visitas domiciliarias realizadas por el equipo interdisciplinario adscrito a la Comisaría de Familia, el examen médico practicado a la niña y los informes psicosociales de los seguimientos hechos a Sandra (el informe de las psicólogas adscritas a la Comisaría y el primer informe de seguimiento psicológico realizado el 14 de noviembre de 2014 por la Asociación Creemos en Ti). Desde esta perspectiva, no cabe duda de que existían suficientes soportes probatorios para adoptar la decisión.

En cuarto lugar, el demandado destacó que el a-quo no revisó la sentencia de tutela interpuesta previamente por la accionante contra la decisión de la Comisaría, en la que se permitió inicialmente las visitas durante el fin de semana. Según afirma en ella se constata que se requirió la protección de los mismos derechos y por hechos similares a los que ahora se invocan, por lo que al igual que en aquella oportunidad se debió negar el amparo solicitado. De igual forma, resaltó que tampoco se analizó el hecho de que el apoderado de la accionante fue el que solicitó la homologación del fallo, lo cual indica que, a su juicio, resultaba conforme a derecho.

En quinto lugar, señaló que el informe al que hace referencia el Tribunal Superior de Cundinamarca, es una prueba extraña al acervo probatorio legal y oportunamente recaudado e incorporado al proceso, por lo que no ha sido público, controvertido y sopesado por el funcionario administrativo ni judicial para determinar su valor, incidencia e importancia en la orden a adoptar.

Por último, enunció otros defectos de los que, a su juicio, adolece la decisión del a-quo, a saber: (i) el juez que realiza una homologación actúa como juez constitucional y, por eso, la decisión adoptada no puede ser revisada por otro juez de la misma categoría; (ii) la providencia que decidió la homologación se encuentra debidamente ejecutoriada, por lo que resulta intangible y (iii) el juez de primera instancia omitió en la parte resolutive del fallo determinar el derecho tutelado, pues únicamente amparó los derechos fundamentales

de la niña, sin individualizarlos.

2.2.2. El Juzgado accionado también impugnó el fallo de primera instancia sin aducir las razones de su inconformidad

2.3. Segunda instancia

En sentencia de 2 de julio de 2015, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de primera instancia, al considerar que no se advierte vulneración alguna de las garantías fundamentales invocadas en favor de la niña, ya que las autoridades demandadas llevaron a cabo sus actuaciones con sujeción a la normatividad procesal.

Al respecto, se consideró que la Comisaría declaró cerrada la etapa probatoria y profirió la decisión de mérito el 6 de enero de 2015, por lo que no le era posible extender el término para decidir esperando a que todas las pruebas ordenadas fueran allegadas. Por esta razón, en criterio del Alto Tribunal, no era exigible que se aguardara la decisión penal sobre el presunto delito cometido en contra de la niña, ni el informe psicológico de la Asociación Creemos en Ti, el cual, por lo demás, no era indispensable para dirimir la controversia. Sobre el particular, se enfatizó en que dicho informe era una prueba clínica y no forense, como en efecto lo fue la valoración médico legal practicada a la niña, en la cual no se determinó que fuese necesario suspender las visitas del padre a su hija.

Finalmente, se concluyó que en este caso la Comisaría de Familia de YY y la autoridad judicial demandada realizaron una valoración ponderada, motivada y razonada acerca del valor de cada una de las pruebas obrantes en el expediente, al igual que efectuaron una interpretación razonada de las normas y posturas jurisprudenciales que sustentaron su decisión, por lo que no puede alegarse ningún defecto que haga procedente la acción de tutela contra providencias judiciales.

III. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

- Copia del acta de conciliación extraprocesal realizada el 3 de junio de 2014 en la Comisaría de Familia de YY, en la que se determinó la cuota alimentaria a favor de Sandra y el régimen de visitas.
- Copia de la resolución dictada el día 7 de julio de 2014 por la Comisaría de Familia de YY,

en la que se decide que las visitas del padre a su hija deberán ser supervisadas por la abuela paterna.

- Copia del formato único de noticia criminal del 8 de julio de 2014, en el que consta la denuncia realizada por la señora María en contra del señor Santiago, por presuntos actos sexuales en menor de 14 años.

- Copia de la resolución dictada el 10 de julio de 2014 por la Comisaría de Familia de YY, en la que se decide suspender temporalmente las visitas del padre a su hija.

- Registro de la visita social domiciliaria realizada en la residencia del abuelo paterno de Sandra, el 12 de noviembre de 2014 por la Comisaría de Familia de YY.

- Registro de la visita social domiciliaria realizada en la residencia de la abuela paterna de Sandra, el 12 de noviembre de 2014 por la Comisaría de Familia de YY.

- Copia del observador académico de Sandra en el Jardín LL del período 2013-2014.

- Copia del acta de no conciliación del día 20 de agosto de 2015 llevada a cabo en la Fiscalía General de la Nación, por una querrela interpuesta por el señor Santiago contra la señora María, en la que no se especifica el delito.

- Copia del informe psicosocial realizado el 18 de noviembre de 2014 por una trabajadora social y una psicóloga de la Comisaría de Familia de YY, en el que se recomienda que “antes de tomar cualquier medida [se tenga] en cuenta informe de seguimiento del proceso psicológico que se viene adelantado por los profesionales de la Asociación Creemos en Ti.”

- Copia del fallo de segunda instancia proferido el 18 de febrero de 2015 por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de ZZ, con ocasión de la acción de tutela interpuesta por la señora María, en la que se pidió que se mantuviera la suspensión de las visitas del padre a la niña, en virtud de la decisión inicialmente adoptada el 6 de noviembre de 2014.

- Copia de la Resolución 001 del 6 de enero 2015 proferida por la Comisaría de Familia de YY, en la que se decidió el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

- Copia de la homologación a la Resolución 001 de 2015, dictada el 24 de abril de 2015 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ.
- Copia del informe presentado el 11 de marzo de 2015 por la monitorea de ruta de Sandra.
- Copia del informe de seguimiento del 15 de mayo de 2015 al proceso psicológico de Sandra, suscrito por una psicóloga encargada del caso en la Asociación Creemos en Ti.

IV. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

4.1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas en el trámite de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

4.2. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

4.2.1. En Auto del 1º de septiembre de 2015, como medida provisional, la Sala de Revisión dispuso que, mientras se tramitaba la revisión de la presente acción de tutela, se oficiara a la Comisaría de Familia para que autorizara las visitas a Sandra por parte del señor Santiago, de manera asistida por el equipo psicosocial de dicha Comisaría, las cuales debían realizarse en las instalaciones de ese despacho y en la ludoteca municipal por espacio de dos horas y treinta minutos, un día a la semana, según el horario que acuerden los padres de la niña. En oficio del 8 de septiembre de 2015, la Secretaría General de esta Corporación informó que se dio cumplimiento al citado auto.

4.2.2. En Auto de la misma fecha, a través de la Secretaría General de esta Corporación, el Magistrado Sustanciador dispuso que se oficiara al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, con el fin de que se allegara a la Corte el expediente en el que reposa el proceso de homologación de la Resolución 001 del 6 de enero de 2015, proferida por la Comisaría de Familia de YY.

Sobre el particular, en oficio del 14 de septiembre de 2015, el citado juzgado informó que el

proceso se encontraba en el Juzgado Promiscuo Municipal de YY, a quien le hizo extensiva la solicitud realizada. Por ello, en cumplimiento de la orden dispuesta por esta Corporación, esta última autoridad envió el expediente solicitado, en el que se incluyen –entre otras– las siguientes piezas procesales[20]:

- El cuaderno 1 correspondiente al proceso administrativo en el que consta el dictamen forense integral en la investigación de delitos sexuales realizado a Sandra el 7 de julio de 2014, por un médico perito del Hospital JJ.
- El cuaderno 2 en el que obran copias que en su momento fueron enviadas por la Comisaría de Familia de YY a Medicina Legal.
- El cuaderno 3 en el que se encuentran las actuaciones realizadas por la Comisaría de Familia, después de que fuera enviado el cuaderno principal para el trámite de homologación al Juzgado Primero Promiscuo de ZZ. Al respecto se destacan los siguientes documentos: (i) informe de seguimiento de noviembre de 2014 al proceso psicológico de Sandra, suscrito por una psicóloga encargada del caso en la Asociación Creemos en Ti; (ii) informe de seguimiento del 13 de febrero de 2015, igualmente suscrito por una psicóloga encargada del caso en la Asociación en mención; (iii) traslado realizado por una Fiscal Seccional, en el que se informa de un comportamiento sexualizado por parte de la niña, el cual fue grabado por la accionante y obra en un CD que reposa en la citada entidad; (iv) informe de cierre del 27 de febrero de 2015 del proceso psicológico por cumplimiento de objetivos, como ya se dijo, suscrito por una psicóloga encargada del caso en la Asociación Creemos en Ti.

Aunado a lo anterior se encuentra: (v) Resolución de la Comisaría de Familia de YY del 18 de marzo de 2015, en la cual se ordena a la Asociación Creemos en Ti, remitir un informe pormenorizado sobre los adelantos que se han efectuado en la niña para que, de acuerdo con lo observado, aconseje si es necesario suspender o no las visitas del padre; y (vi) un informe del proceso psicológico de Sandra del 17 de abril de 2015, con posterioridad al documento de cierre, en el que una psicóloga encargada del caso da a conocer una entrevista realizada con la niña el 16 de abril de 2015, en el que se concluye que se deben suspender las visitas, hasta tanto se decida en un proceso penal si el padre de Sandra realizó actos sexuales en su contra[21]. En el documento se encuentra un sello de recibido

del 21 de abril de 2015 por parte del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ.

- Los cuadernos 4 y 5 corresponden a las actuaciones surtidas en el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, entre las que se encuentran las siguientes: (i) Auto del 28 de enero de 2015, mediante el cual el juzgado en mención ordenó la devolución inicial del expediente a la Comisaría de Familia, por cuanto la Resolución 001 de 2015 no fue notificada; (ii) Auto de admisión al proceso de homologación de la citada Resolución proferido el 7 de abril de 2015; y (iii) Auto del 27 de mayo de 2015, en el que se da cumplimiento al fallo de tutela de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial Cundinamarca, en el sentido de dejar sin efectos la Resolución 001 de 2015 y disponiendo el envío del expediente al Juzgado Promiscuo Municipal de YY, toda vez que la Comisaría de Familia perdió competencia para seguir conociendo del asunto, al haberse vencido el término para fallar.

e) El cuaderno 6 que incluye las copias para el traslado.

4.2.3. Finalmente, en escrito enviado a esta Corporación el día 16 de septiembre de 2015, la apoderada del señor Santiago reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la acción de tutela y en la impugnación del fallo del a-quo. Además de lo anterior, enfatizó que en el caso sub-judice no se cumplen con todos los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en tanto frente a los requisitos generales, no existió una irregularidad procesal y la accionante no identificó los yerros en que incurrió la autoridad judicial; y frente a los específicos, no se probó ni alegó su ocurrencia.

Por otro lado, resaltó la importancia que esta Corporación le ha dado al derecho de los niños a tener contacto con su familia y a no ser separados de ella. Con fundamento en lo anterior, solicitó confirmar la decisión del ad-quem, que revocó la sentencia de primera instancia y negó el amparo.

4.3. Aspectos preliminares

4.3.1. Ausencia de temeridad

4.3.1.1. El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 estableció la figura de la temeridad, con miras a impedir la afectación en la administración de justicia en lo que se refiere al ejercicio

de la acción de tutela, cuyo funcionamiento se vería perjudicado cuando una persona, sin una justificación razonable, elevase la misma causa ante jueces de la República, contra las mismas partes y buscando la satisfacción de idénticas pretensiones. Al respecto, la norma en cita expresamente señala que:

“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazará o decidirá desfavorablemente todas las solicitudes. // El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.”

Como se infiere de la norma transcrita, para que exista una actuación temeraria es necesario que concurren tres elementos: identidad de causa, identidad de partes e identidad de objeto. Precisamente, en la Sentencia T-727 de 2011[22], se explicó que existe (i) una identidad de causa, cuando las acciones se fundamentan en unos mismos hechos que le sirven de origen[23]; (ii) una identidad de objeto, cuando las demandas buscan la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental[24]; y (iii) una identidad de partes, cuando las acciones se dirijan contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado[25].

Con todo, la sola concurrencia de tales elementos no conlleva el surgimiento automático de la temeridad, pues el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 exige que el accionante carezca de un motivo justificado y razonable para incoar de nuevo la acción constitucional. De darse los elementos expuestos, dependiendo de la instancia en que se encuentre el trámite de la acción, se podrán rechazar o decidir desfavorablemente las demandas de amparo que hayan incurrido en temeridad.

4.3.1.2. En el asunto sub-examine y respecto de la acción de tutela interpuesta igualmente por la señora María en el año 2014, señalada en los acápite de antecedentes y de pruebas[26], observa la Corte que no concurren las tres identidades que configuran la

temeridad, por cuanto a pesar de la similitud en el objeto[27], en la parte accionante y en una de las partes demandadas[28], no se acredita la identidad en la causa. Precisamente, la tutela mencionada se presentó con miras a cuestionar la decisión provisional dictada por la Comisaría de Familia el 6 de noviembre de 2014, a través de la cual se permitieron las visitas de Santiago a Sandra, mientras se encontraba en curso el proceso administrativo de restablecimiento de derechos; al tiempo que los acontecimientos que originan la acción sometida a revisión se orientan a discutir la validez de la homologación que realizó el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, al régimen de visitas adoptado en la Resolución 001 de 2015 por la citada Comisaría, en esencia, como lo encausa el juez de primera instancia, por no haberse emitido pronunciamiento alguno frente al informe presentado el día 17 de abril de 2015 por la Asociación Creemos en Ti, en el cual se sugiere suspender las visitas del padre a la niña.

4.3.2. Delimitación del caso

4.3.2.1. Dentro del ámbito de competencia del juez de tutela para delimitar el objeto de la controversia[29], es preciso establecer que, así no lo ponga de presente la accionante, en este caso el amparo propuesto está básicamente dirigido a cuestionar una providencia judicial. En efecto, como se deriva de los antecedentes y de lo resuelto por los jueces de instancia, aun cuando la señora Sandra interpuso la tutela contra la Comisaría de Familia de YY y el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, lo cierto es que –como ya se dijo– la discusión se centra en el examen de validez constitucional de la decisión adoptada por esta última autoridad en providencia del 24 de abril de 2015, en la que se homologó la ponderación realizada por la referida autoridad administrativa respecto del señalamiento del régimen de visitas, al concluir el proceso de restablecimiento de derechos de Sandra, con ocasión de los presuntos actos sexuales abusivos cometidos por parte del señor Santiago. Lo anterior exige, en los términos de la jurisprudencia reiterada de la Corte, que se verifique el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, como más adelante se realizará.

Sobre el particular, es preciso distinguir entre el control que se encuentra a cargo de los defensores y comisarios de familia, cuya competencia apunta a la resolución del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, frente al papel que cumplen los jueces de familia encargados de decidir sobre la homologación de dicha

resolución, que involucra un control tanto formal como material respecto de la determinación adoptada en sede administrativa, según se explicará más adelante. En consecuencia, una vez se surte esta última actuación y por razones de subsidiaridad, no cabe que se controvierta de forma directa ante los jueces de tutela ni lo resuelto en sede administrativa ni las eventuales irregularidades en que se pudo incurrir en dicho trámite, pues cualquier deficiencia u omisión que allí se haya presentado y que tenga la entidad de afectar el debido proceso (CP art. 29), debió ser puesta a consideración de los jueces de familia por los interesados o, si es del caso, debió ser objeto de corrección material, lo que centra la discusión en esta última decisión y no en lo ocurrido con anterioridad.

De ahí que no cabe un examen de la actuación surtida por la Comisaría de Familia, por una parte, porque ya operó una instancia de control ante el juez de familia; y por la otra, porque de concederse la protección solicitada respecto del fallo demandado, se habilitaría un nuevo escenario para que se revise y, dado el caso, se adopte una nueva determinación en relación con el restablecimiento de los derechos de Sandra.

Ante esta realidad, se entiende que es ajeno a los jueces de tutela la posibilidad de pronunciarse de forma directa y definitiva sobre la consagración del régimen de visitas, ya que dicha atribución le compete a los defensores y comisarios de familia, al tener bajo su cargo la definición sobre el restablecimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes[30], atribución que puede ejercerse en cualquier momento y cuyas decisiones permiten su revisión permanente ante la ocurrencia de hechos que alteren las circunstancias que dieron origen al régimen que se encuentre vigente[31]. Por consiguiente, como ya se dijo y por las razones expuestas, esta Sala centrará el examen de validez constitucional en la decisión adoptada el 24 de abril de 2015 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, por virtud de la cual se homologó el régimen de visitas que permite que la niña permanezca en compañía del señor Santiago durante fines de semanas cada quince días.

4.3.2.2. Por otra parte, a pesar de que la actora también propone el amparo de los derechos de su hija a la vida, a la igualdad, a la integridad física, a la protección contra toda forma de violencia física, moral y de abuso sexual, a la verdad, a la justicia y a la reparación, es claro que la controversia constitucional que se invoca apunta principalmente a verificar la ocurrencia de un defecto en la decisión adoptada por el Juzgado demandado, que convalidó

la decisión administrativa adoptada por la Comisaría de Familia respecto del régimen de visitas. Precisamente, las deficiencias que se exponen frente al fallo cuestionado, en palabras de la accionante, suponen no haber considerado “nuevos acontecimientos y las recomendaciones del equipo PSICOSOCIAL de la asociación ‘CREEMOS EN TI’, como es aquella de suspender [las] visitas”, esto es, en términos del juez de primera instancia, no haber valorado el informe que presentó la citada Asociación sobre la entrevista realizada a Sandra el 16 de abril 2015, al momento de decidir sobre la homologación de la Resolución 001 del año en cita.

Cabe recordar que el citado informe no fue objeto de estudio al momento de proferir la Resolución, pues su arribo al proceso se originó como consecuencia de las actuaciones posteriores de la Comisaría de Familia, en concreto del acatamiento de una orden dictada por dicha autoridad el 18 de marzo de 2015, en la que se le pide a la Asociación que remita un informe pormenorizado sobre los adelantos que se han efectuado en la niña para que, de acuerdo con lo observado, aconseje si es necesario o no suspender las visitas del padre. Esta orden se originó a raíz de la grabación en la que Sandra relata el presunto acto sexual en su contra, así como de algunos comportamientos sexualizados realizados en la ruta de su colegio.

Lo anterior plantea una discusión sobre la existencia de un posible defecto orgánico, pues deberá definirse si el juez de familia tenía competencia para fallar la homologación, cuando tuvo conocimiento de un material probatorio que tenía la capacidad de incidir en la determinación del régimen de visitas y que no fue valorado por parte de la autoridad encargada para dichos efectos.

4.3.2.3. Por lo demás, y siguiendo lo expuesto, cabe aclarar que aun cuando el problema se enfoca principalmente en una controversia relacionada con el respeto del debido proceso, y es allí en donde la Sala centrará su objeto de estudio, no es posible desligar de forma total su protección del resto de derechos invocados, ya que el amparo solicitado se encuentra estrechamente vinculado, por el tipo de procedimiento que es objeto de verificación, esto es, la homologación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, con la salvaguarda de la vida e integridad física, y con la proscripción de toda forma de violencia física, moral y de abuso sexual contra los niños y las niñas[32]. Este aspecto, como se verá más adelante, adquiere especial importancia en lo que atañe al examen de la relevancia y

trascendencia constitucional del caso.

En conclusión, y sin perjuicio de la referencia que en esta providencia se haga al peso y valor que tienen algunos derechos de los menores de edad, tales como la vida, la integridad y la proscripción de toda forma de violencia, dentro del contexto del derecho a compartir con sus padres y a tener una familia, es innegable que –como ya se explicó– del examen lógico de lo alegado por la actora y de la interpretación que hacen los jueces de primera y segunda instancia, se entiende que esta acción realmente cuestiona el fallo adoptado por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, que homologó la Resolución 001 de 2015 de la Comisaría de Familia de YY, por desconocer el contenido y alcance del derecho fundamental al debido proceso, en el trámite de homologación judicial del proceso de restablecimiento de derechos.

4.4. Problema jurídico y esquema de resolución

4.4.1. De acuerdo con la delimitación del caso realizada en el acápite anterior, el problema jurídico que surge en el asunto sub-judice, se centra en resolver si el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ vulneró el derecho al debido proceso de Sandra, como consecuencia de su decisión de homologar la Resolución 001 de 2015 proferida por la Comisaría de Familia de YY, a través de la cual se autorizó el régimen de visitas que permite que el señor Santiago comparta directamente con la niña los fines de semana cada quince días, bajo la supervisión permanente de los abuelos paternos[33]. En este orden de ideas, la Sala deberá determinar si la citada autoridad judicial era competente para decidir sobre la homologación, cuando después de concluido el proceso de restablecimiento de derechos, se incorporó en sede judicial un elemento probatorio con la virtualidad de incidir en la definición del régimen de visitas y que no fue valorado por parte de la autoridad encargada para dichos efectos, esto es, por la Comisaría de Familia.

Se recuerda que el material probatorio que no fue objeto de estudio por parte de la Comisaría de Familia de YY, consiste en el informe de la Asociación Creemos en Ti, encargada del proceso de seguimiento, valoración médica y examen terapéutico de la niña, en el que se reporta una entrevista realizada a Sandra el 16 de abril de 2015, a partir de la cual, para la psicóloga encargada, se deriva la necesidad de suspender las visitas del padre.

4.4.2. Para dar respuesta al citado problema jurídico, inicialmente esta Sala de Revisión (i) se pronunciará sobre los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, luego de lo cual estudiará si dichos requisitos se cumplen en el asunto objeto de estudio. A continuación, y si es del caso, (ii) hará una breve exposición sobre las causales específicas de procedibilidad del amparo contra fallos judiciales, para lo cual se detendrá en el análisis del defecto orgánico.

En seguida, y sólo si es necesario proceder al examen de fondo, la Sala de Revisión proseguirá con (iii) una explicación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y su homologación judicial, incluyendo (iv) una referencia al alcance del interés superior de los niños. En relación con lo anterior se desarrollará (v) un acápite orientado a determinar algunas particularidades de la violencia sexual infantil y (vi) el derecho de los menores de edad a compartir con sus padres y a tener una familia desde una perspectiva de género. Una vez agotado el examen de los asuntos propuestos, (vii) se procederá a la resolución del caso concreto.

4.5. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

4.5.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario de defensa judicial, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en los casos previstos en la Constitución y en la ley.

Tal como se estableció en la Sentencia C-543 de 1992[34], por regla general, el amparo es improcedente cuando se pretenden cuestionar fallos judiciales, en respeto a los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía judicial y a la garantía procesal de la cosa juzgada. Al respecto, en dicho fallo se sostuvo que:

“La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus

derechos esenciales.

Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho.”

Sin embargo, en dicha oportunidad, también se estableció que de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, “no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales”[35]. En este sentido, si bien se entendió que en principio la acción de amparo no procede contra providencias judiciales, excepcionalmente es viable su uso como mecanismo subsidiario de defensa judicial, cuando de la actuación judicial se produzca la violación o amenaza de un derecho fundamental.

Se trata entonces de un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales la tornan incompatible con los mandatos previstos en el Texto Superior. Por esta razón, la acción de tutela contra providencias judiciales es concebida como un “juicio de validez”[36], lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho que dieron origen a un litigio, más aún cuando las partes cuentan con los recursos judiciales, tanto ordinarios como extraordinarios, para controvertir las decisiones que estimen arbitrarias o que sean incompatibles con la Carta. No obstante, pueden subsistir casos en que agotados dichos recursos, persiste la arbitrariedad judicial, hipótesis en la cual, como ya se dijo, se habilita el uso del amparo tutelar.

4.5.2. En desarrollo de lo expuesto, la Sala Plena de esta Corporación, en la Sentencia C-590 de 2005[37], estableció un conjunto sistematizado de requisitos de naturaleza sustancial y procedimental, que deben ser acreditados en cada caso concreto, como presupuestos

ineludibles para la protección de los derechos afectados por una providencia judicial. Dichos requisitos fueron divididos en dos categorías, aquellos generales que se refieren a la procedibilidad de la acción de tutela, y aquellos específicos que se relacionan con la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso.

Los requisitos de carácter general, conforme se expuso, se refieren a la viabilidad procesal de la acción de tutela contra providencias judiciales y son esenciales para que el asunto pueda ser conocido de fondo por el juez constitucional. La verificación de su cumplimiento es, entonces, un paso analítico obligatorio, pues, en el evento en que no concurran en la causa, la consecuencia jurídica es la declaratoria de su improcedencia. Lo anterior, corresponde a una consecuencia lógica de la dinámica descrita vinculada con la protección de la seguridad jurídica y la autonomía de los jueces, ya que la acción de amparo no es un medio alternativo, adicional o complementario para resolver conflictos jurídicos. Por el contrario, en lo que respecta a los requisitos de carácter específico, se trata de defectos en sí mismos considerados, cuya presencia conlleva el amparo de los derechos fundamentales, así como a la expedición de las órdenes pertinentes para proceder a su protección, según las circunstancias concretas de cada caso.

4.6. Estudio de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

4.6.1. La Corte ha identificado los siguientes requisitos generales, que, según lo expuesto, habilitan la procedencia de la acción de amparo, a saber: (i) que la cuestión discutida tenga relevancia y trascendencia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; (iii) que la acción se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, es decir, que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (iv) que la irregularidad procesal alegada, de existir, tenga un impacto decisivo en el contenido de la decisión; (v) que el actor identifique los hechos constitutivos de la vulneración y que, en caso de ser posible, los hubiese alegado durante el proceso judicial en las oportunidades debidas; y (vi) que no se trate de una sentencia de tutela[38].

4.6.2. Con fundamento en lo anterior y en relación con el caso sub-judice, esta Corporación pasará a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en los términos previamente expuestos.

En este contexto, y conforme se dijo con anterioridad, obsérvese cómo si bien la protección solicitada tiene una incidencia directa en el debido proceso, su importancia va más allá de dicha garantía, pues también repercute de forma indirecta en la salvaguarda de otros derechos fundamentales de Sandra, como ocurre con la integridad física, psicológica y sexual, al constituir precisamente su defensa uno de los propósitos del referido proceso de restablecimiento de derechos, en los términos señalados en el citado artículo 50 de la Ley 1098 de 2006[39].

De esta manera, aun cuando el amparo busca determinar si el juez de familia es competente o no para proferir un fallo de homologación cuando, después de terminado el proceso de restablecimiento de derechos, se allega en sede judicial un elemento probatorio con impacto en la decisión administrativa que no fue valorado en dicha instancia; es claro que el asunto sometido a examen tiene mayor incidencia, trascendencia y relevancia constitucional, pues su definición se relaciona transversalmente con el mandato genérico previsto en la Carta, por virtud del cual es obligación del Estado asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes, y garantizar su desarrollo armónico e integral[40].

4.6.2.2. En lo que atañe al agotamiento previo de los otros mecanismos de defensa judicial, se observa que la accionante utilizó todas las herramientas procesales que tenía a su alcance para lograr la protección de los derechos de su hija. Precisamente, por un lado, agotó las instancias administrativas frente a la Comisaría de Familia de YY, a través del inicio del proceso de restablecimiento de los derechos de la niña y, por el otro, acudió a la solicitud de homologación ante el juez de familia, como autoridad encargada de establecer en única instancia si la resolución administrativa proferida por la Comisaría[41], cumple con los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, incluso en lo que respecta a las exigencias de tipo sustancial, esto es, “establecer si la decisión no viola derechos fundamentales de los menores sometidos a la decisión, o lo que es lo mismo, establecer si la medida adoptada es oportuna, conducente y conveniente según las circunstancias especialísimas que rodean al niño”[42].

Es en esta última actuación en la que se encuentra el vicio que se alega en el asunto sometido a examen, pues se discute si existe o no un posible defecto orgánico, bajo la consideración de que el juez de familia no podía resolver la homologación, cuando tuvo conocimiento en sede judicial de un material probatorio que tenía la capacidad de incidir en la determinación del régimen de visitas y que no fue valorado por la autoridad competente para dichos efectos. Como se observa, se trata de una deficiencia originada en la última actuación surtida, la cual, como ya se dijo, es de una única instancia, por lo que frente a ella no existe otro medio de defensa judicial, con excepción del amparo constitucional.

Por lo demás, no sobra aclarar que la accionante al iniciar el proceso de restablecimiento de derechos de su hija, interpuso de manera simultánea una denuncia que, según el material probatorio que obra en el expediente, cursa actualmente en la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía 229 Seccional de AA, proceso en el que se definirá si el señor Santiago cometió la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años. Por lo anterior y como se verá más adelante, se advierte que el objeto de esta acción de tutela no es establecer la responsabilidad penal del padre de la niña, sino pronunciarse sobre las posibles irregularidades presentadas en el trámite de homologación[43].

4.6.2.3. Con respecto a la inmediatez, este Tribunal observa que transcurrió menos de un mes entre la fecha en la que el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ profirió el fallo cuestionado y el momento en el que se interpuso la presente acción de tutela, de donde se infiere que se trata de un término razonable y oportuno para el ejercicio del amparo constitucional[44].

4.6.2.4. El defecto alegado por la accionante, originado en que no se tuvo en cuenta el informe en el que se incluyen “nuevos acontecimientos y las recomendaciones del equipo PSICOSOCIAL de la Asociación CREEMOS EN TI”, tiene la entidad suficiente, de existir, para generar un eventual impacto en el contenido de la decisión adoptada, toda vez que –siguiendo la delimitación del caso– se advierte que la existencia de dicho informe, añadido en sede judicial, plantea interrogantes sobre la competencia de Juez de Familia para proferir una decisión de homologación (defecto orgánico), cuando el mismo no fue valorado por la Comisaría de Familia de YY, pese a tener la virtualidad de incidir en el régimen de visitas. En efecto, en él se sugiere “suspender visitas con el padre, teniendo en cuenta que es un factor de riesgo debido al proceso en trámite por presuntos actos sexuales hacia la niña”.

En este punto cabe resaltar que fue como consecuencia de la ausencia de elementos probatorios que permitiesen determinar alguna irregularidad en el comportamiento del padre de Sandra, que la Comisaría de Familia decidió autorizar el régimen de visitas de los fines de semana cada quince días, por lo que la valoración del informe de la Asociación Creemos en Ti, sin perjuicio del deber de apreciar los distintos elementos de convicción en su conjunto, pudo conducir a una decisión administrativa diferente.

4.6.2.5. Esta Sala encuentra que el hecho constitutivo de la vulneración alegada se encuentra fácticamente identificado por la accionante, lo que llevó a esta Sala a encuadrarlo jurídicamente en un posible defecto orgánico. Sin embargo, y por obvias razones, no se encuentra que el mismo hubiese sido invocado durante el curso del proceso de homologación, ya que su supuesta ocurrencia tan sólo se presentó con la expedición de la sentencia definitiva, como previamente se explicó. Por lo demás, recuérdese que al tratarse de un proceso de única instancia, frente a dicha decisión no cabe recurso alguno[45].

4.6.2.6. Por último, comoquiera que se controvierte el fallo proferido en el desarrollo de un proceso judicial de homologación, respecto de la resolución adoptada en un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, también se cumple con el requisito atinente a que no se trate de sentencias de tutela.

En consecuencia, a partir de lo expuesto, la Sala constata que se cumplen los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela, por lo que se pasará al examen de los requisitos específicos que, como ya se señaló, permiten la prosperidad del amparo solicitado.

4.7. Estudio sobre los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Del defecto orgánico

4.7.1. En cuanto a los requisitos específicos de procedencia, como se explicó en el acápite 4.5.2 de esta providencia, se trata de exigencias que se relacionan con la caracterización de los defectos que conducen al desconocimiento de los derechos fundamentales, especialmente del derecho al debido proceso. Dichos vicios han sido unificados en las

siguientes causales de procedibilidad: el defecto orgánico, el defecto sustantivo, el defecto procedimental absoluto, el defecto fáctico, el error inducido, la decisión sin motivación, el desconocimiento del precedente constitucional y la violación directa de la Constitución.

4.7.2. En esta oportunidad, a partir de las razones que justifican el amparo propuesto, le corresponde a la Corte pronunciarse sobre el defecto orgánico, pues el vicio alegado por la accionante consiste en que el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, no podía homologar el régimen de visitas adoptado por la Comisaria de Familia de YY, sin tener en cuenta los “nuevos acontecimientos y las recomendaciones del equipo PSICOSOCIAL de la Asociación CREEMOS EN TI”, recomendaciones que como se advirtió en la delimitación del caso sometido a controversia[46], fueron allegadas en sede judicial y no fueron valoradas por la citada autoridad administrativa, pese a tener la capacidad de incidir en el régimen de visitas, al concluir que las mismas se deben suspender. Lo anterior, como se dijo, debe ser entendido a partir de la discusión sobre la eventual falta de competencia del juez para homologar una decisión administrativa, cuyo sustento fáctico varió en razón de la aparición de una nueva prueba que daría cuenta de la ocurrencia de unos hechos que tendrían la virtualidad de incidir en el régimen de visitas, cuya definición le compete adoptar a los comisarios de familia.

4.7.3. Sobre el defecto orgánico, esta Corporación ha señalado que se presenta cuando el funcionario que profiere la decisión acusada carece en forma absoluta de competencia para hacerlo[47]. En ese sentido, la configuración de este defecto, permite la realización de una garantía del debido proceso que consiste en el derecho al juez natural y que encuentra su base normativa en el artículo 29 constitucional[48], cuando establece que el juzgamiento deberá darse ante un juez o tribunal competente[49].

Para esta Corte, la incompetencia de un funcionario judicial al proferir una decisión configura un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso, en tanto “tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para la autoridad pública que administra justicia, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen”[50].

En desarrollo de lo expuesto, entre otras, la Corte ha precisado que este defecto se

presenta (i) cuando el juez carece absolutamente de competencia para conocer y definir un asunto; (ii) cuando asume una competencia que no le corresponde o (iii) cuando adelanta una actuación por fuera de los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico para llevarla a cabo.[51]

4.7.4. Con fundamento en lo anterior, a juicio de este Tribunal, es claro que se incurre en una violación del derecho al debido proceso[52], en aquellos casos en que el juzgador profiere una decisión careciendo de competencia para ello, toda vez que se desconoce la garantía a ser juzgado por el juez natural de la causa.

4.8. Del proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños y su homologación ante el juez de familia

4.8.1. Siguiendo lo expuesto por esta Sala de Revisión en la Sentencia T-212 de 2014[53], se tiene que el Código de la Infancia y la Adolescencia[54], en los artículos 50 y 51, dispone que el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una obligación del Estado que consiste en la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de su capacidad de hacer un ejercicio efectivo de las prerrogativas que le han sido desconocidas.

Con miras a definir las medidas pertinentes para restablecer los derechos de los niños y las niñas, la autoridad competente debe verificar las siguientes circunstancias[55]: (i) su salud física y psicológica; (ii) su estado de nutrición y vacunación; (iii) su inscripción en el registro civil de nacimiento; (iv) la ubicación de su familia de origen; (v) el estudio de su entorno familiar e identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de sus derechos; (vi) su afiliación al sistema de seguridad social; y (vii) su vinculación al sistema educativo.

Una vez determinada la situación real del niño, la autoridad competente deberá adoptar las medidas de restablecimiento más convenientes, que pueden ser provisionales o definitivas, y son: (i) amonestación; (ii) retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar, e ingreso en un programa de atención especializada; (iii) ubicación inmediata en medio familiar, ya sea con su familia extensa[56], en hogar de paso cuando no aparecen parientes o personas que puedan cuidar del menor de edad[57], o en hogar sustituto, es

decir, en una familia que se comprometa a brindarle el cuidado y atención necesaria en sustitución a sus parientes de origen[58]; (iv) ubicación en centros de emergencia para los casos en los que no procede ubicación en los hogares de paso; (v) adopción; y (vi) las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños.

4.8.2. En lo que atañe al procedimiento propiamente dicho, se tiene que el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006 prescribe que la actuación administrativa podrá iniciarse a petición del representante legal del menor de edad, de la persona que lo tenga bajo su cuidado, del niño, niña o adolescente, o de oficio; momento en el que la autoridad competente deberá dar inicio a la apertura de la investigación, para lo cual le compete ordenar la identificación y citación de los representantes legales del menor de edad, de las personas responsables de su cuidado y de los implicados en la violación o amenaza de sus derechos, así como adoptar las medidas provisionales de urgencia y la práctica de pruebas necesarias para esclarecer los hechos que configuran la supuesta violación.

Posterior a la apertura de la investigación, el artículo 100 de la ley en cita establece que deberá surtirse una audiencia de conciliación, cuando el asunto sea de libre disposición. Fracasado dicho intento o en aquellos casos en que no proceda la citada instancia, mediante resolución motivada, le asiste a la autoridad la carga de disponer las obligaciones de protección a favor del niño, niña o adolescente, incluyendo el señalamiento del régimen provisional de “alimentos, visitas y custodia”.

El artículo en comento prescribe que deberá proferirse la resolución definitiva dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o de la apertura de la investigación, con la posibilidad excepcional de ampliar el término para fallar por dos meses más, sin que en ningún caso exista nueva prórroga. Dicha resolución, según el artículo 101, deberá contener la síntesis de los hechos en que se funda, el examen crítico de las pruebas y los fundamentos jurídicos de la decisión.

4.8.3. Contra la decisión que pone fin al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes se podrá interponer recurso de reposición y/o solicitud de homologación, cuando alguna de las partes o el Ministerio Público lo requiera “con expresión de las razones en las que se funda la inconformidad”. Para efectos

de lo anterior, tanto la autoridad administrativa al resolver el recurso de reposición, como el juez de familia al solventar la homologación, tendrán diez días.

4.8.4. Comoquiera que sobre este último proceso no existe regulación legal, más allá del señalamiento del término para adoptar la decisión, es preciso acudir a la jurisprudencia para verificar cuál es el alcance que se le ha dado a la figura de la homologación.

En un primer momento, cuando se encontraba en vigencia el Código del Menor[59], en lo que se refiere a la declaración de abandono realizada por los defensores de familia, cuya decisión podía ser homologada ante los jueces de la misma especialidad, esta Corporación le dio un alcance restringido, pues entendió que a esta última autoridad únicamente le asistía la función de realizar un control de legalidad, con el objeto de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que hubiere podido incurrir la autoridad administrativa. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-079 de 1993[60], se dijo que: “Aunque el trámite de la homologación tiene por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, al juez le está vedado examinar el fondo de la decisión. Contra la sentencia de homologación no procede recurso alguno (C. del M., art. 63).”

Posteriormente, y a partir de la sentencia del 30 de junio de 2005 de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá[61], se presentó una nueva postura que entendía que la homologación que realizaba el juez de familia, también abarcaba un control material[62]. Precisamente, esta Corporación varió su posición inicial, incluyendo la verificación acerca de si la actuación del defensor o comisario de familia atiende el interés superior del niño, niña o adolescente. En palabras de la Corte, según lo manifestado en la Sentencia T-671 de 2010[63], “el asunto merece la mayor consideración y adecuado escrutinio de la autoridad judicial con el fin de que exista claridad sobre la real garantía de los derechos fundamentales del niño, la niña o el adolescente involucrado y de su interés superior.”[64]

4.8.5. Visto lo anterior, no cabe duda de que en la actualidad la solicitud de homologación envuelve no sólo un control formal derivado del respeto de las reglas de procedimiento que rigen el trámite de restablecimiento de derechos, sino también un examen material dirigido a confrontar que la decisión adoptada en sede administrativa sea razonable, oportuna y

conducente para proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, en términos acordes con el interés superior de los menores de edad. Sobre este punto, no sobra recordar que uno de los fines del Estado, es garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (CP art. 2) y que, en el caso de los menores de edad, por su propia naturaleza, aquellos tienen un carácter prevalente (CP art. 44).

4.9. Del interés superior de los niños y niñas

4.9.1 A partir de los instrumentos internacionales que consagran la especial protección que merecen los derechos de los niños, niñas y adolescentes[65] y del artículo 44 del Texto Superior que establece la prevalencia de sus derechos sobre los de los demás, la jurisprudencia ha construido toda una doctrina orientada a dotar de contenido a este postulado constitucional, con miras a asegurar su realización en casos concretos.

Inicialmente se ha fundamentado la necesidad de protección de los niños y niñas y adolescentes en el hecho de que aun no cuentan con la madurez física y mental de un adulto, lo cual los hace vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos[66]. Esta realidad demanda una especial consideración a su favor, por virtud de la cual se les otorga un trato privilegiado y de protección en su proceso de desarrollo, con la finalidad de brindarles las condiciones necesarias que les permitan convertirse en miembros autónomos dentro de la sociedad. Sobre el contenido del interés superior del menor, en la Sentencia T-117 de 2013[67], esta Corporación puntualizó:

“En consecuencia, existe un consenso entre la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, generando un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto privilegiado y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que ellos se hallan.

En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que la autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica

que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44).”

4.9.2. Precisamente, el Código de la Infancia y Adolescencia, en el artículo 8, al referirse al interés superior lo define como un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral de los derechos humanos de los niñas, niñas y adolescentes, bajo su concepción de garantías universales, prevalentes e interdependientes. En desarrollo de lo anterior, se han señalado por la jurisprudencia algunas reglas útiles para definir en qué consiste el interés superior del niño en un caso concreto[68], las cuales pueden resumirse en los siguientes deberes a cargo del juez:

- a. Deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña;
- b. Deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña;
- c. Deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos;
- d. Deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares[69], teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños;
- e. Deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña;
- f. Deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales; y
- g. Deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños[70].

De lo anterior, se desprende que el interés superior se verá satisfecho, en cada caso concreto, cuando el juez cumpla con los citados deberes que, por su contenido intrínseco, están previstos para garantizar la eficacia y vigor de los derechos fundamentales de los

niños, niñas y adolescentes.

4.9.3. En suma, cuando se presente un caso que involucre los derechos de un menor de edad, el operador jurídico deberá acudir al concepto del interés superior para adoptar la decisión que más garantice sus derechos fundamentales. En dicha labor, y cuando se enfrente a intereses contrapuestos, le asiste el deber de armonizar el interés del niño con los intereses de los padres y demás personas relevantes para el caso, con la carga de darle prioridad al primero en razón de su prevalencia (CP art. 44)[71] y sin que la decisión necesariamente resulte excluyente frente a los intereses de los demás, siempre que ello sea fáctica y jurídicamente posible, como más adelante se resaltará.

4.10. De la violencia sexual contra los niños y niñas

4.10.1. Como ya se dijo, el artículo 44 de la Constitución Política reconoce que los derechos fundamentales de los niños tienen un lugar privilegiado en el ordenamiento constitucional y, a su vez, resalta la obligación que tiene el Estado, la sociedad y la familia de proteger a los niños contra toda forma de violencia física o moral, así como del abuso sexual. A partir del precepto en mención y en concordancia con los artículos 19.1[72], 34[73], 35[74] y 36[75] de la Convención sobre los Derechos del Niño, se tiene que en el ordenamiento jurídico interno los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener una vida libre de violencia, incluida la violencia sexual, la cual por su gravedad merece de toda la actuación del Estado y de la sociedad con el fin de prevenirla, investigarla y sancionarla[76].

Precisamente, a nivel legal, el artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia materializa el contenido del derecho a vivir libre de todo tipo de violencia, cuando establece la garantía que tienen los niños a ser protegidos contra las acciones que les causen sufrimiento físico, sexual o psicológico, así como el derecho que tienen a ser protegidos contra el maltrato[77] y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de las personas responsables de su cuidado y de todos los miembros de la sociedad.

4.10.2. Ahora bien, como fue puesto de presente por la Corporación Humanas en su intervención amicus curiae, la violencia y el abuso sexual en las primeras etapas de la vida generan en el niño o niña afectaciones físicas y psicológicas a corto, mediano y largo plazo, impidiendo su desarrollo en igualdad de condiciones frente a otros niños que han tenido una niñez sana y libre de toda interferencia violenta que afecte su integridad.

Del informe de dicha Corporación[78], se desprende que entre los trastornos más frecuentes que se generan con ocasión de la violencia sexual se encuentran: (i) problemas emocionales como ansiedad, depresión y baja autoestima; (ii) problemas cognitivos que afectan la capacidad de atención y concentración; (iii) problemas de relación entre iguales y con adultos; (iv) disfuncionalidades físicas como sueño y pérdida de control de esfínteres; y (v) problemas de conducta como la realización de comportamientos sexualizados o conductas disociales, entre otras perturbaciones que pueden verse reflejadas en la edad adulta[79].

Adicionalmente, como lo indicaron las intervinientes de Casa de la Mujer, cuando la violencia sexual es ejercida por un pariente se quiebra el símbolo de la familia protectora, que genera que el niño experimente sentimientos de traición por parte del familiar que comete un abuso hacía él, así como sentimientos de abandono por parte de los padres o los cuidadores que no reaccionaron en forma protectora, bien sea porque desconocen el abuso cometido o porque deliberadamente deciden ignorarlo.

Por otro lado, esa misma organización señaló que es importante resaltar que el abuso sexual infantil pocas veces se descubre cuando es cometido por una persona de confianza y cariño, pues quien es víctima de esa conducta rara vez cuenta lo sucedido por las técnicas de manipulación que ejerce el agresor y, adicionalmente, que es muy común que los niños asuman una actitud de acomodación que les permita llevar una vida normal y separar las vivencias traumáticas, para hacer de cuenta que nada sucedió[80].

4.10.3. Otro fenómeno importante cuando se trata de violencia en contra de los niños, es aquel relacionado con la violencia inmersa dentro de un conflicto entre padres que deciden terminar su relación. Ello por cuanto algunas veces uno de los padres pretende el rompimiento total de relaciones con su ex pareja, para lo cual influencia al niño, y propicia en él sentimientos de odio, resentimiento o abandono hacía su otro progenitor. Este fenómeno en la literatura especializada se conoce como Síndrome de Alienación Parental (SAP), que –según el informe rendido en sede de tutela por la Asociación Creemos en Ti[81] y que obra a folios 114 a 117 del cuaderno principal– se presenta en las siguientes formas:

“1. El niño o la niña denigra al padre alienado con lenguaje soez y el niño o niña presenta

severo comportamiento opositorista.

2. El niño ofrece justificaciones absurdas, frívolas y sin sentido respecto a su rabia.
3. El niño o niña se muestra muy seguro de sí mismo, no demuestra ambivalencia en sus sentimientos, ejemplo: amor y odio hacia el padre alienado, no se da sino 'solo odio'.
4. El niño o niña dice que a él se le ocurrieron esas ideas solo de denigración hacía el padre alienado, sin que nadie se las dijera. El 'pensador independiente' fenómeno que se presenta cuando el niño o niña dice que nadie le dijo que dijera eso.
5. El niño o niña siente la necesidad de apoyar y proteger al padre alienador.
6. El niño o niña no demuestra culpa sobre la crueldad que ejerce hacía el padre alienado.
7. El niño o niña usa escenarios prestados para describir situaciones que él o ella no han experimentado.
8. La enemistad es transmitida hacía los amigos o familiares del padre alienado."

Esta Corporación no ha sido ajena a advertir a los padres sobre el deber de no involucrar a sus hijos en conflictos de pareja a través de su instrumentalización o de la alienación parental. Por ejemplo, en la Sentencia T-115 de 2014[82], debió instar a la autoridad judicial para que realizara la práctica de un examen médico legal que determinara la ocurrencia de dichos comportamientos por parte de la madre de dos niños que no permitía que fueran vistos por su padre, contra quien al parecer inició una campaña de desprestigio. Cabe destacar lo dicho al respecto en la mencionada providencia, en la que se sostuvo que "dentro de todas las dinámicas familiares, pero especialmente las estructuradas desde la separación parental, es indispensable que cada uno de los progenitores respete la imagen del otro frente a sus hijos, evitando cualquier posición de superioridad frente a aquél que no tiene la tenencia del menor, o del otro lado, el empleo de artificios de victimización para lograr compasión de los menores frente al otro padre."

4.10.4. En conclusión, la violencia sexual en contra de los niños es un asunto que debe ser abordado por las autoridades competentes, teniendo en cuenta la especial sensibilidad que presenta, pues el sujeto pasivo de dichas conductas se encuentra en una situación de

indefensión que le impide, la mayoría de veces, actuar por sí mismo, ya sea para poner en conocimiento o hacer cesar la conducta violatoria de su integridad. Es por ello que la familia, las autoridades públicas y, en general, toda la comunidad tienen un deber categórico que les exige actuar con la mayor diligencia posible, ante un caso en que se encuentre comprometido el derecho de un niño a vivir libre de todo tipo de violencia.

4.11. Del derecho de los menores de edad a compartir con sus padres y a tener una familia. Examen desde una perspectiva de género

4.11.1. Así como del artículo 44 Superior se desprende el derecho de todos los niños a tener una vida libre de violencia, en él también se enuncia su derecho a tener una familia y no ser separados de ella, cuyo ejercicio se relaciona con la posibilidad de impulsar la satisfacción de otros derechos como la vida, el amor, la integridad física, el cuidado y la educación. De igual manera, el Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que a los niños les asiste el derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella, a menos que ésta no les garantice las condiciones necesarias para la realización y el ejercicio de otros derechos[83].

De acuerdo con lo señalado en la Sentencia T-115 de 2014[84], la protección de los vínculos familiares está reforzada por instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana de los Derechos del Niño[85], la cual establece en los artículos 7[86], 8[87] y 9[88], que este último tiene derecho, desde que nace, a conocer a sus padres, a su cuidado y a mantener relación directa con ellos, incluso cuando estén separados, excepto cuando existan circunstancias especiales que exijan lo contrario, siempre que se busque preservar su interés superior[89].

Por lo anterior, se entiende que la regla general implica la necesidad de proteger a la familia como célula básica de la sociedad[90], al constituir el espacio en donde se garantiza el desarrollo integral y simultáneo de los derechos propios de la infancia[91]. De allí que negar su protección, sea o no que sus miembros se encuentren separados, implica una amenaza respecto de los derechos de los integrantes de la familia y en especial de los niños[92].

4.11.2. En este contexto, las situaciones que exigen la separación de los niños de su familia deben ser excepcionales y ser consecuencia de la carencia de garantías básicas que

permitan asegurar su interés superior dentro de ella. La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado algunos supuestos que responden a dicho carácter excepcional: “(i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas; (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a ‘toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos’ y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia.”[93]

Ello demuestra que si bien la regla general es que los niños puedan compartir con sus dos padres, incluso cuando estos estén separados, lo cierto es que caben excepciones que, por su carácter de tal, deben estar fundadas en hechos ciertos y objetivos orientados a la satisfacción máxima del interés superior de los niños. Lo anterior permite destacar que, como fue expuesto en varias de las intervenciones realizadas, en algunas ocasiones tener una familia compuesta por ambos padres, no siempre es garantía del desarrollo integral del niño, toda vez que es posible que se presenten casos en los que los dos padres o uno de ellos son quienes amenazan o vulneran los derechos fundamentales de sus hijos, como sucede, por ejemplo, en los casos de violencia intrafamiliar. Por ello forzar a mantener los lazos familiares puede constituir la revictimización del niño, o incluso propiciar escenarios para que se repitan nuevamente los actos violentos.

4.11.3. De acuerdo con el caso concreto, en tanto las presuntas conductas que originaron la iniciación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos constituyen violencia sexual, es necesario que esta Sala aborde la problemática desde una perspectiva de género, pues de las intervenciones realizadas por los organismos especializados en la materia, se concluye que las víctimas de este tipo de violencia en su mayor parte son mujeres. Hecho que además ha sido reconocido por organismos internacionales como el Comité de los Derechos del Niño, quien en su Observación General No. 13, afirmó que la violencia sexual tiene un componente de género, en los siguientes términos: “Tanto los niños como las niñas corren el riesgo de sufrir todas las formas de violencia, pero la violencia suele tener un componente de género. Por ejemplo, las niñas pueden sufrir más violencia sexual en el hogar que los niños, mientras que es más probable que estos sufran la violencia en el sistema de justicia penal (...)”.

En relación con el enfoque de género, el Estado Colombiano ha asumido una serie de compromisos en materia de protección de la mujer y erradicación de toda forma de violencia en su contra, entre otras razones, por la discriminación de la que han sido víctimas a lo largo de la historia.

4.11.3.1. En este punto, es preciso remitirse a las consideraciones expuestas en la Sentencia T-434 de 2014[94], en la que se explicó que la Carta Política de 1991 consagra, por un lado, en sus artículos 13 y 43, el principio de no discriminación en razón del género[95] y el principio de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres[96]; y por la otra, en sus artículos 13, 42, 43 y 53, adopta medidas especiales para promover una igualdad real y efectiva y prevé mandatos genéricos de salvaguarda respecto de sus derechos[97].

En vista de lo anterior, es que la Constitución Política reconoció la condición de la mujer como sujeto de especial protección, cuyos derechos deben ser garantizados y, sobre los cuales, el Estado asume unas obligaciones especiales de cuidado y atención que deben dirigirse no sólo a erradicar la discriminación en su contra, sino también a velar por su pleno desarrollo en sociedad.

4.11.3.2. Este principio de protección especial a la mujer también ha sido objeto de un importante desarrollo en instrumentos internacionales, los cuales se integran al ordenamiento jurídico colombiano por vía del bloque de constitucionalidad, contenido en el artículo 93 del Texto Superior[98]. Sobre este punto, tal como lo advierten las organizaciones que intervinieron como *amicus curiae* ante este Tribunal, Colombia aprobó la Convención Belem Do Pará[99] en la que además de reconocer el derecho que tiene toda mujer a vivir una vida libre de violencia, se comprometió a prevenir, sancionar y erradicar dicho flagelo.

Con la aprobación de esta Convención, el Estado asumió distintas obligaciones a favor de las mujeres. Principalmente, se destacan las relacionadas con la adopción de leyes y procedimientos para prevenir y erradicar la violencia, no ser sujeto activo de acciones o prácticas de violencia de género y la de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Dentro de esta última obligación de debida diligencia, es preciso resaltar el caso resuelto

recientemente por el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)[100], en el que se condenó al Estado español por haber desconocido dicho instrumento, en tanto por negligencia, a pesar de la existencia de una serie de denuncias de violencia intrafamiliar realizadas por la accionante, se permitió que su hija tuviera contacto con el padre, lo que finalmente terminó en su muerte durante una de las visitas autorizadas sin supervisión.

En dicho caso, a juicio del Comité, se contaba con suficientes indicios conocidos por el Estado acerca del riesgo que implicaba que la niña mantuviera visitas con su padre y, a pesar de ello, las autoridades judiciales decidieron dar prevalencia al derecho del presunto agresor a compartir con su hija. Esta histórica decisión es un ejemplo de lo expuesto en líneas precedentes, sobre cómo en algunos casos la prevalencia del derecho a una familia y a la idea de mantener a toda costa los lazos familiares, puede ir en detrimento de los derechos de los niños y, en concreto, de su interés superior.

4.12. Caso concreto

4.12.1. Como se señaló al momento de delimitar la materia objeto de controversia, si bien la accionante interpuso el amparo contra la Comisaria de Familia de YY y el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, lo cierto es que la decisión de la primera entidad de permitir las visitas del padre a la niña, quien la recogería los días viernes cada quince días a las 6:00 PM en la casa de la accionante, para dejarla allí mismo el domingo o el lunes siguiente, si es festivo, a las 3:00 PM, visitas que deberán ser supervisadas de manera permanente por los abuelos paternos, fue homologada por la autoridad judicial demandada.

De esta manera, comoquiera que el ordenamiento jurídico ha establecido en cabeza de los defensores y comisarios de Familia la competencia para decidir mediante resolución sobre el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, al tiempo que le ha otorgado la atribución al juez de familia –a través del proceso de homologación– de controlar formal y materialmente dicha resolución, no es posible que se controvierta de manera directa ante los jueces de tutela el régimen de visitas, como se explicó en el acápite 4.3.2.1 de esta providencia, a menos que existan irregularidades en el citado trámite de homologación.

En efecto, si bien la autoridad administrativa es quien cuenta con la facultad para

restablecer los derechos de los niños[101], en la medida en que ya operó un control judicial por vía de la homologación, la única forma para dejar sin efectos la regulación de visitas contenida en la Resolución 001 de 2015, avalada en sentencia del 24 de abril del año en cita, es a través de la verificación de un defecto que implique la vulneración del debido proceso, el cual, según los antecedentes expuestos, en esta oportunidad se relaciona con la posible ocurrencia de un defecto orgánico.

No obstante lo anterior, no sobra insistir en que la referida limitación no impide que se hagan consideraciones en relación con otros temas que, desde una perspectiva material, también deban ser analizados en este tipo de casos, como lo es el interés superior de los niños, la violencia sexual infantil y el derecho de los niños y niñas a tener una familia y no ser separados de ella, al constituir precisamente materias objeto de análisis a través de los procesos de restablecimiento[102].

4.12.2. Como resumen del caso, en el asunto sub-judice, la accionante (en su condición de madre de la niña Sandra), inició un procedimiento de restablecimiento de derechos, por la presunta comisión de actos sexuales abusivos por parte del señor Santiago en contra de su hija. El asunto fue decidido en Resolución 001 del 6 de enero de 2015 proferida por la Comisaría de Familia de YY, en el sentido de permitir las visitas de la manera descrita al inicio de este acápite. Como sustento de su decisión, la Comisaría argumentó que del dictamen forense, de la entrevista psicológica, del primer informe de seguimiento de la Asociación Creemos en Ti, del certificado médico de valoración física y estado de salud y de los informes de visitas domiciliarias y registros de la situación socio familiar de la familia paterna de la niña, no se evidenciaba que existiese responsabilidad del señor Santiago respecto de la conducta que le era atribuida y, por lo mismo, no estaban acreditados “los hechos que [dieron] origen a la apertura del (...) proceso P.A.R.D.” Por el contrario se demostró que la niña tiene un gran afecto hacía su padre y que no existen indicios de alguna afectación física o psicológica, además de que no se encuentra sometida a ningún riesgo por compartir con el señor Santiago y su familia extensa.

Como previamente se manifestó, esta resolución fue homologada por parte del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, al considerar –en el mismo sentido de la autoridad administrativa– que no existe prueba de alguna irregularidad en el comportamiento del padre con la niña, por lo que es necesario permitir que comparta tiempo con él y sus

abuelos paternos.

Por su parte, en sede constitucional, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca consideró que desde el momento mismo en que se inició el proceso de restablecimiento de derechos, la psicóloga y la trabajadora social adscritas a la Comisaría de Familia de YY recomendaron que antes de adoptar cualquier medida debía tenerse en cuenta el informe de seguimiento al proceso psicológico que se estaba adelantando por los profesionales de la Asociación Creemos en Ti. Sin embargo, tanto la autoridad administrativa como el juzgado adoptaron la decisión de fondo, sin tener en cuenta el examen de dicho informe[103].

De acuerdo con lo anterior, en criterio de la autoridad de instancia, si bien existen términos legales para resolver este tipo de controversias, no existe razón alguna para que las autoridades demandadas hayan omitido hacer uso de sus poderes oficiosos para obtener el informe de la Asociación Creemos en Ti, en el que se pone de presente la entrevista realizada a la niña y en la que se relata lo que presuntamente fueron los actos sexuales cometidos por parte de su padre y se pide que se suspendan las visitas. Bajo estas consideraciones, se ordenó al juzgado demandado fallar nuevamente la homologación, teniendo en cuenta el informe que, para esos momentos, parecía haber sido allegado en sede de tutela.

La anterior decisión fue revocada por la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, quien estimó que lo resuelto por el Juzgado se fundamentó en el análisis probatorio de los elementos obrantes en el expediente y que el informe de la Asociación Creemos en Ti, cuya valoración extraña el a-quo, no es indispensable ni fundamental para determinar la veracidad de la denuncia, ya que no tiene el carácter de una evaluación de psiquiatría forense.

4.12.3. Ahora bien, distinto a lo resuelto por el juez de primera instancia y como se advierte de lo alegado por la actora, al examinar el expediente contentivo del proceso de restablecimiento de derechos y de la correspondiente homologación, esta Sala de Revisión advierte que una vez se enviaron las diligencias al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, fue preciso crear un nuevo cuaderno con las actuaciones que se seguirían surtiendo ante la Comisaría, durante el tiempo en que el juzgado tenía que decidir la homologación, y

fue en ese momento, en el que –por orden de la citada autoridad administrativa[104]– la Asociación allegó el informe del 17 de abril de 2015 en el que recomendó que la niña no debía tener contacto con el señor Santiago, el cual fue inmediatamente enviado al citado Juzgado.

El informe según sello que obra en los folios 117 a 120 del cuaderno 3, fue recibido por el Juzgado el día 21 de abril de 2015, es decir, tres días antes de la fecha en que se profirió la sentencia. Si bien no es posible afirmar en forma categórica que el Juez Primero Promiscuo de Familia de ZZ conoció de dicho documento, lo cierto es que no cabe duda de que el mismo fue allegado a su despacho antes de efectuarse su pronunciamiento.

4.12.4. Ante este panorama, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ vulneró el derecho fundamental al debido proceso de Sandra, con ocasión de la expedición de la sentencia del 24 de abril de 2015, a través de la cual homologó la Resolución 001 del año en curso proferida por la Comisaría de Familia de YY, en la que se consagró el régimen de visitas previamente expuesto, por cuanto decidió avalar dicha decisión, sin advertir que después de finalizada la actuación administrativa, apareció un nuevo elemento probatorio con la virtualidad de incidir en la definición del régimen y que no fue valorado por la autoridad encargada para dichos efectos, esto es, por la citada Comisaría de Familia. Así las cosas, este escenario implica establecer si ante los hechos expuestos, la autoridad judicial demandada preservaba plena competencia para decidir sobre la homologación o en sí, en su lugar, debió retornar la actuación a la instancia administrativa, con miras a determinar si las nuevas circunstancias alteraban o no el régimen adoptado.

4.12.5. Como se explicó en la parte considerativa de esta providencia, la homologación lejos de limitarse a una verificación formal en relación con respeto de las reglas de procedimiento que rigen el trámite de restablecimiento de derechos, también implica el deber de adelantar una verificación material encaminada a determinar si la decisión proferida en sede administrativa es razonable, oportuna y conducente para proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, acorde con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. El cumplimiento de esta última obligación imponía la necesidad de efectuar algún pronunciamiento sobre la existencia del informe del 17 de abril de 2015 de la Asociación Creemos en Ti, en el que se da cuenta de una entrevista realizada a

Sandra y se brindan elementos de juicio que cuestionan el régimen de visitas adoptado por la Comisaría, en tanto prima facie advierten de la posible comisión de actos sexuales abusivos en contra de la niña.

Si bien en la norma que establece el alcance de la homologación de las decisiones proferidas en el proceso de restablecimiento de derechos por parte del juez de familia[105], no se establece el tipo de decisiones que se pueden proferir por parte de dicha autoridad, dadas las especiales y excepcionales circunstancias del caso, y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia, conforme al cual la autoridad administrativa que haya adoptado las medidas las puede modificar o suspender cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas[106]; el pronunciamiento que le resultaba exigible al Juez Primero Promiscuo de Familia de ZZ era el abstenerse de decidir sobre la homologación y devolver el expediente a la Comisaría de Familia de YY, para que, con fundamento en la norma en cita, esta última autoridad decidiera si en relación con las visitas del padre a la niña y a partir del informe de seguimiento de la Asociación Creemos en Ti, se presentaba un cambio de los supuestos de hecho respecto de lo decidido y si, conforme a ello, se deban las condiciones para proceder a su modificación o suspensión.

En efecto, aun cuando de forma expresa no se consagra la posibilidad de devolución del expediente a la Comisaría de Familia, lo cierto es que –por la excepcionalidad del caso– el juez debió advertir que la ausencia de valoración del citado informe de seguimiento en sede administrativa, conducía de forma irremediable a la pérdida de su competencia para pronunciarse sobre la homologación pedida, en tanto lo dejado de valorar resultaba de vital importancia y tenía la entidad de alterar la conducencia y oportunidad de lo decidido, visto desde su obligación de verificación material, en la medida en que contenía una entrevista realizada a la niña en la que relataba los presuntos hechos ocurridos el 6 de julio de 2014, que fueron los que originaron el proceso de restablecimiento de derechos.

Por lo demás, es preciso recordar que la celeridad y economía que el régimen procesal le imponen al trámite de homologación, según el cual: “El juez resolverá en un término no superior a 10 días”, necesariamente ratifica la citada conclusión, ya que el caso le imponía al juez la carga de devolver el expediente a la Comisaría de Familia de YY, mediante una especie de habilitación excepcional de términos, para que ésta efectuara la revisión

contenida en el referido artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia, y así se incorporara la prueba en un momento procesal que permitiera su controversia por las partes, teniendo en cuenta que –como ya se dijo– en sede de homologación se cuenta con un término perentorio, el cual impide materializar el debido proceso de las partes con miras a valorar pruebas. Al respecto, como se advirtió en el acápite 4.8 de esta providencia, en sede judicial no está prevista dicha oportunidad procesal, al contrario de lo que ocurre en la instancia administrativa[107].

En este orden de ideas, en criterio de esta Sala de Revisión, al haber proferido la sentencia del 24 de abril de 2015 y no haber devuelto el expediente para que fuera revisado nuevamente por la Comisaría de Familia de YY, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ incurrió en un defecto orgánico, pues la no valoración del informe del 17 de abril de 2015 de la Asociación Creemos en Ti, en la instancia correspondiente para tal efecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia, le impedía a la citada autoridad judicial proferir una decisión definitiva que concluía con la homologación del régimen de visitas, cuando estaba acreditada la existencia de un nuevo elemento probatorio que daba cuenta de unos hechos de suma gravedad, que sugerían la necesidad de suspender las visitas del padre a la niña, y respecto del cual también debía asegurarse el ejercicio del derecho de contradicción por parte del señor Santiago.

En este punto se observa como el cumplimiento irrestricto de los términos procesales propios del proceso de restablecimiento de derechos y de su homologación, cuyo desconocimiento deriva en una inobservancia de las funciones a cargo de las autoridades públicas que participan en este proceso, pudo haber influido para que el juzgado tomara una decisión sin percatarse de los efectos derivados del informe allegado, desconociendo así los derechos de Sandra, en tanto admitió un régimen de visitas conforme al cual cada quince días debería compartir con su presunto agresor, pese a los nuevos elementos de juicio que abogaban por una solución diferente, a partir del trámite de seguimiento adelantado con la menor. Esto implicó darle preponderancia a las formalidades del proceso antes que a la materialidad de la situación, en un caso el en que está comprometida la integridad de una niña y, por ende, su interés superior.

4.12.5.1. Para esta Sala la conclusión no puede ser otra, primero porque dicha Asociación estaba encargada del tratamiento psicológico de la niña y allí fue donde se desarrollaron los

espacios para que ella, a través de la terapia de juego, fortaleciera su expresión emocional y así se pudiera referir a los hechos investigados. De esta manera, como ya se ha dicho, resultaba de vital importancia que la Comisaría valorara el informe, pues en él aparece el relato de la niña y se examinan sus consecuencias, lo que guarda relación directa con el comportamiento cuestionado y, por ende, con el alcance mismo de la decisión adoptada. En este punto, vale la pena resaltar que fue precisamente con fundamento en la ausencia de elementos probatorios que permitieran determinar alguna irregularidad en el comportamiento del padre o una situación de riesgo respecto de la menor de edad, que la Comisaría decidió permitir las visitas de los fines de semana.

Por lo demás, no resulta de recibo el argumento expuesto por la Corte Suprema de Justicia, pues quien tiene la competencia para definir la idoneidad de dicha prueba es la autoridad administrativa, en este caso la Comisaría de Familia de YY y no el juez de tutela. Además, no puede desconocerse la relevancia del informe de la Asociación Creemos en Ti, pues fue la misma autoridad administrativa, quien con posterioridad a haber decidido el proceso de restablecimiento de derechos, expidió una resolución en la cual ordenaba a la citada Asociación remitir un informe detallado sobre los adelantos que se habían efectuado en la niña para que, de acuerdo con lo observado, aconsejara si era necesario suspender o no las visitas del padre.

4.12.5.2. Y, en segundo lugar, no puede ser otra la conclusión, esto es, que lo correcto era la devolución del juez de familia de las actuaciones para que la prueba fuera valorada por el comisario, en los términos del artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia, pues de esta manera se lograba materializar el interés superior de los menores de edad, el cual por mandato constitucional tiene carácter prevalente sobre cualquier otro tipo de intereses. Precisamente, en este caso, a pesar de que para el momento en que llegó el informe, la Comisaría de Familia ya no estaba habilitada temporalmente para proferir una decisión[108], ello no conducía de forma irremediable a que tenía que homologarse lo resuelto, haciendo caso omiso de la existencia de la nueva prueba, pues el camino a seguir a partir de lo dispuesto en la norma en cita, era el de devolver la actuación, mediante una especie de habilitación excepcional de términos, teniendo en cuenta que es un imperativo de todas las autoridades garantizar la protección y satisfacción integral de los derechos de los niños, asegurando la vigencia de su contenido por encima de las dificultades formales que se puedan presentar (CP arts. 44 y 228).

Lo anterior no implica que se estén negando los derechos del señor Santiago, pues si bien él ya contaba con una decisión en firme acerca del régimen de visitas a su hija, un nuevo examen a la luz del material probatorio aportado por la Asociación Creemos en Ti, permitirá que la decisión final sobre la materia tenga en cuenta todas las circunstancias que rodearon el caso y ella sea más favorable para Sandra y para él como padre, quien como lo manifestó desde el inicio de la actuación administrativa, está interesado en que su hija cuente con la máxima protección posible de sus derechos fundamentales.

Es de advertir que la decisión a la que llega esta Sala no se fundamenta en la responsabilidad o en la veracidad de los hechos que dieron origen a la actuación administrativa por parte de la Comisaría de Familia, sino que responde a la labor de prevención respecto de cualquier amenaza o vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo cual se acompasa con la filosofía que orienta al Código de la Infancia y la Adolescencia, según la cual la protección integral no sólo abarca un objetivo sancionatorio sino también y primordialmente un componente preventivo, es decir, que la actuación de las autoridades no sólo debe ir encaminada a la investigación y sanción de una conducta sino a precaver todo tipo de amenaza a sus derechos.

Por otra parte y siguiendo lo expuesto en torno al interés superior de los niños, cabe recordar que en otras oportunidades este Tribunal le ha dado prevalencia a sus derechos en temas procesales, en contraposición al interés de un tercero, cuando con ello se busca asegurar sus derechos fundamentales. Al respecto, en la Sentencia T-117 de 2013[109], se abordó el caso de una niña que presunta-mente había sido objeto de abuso sexual por parte de su tío. La controversia giró en torno a la negativa del juez de conocimiento de aceptar como prueba la entrevista que se había realizado a la niña por la defensora de familia, en la que narraba cómo sucedieron los hechos, con fundamento en que no se le advirtió acerca de la existencia de la garantía con la que cuenta para no declarar en contra de un familiar.

Para la Corte en este caso debió darse aplicación al principio pro infans, el cual obligaba al juez penal a tener en cuenta si resultaba proporcional hacer prevalecer el derecho del procesado, sin ponderar los intereses de la presunta víctima. En ese sentido, señaló que: “En efecto, si bien la medida de excluir la prueba persigue un fin legítimo, el cual era la defensa de los derechos del investigado, resultaba desproporcionado en el caso concreto

pues no tuvo en cuenta, la edad de la menor y el carácter meramente formal de la advertencia por su incipiente madurez psicológica y la gravedad del delito investigado así como la relevancia de la prueba para esclarecer los hechos.”

Adicionalmente, no puede pasar por alto la Sala que la configuración del defecto orgánico también implicó que se desconociera la finalidad para la cual está prevista el proceso de restablecimiento de derechos, ya que tanto las decisiones de la Comisaría como del Juez de Familia se fundaron en la ausencia de elementos probatorios para demostrar la responsabilidad del padre en la comisión de los hechos que dieron origen a la actuación administrativa y no en precaver que mientras se resuelve un proceso penal, se proteja a la presunta víctima de la repetición de los hechos por los cuales se dio inicio a la actuación administrativa, en caso de existir elementos de juicio que permitan considerar que existe una circunstancia de riesgo respecto de su integridad física y dignidad[110].

Por lo demás, la forma como se actuó también implicó el desconocimiento de los postulados constitucionales que establecen el interés superior de la niña que, en el caso concreto, implicaba el tantas veces referido control material por parte del juez de familia, quien debió abstenerse de proferir un fallo sin haber permitido a la Comisaría de Familia tener en cuenta el informe que advertía un posible abuso sexual en contra de Sandra, para que fuera dicha autoridad quien se encargara de dar aplicación al esquema de valoración probatoria relativa a la violencia sexual y que se encuentra contenido en la Ley 1719 de 2014[111].

4.12.6. Con fundamento en lo expuesto, para la Sala es claro que el juez debió tener en cuenta las consecuencias que generaba la existencia del informe de la Asociación Creemos en Ti y, por ello, en garantía del interés superior de los niños, debió proceder a devolver la actuación a la instancia administrativa, sin decidir sobre la homologación propuesta. Haber actuado de forma contraria configuró en esta oportunidad un defecto orgánico, en tanto el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ carecía de competencia para avalar una decisión que no contó con todos los elementos probatorios para resolver el restablecimiento de derechos de Sandra, en especial cuando el informe da cuenta de un conjunto de circunstancias directamente relacionadas con el inicio de este proceso y propone una solución radicalmente distinta a la adoptada en la Resolución 001 de 2015.

Por lo anterior se hace necesario dejar sin efectos la sentencia dictada el 24 de abril de

2015 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ para, en su lugar, disponer que se envíe nuevamente el expediente a la Comisaría de Familia de YY, quien contará con una habilitación de términos excepcional de dos meses[112], para que, en virtud del artículo 103 del citado Código, revise la Resolución 001 de 2015 y profiera una nueva decisión, en la que valore en su conjunto todo el material probatorio obrante en el expediente, en especial el informe del 17 de abril de 2015 de la Asociación Creemos en Ti.

4.12.7. Ahora bien, es preciso enfatizar que al momento de valorar las pruebas y en concreto el informe previamente reseñado, el Comisario deberá garantizar que se cumpla con el principio de contradicción[113], pues como lo manifestó la apoderada del accionante en el escrito de impugnación de la acción de tutela, sólo a través de la mención que del mismo hizo la autoridad judicial de primera instancia en sede de tutela, fue que el señor Santiago conoció de su existencia[114]. De lo anterior se desprende que el Comisario al momento de valorar dicha prueba deberá permitirle a las partes contradecir y discutir su contenido, en tanto –como se ha dicho– el mismo puede incidir en la decisión final que se adopte en relación con el régimen de visitas que debe fijarse frente a Sandra. Además, al realizar su labor de valoración, la autoridad administrativa deberá hacerlo en conjunto con los demás medios probatorios contenidos en el proceso, dándole a cada uno el peso y significación que corresponda.

4.12.8. Por último, en consideración a lo expuesto en los numerales 4.10 y 4.11 de esta providencia, cuando el Comisario de Familia de YY decida nuevamente sobre el restablecimiento de los derechos de Sandra, es preciso que tenga en cuenta que de por medio se encuentra un posible caso de abuso sexual en contra de una niña y que el Estado está en la obligación de velar por prevenir y sancionar todo tipo de violencia en contra de los menores de edad, en especial la de carácter sexual, pues, como previamente se explicó, dicho fenómeno tiene la entidad de generar graves consecuencias en el desarrollo físico, mental y emocional de los niños, niñas y adolescentes.

Adicionalmente, el Comisario también deberá tener en cuenta que más allá del derecho genérico que tienen los niños a compartir con sus padres, dicho mandato debe ponderarse con los derechos que le asisten a la niña de que se vele por su efectiva protección y de reducir el riesgo de amenaza respecto de su integridad, en términos concordantes con el deber de debida diligencia que se impone a las autoridades públicas, por virtud del cual

deben adoptar las medidas que resulten necesarias para prevenir toda forma de violencia sexual en contra de los niños.

El resultado de esa ponderación que necesariamente se deberá adelantar por el Comisario de Familia de YY, conforme a lo expuesto en esta sentencia, tiene que dar respuesta a la pregunta de si en caso de permitir que Sandra comparta los fines de semana cada 15 días con su padre la pondría o no en una situación de riesgo, de acuerdo con el material probatorio que reposa en el expediente y con el valor que se le dé al informe de la Asociación Creemos en Ti. Sobre el particular se insiste en la prevalencia que tiene, por mandato constitucional, el derecho sustancial sobre las formas.

Por ello, no cabe duda de que la Comisaría de Familia de YY deberá revisar el asunto sometido a su consideración desde una perspectiva que tenga en cuenta la gravedad que conlleva un acto sexual abusivo en una niña de 4 años, aunado a la perspectiva de género que subyace en este caso, ya que la posible comisión de los actos de violencia tienen como destinataria a una menor de edad, quien, como se recuerda, es un sujeto que está más expuesto a la violencia sexual que el género masculino.

4.12.9. En consecuencia, este Tribunal revocará la sentencia del 2 de julio de 2015 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, tutelaré el derecho al debido proceso de Sandra. Por lo anterior, se enviará el expediente que contiene el proceso de restablecimiento de derechos de la citada niña a la Comisaría de Familia de YY, para que revise la Resolución 001 de 2015 y profiera una nueva decisión, en la que valore en su conjunto todo el material probatorio obrante en el expediente, en especial el informe del 17 de abril de 2015 de la Asociación Creemos en Ti, permitiendo su contradicción por las partes, conforme se explicó en el acápite 4.12.7. Y, además, teniendo en cuenta la primacía del interés superior de los niños, la gravedad de la violencia sexual en su contra y el enfoque de género, en el sentido en que fueron desarrollados en el numeral 4.12.8 de esta providencia.

En virtud de lo expuesto, por una parte, se hace necesario dejar sin efectos la sentencia dictada el 24 de abril de 2015 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, por haber incurrido en un defecto orgánico, en los términos expuestos en esta providencia; y por la otra, teniendo en cuenta la orden dada a la Comisaría de Familia de YY de revisar la

Resolución 001 de 2015 y proferir una nueva decisión, mientras ello ocurre, es preciso que se mantenga la medida adoptada por esta Sala de Revisión el 1º de septiembre de 2015, la cual consiste en que el señor Santiago podrá visitar a Sandra, de manera asistida por el equipo psicosocial de la Comisaría de Familia de YY, en las instalaciones de ese despacho o en la ludoteca municipal por espacio de dos (2) horas y treinta (30) minutos, un (1) día a la semana, según el horario que acuerden la accionante y el padre de la niña, con el fin de que no se afecten las actividades escolares de su hija.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de 2 de julio de 2015 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se declaró la improcedencia de la solicitud de amparo impetrada por la señora María y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental de Sandra al debido proceso.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida el 24 de abril de 2015 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, en el trámite de homologación de la Resolución 001 del 6 de enero de 2015 proferida por la Comisaría de Familia de YY, en el proceso de restablecimiento de derechos de Sandra.

TERCERO.- ORDENAR a la Comisaría de Familia de YY, que dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta providencia, revise la Resolución 001 de 2015 y profiera una nueva decisión, en la que valore en su conjunto todo el material probatorio obrante en el expediente, en especial el informe del 17 de abril de 2015 de la Asociación Creemos en Ti, permitiendo su contradicción por las partes, conforme se explicó en el acápite 4.12.7. Y, además, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, la gravedad de la violencia sexual en su contra y el enfoque de género, en el sentido en que fueron desarrollados en el numeral 4.12.8 de esta providencia.

CUARTO.- Mientras se cumple lo dispuesto en el numeral tercero de esta providencia,

ORDENAR que se oficie a la Comisaria de Familia de YY, para que autorice las visitas del señor Santiago a Sandra, de manera asistida por el equipo psicosocial de dicha Comisaría, las cuales deberán realizarse en las instalaciones de ese despacho o en la ludoteca municipal por espacio de dos (2) horas y treinta (30) minutos, un (1) día a la semana, según el horario que acuerden la accionante y el padre de la niña, con el fin de que no se afecten las actividades escolares de su hija.

QUINTO.- ENVIAR el expediente No. 201500016 a la Comisaría de Familia de YY e informar de esta decisión al Juzgado Promiscuo Municipal de YY.

SEXTO.- Por Secretaría General, REMÍTASE a la Comisaría de Familia de YY copia de las intervenciones amicus curiae enviadas a esta Corporación y contenidas en el cuaderno de revisión.

SÉPTIMO.- ADVIÉRTASE a la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que deberá guardar estricta reserva sobre los nombres de las personas involucradas en el asunto de la referencia, al tiempo que deberá evaluar la necesidad de decretar copias y desglose de documentos que comprometan el derecho a la intimidad de Sandra y de sus padres, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4.12.11 de esta providencia.

OCTAVO- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértase en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-730/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Debió instarse a autoridad judicial accionada a que adecuara su decisión teniendo en cuenta interés superior de la niña y la totalidad de elementos de juicio con que contaba en proceso de restablecimiento de derechos (Salvamento parcial de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Informe final de Asociación Creemos en Ti no puede considerarse revelador de hechos nuevos (Salvamento parcial de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Juez debió advertir yerro y, una vez enmendado, decidir sobre restablecimiento de los derechos de la niña (Salvamento parcial de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Configuración de defecto factico, sustantivo y procedimental (Salvamento parcial de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Medidas debieron orientarse a que Juez de Familia fallara nuevamente y no a brindar otra oportunidad de decisión a Comisaría de Familia, bajo la figura de habilitación excepcional de términos (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente T- 5.061.859

Acción de tutela instaurada por María, en representación de su hija Sandra, contra la Comisaría de Familia de YY y el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ.

Magistrado ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento brevemente las razones que me llevan a salvar parcialmente el voto en la sentencia de la referencia, aprobada el 25 de noviembre de 2015 por la Sala Tercera de Revisión.

1. La sentencia T-730 de 2015, fue proferida con ocasión de la solicitud de amparo constitucional elevada por María, como representante legal de Sandra (su hija de 4 años de edad), con el fin de que se revoque la decisión de la Comisaría y del Juzgado accionados, de permitir las visitas del padre a la niña, hasta tanto se estableciera que las mismas no representan ningún riesgo para ella.

Denunció la accionante que los accionados prescindieron del concepto de la Asociación Creemos en Ti, que consideró que deben suspenderse las visitas del padre, por ser factor de riesgo para la niña, por los síntomas de violencia sexual que presenta y porque ésta pudo ser perpetrada por su progenitor. Para la tutelante tal irregularidad afecta las decisiones de la Comisaría y del Juzgado de Familia involucrados, porque no se orientan a proteger el interés superior de su hija, aun cuando ese era el centro del debate del que conocieron.

2. Según se determinó, la Comisaría de Familia accionada, suspendió las visitas de Santiago a Sandra, finalmente y luego de surtido el proceso de restablecimiento de los derechos de aquella, tomó la decisión de reanudarlas. Tal determinación fue homologada por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, mediante providencia del 24 de abril de 2015, sin considerar el informe final del acompañamiento que hizo la Asociación Creemos en Ti a la niña involucrada, mismo que había llegado a dicha sede judicial 3 días antes de la decisión.

3. La Sala asumió que el Juzgado de Familia accionado incurrió en un defecto orgánico al momento de proferir la decisión del 24 de abril de 2015, pues ante un hecho nuevo,

revelado en el informe final de la Asociación Creemos en Ti, no devolvió las diligencias para que la Comisaría de Familia, que conoció del caso, pudiera valorarlo. Sostiene que el juzgado perdió competencia para convalidar, o no, la decisión ante la existencia de un elemento probatorio que la autoridad administrativa de familia no tuvo ocasión de considerar para definir la situación de la menor de edad.

Por esa razón, concedió el derecho al debido proceso de la niña y, en consecuencia, dejó sin efecto el fallo de homologación emitido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, y ordenó a la Comisaría de Familia de YY proferir una nueva decisión con fundamento en el informe del 17 de abril de 2015 y previa contradicción sobre él.

Adicionalmente dispuso oficiar a la Comisaría de Familia de YY para que, entre tanto define nuevamente la situación, autorice las visitas del padre a la menor de edad una vez a la semana, en la ludoteca y con el acompañamiento de su equipo psicosocial.

4. En mi criterio, el sentido de la decisión es acertado y lo comparto. Sin embargo, disiento de la tipología del defecto que se le atribuye a la decisión judicial que se analiza, y que sirve como fundamento de la orden que impone devolver el proceso a la Comisaría de Familia, para que ésta rehaga la decisión, con fundamento, también, en la prueba omitida.

Primer desacuerdo: El informe final de la Asociación Creemos en Ti no puede considerarse revelador de hechos nuevos.

5. El punto de partida de la verificación de un hecho nuevo es refutable en la medida en que desde el comienzo de la actuación, esto es el 7 de julio de 2014, la Comisaría de Familia de YY consideró que las restricciones a las visitas de Santiago a la menor de edad, debían mantenerse hasta conocer el informe final de la Asociación Creemos en Ti. Luego, en contravía de sus propias disposiciones, definió la situación no con el resultado final, sino por el contrario con el primer informe que dicha Asociación aportó[115].

Solo después de emitida la decisión administrativa, y ante otra información de los comportamientos sexualizados de la menor de edad, de aquellos que tantas veces advirtió e informó su madre, la Comisaría decidió solicitar a la Asociación Creemos en Ti aquel informe sobre el proceso de acompañamiento a Sandra.

En curso el trámite de homologación, dicho informe final fue conocido en la Comisaría y remitido al Juzgado de Familia que tenía a su cargo determinar si la decisión estaba ajustada, o no, a derecho.

6. Vista así la situación no cabe duda de que el informe, esperado desde la apertura del proceso y que fue reclamado tardíamente por la autoridad administrativa de familia, no puede asumirse como un hecho nuevo, y revela que la Comisaría de Familia de YY, en contravía de su propio criterio inicial, definió la situación en ausencia de aquel, cuando pudo haber instado a la Asociación Creemos en Ti a aportar los resultados antes de proveer, tal y como correspondía[116].

Considerado lo anterior lo que salta a la vista es una actuación cuestionable de la Comisaría de Familia de YY, que debió analizarse por parte del juez de familia, a quien corresponde el control formal y material de su actuación, y decidir, en todo caso, si la decisión se ajusta o no a la normativa vigente, en especial en lo que atañe al interés superior de la niña.

Segundo desacuerdo: El juez debió advertir el yerro y, una vez enmendado, decidir sobre el restablecimiento de los derechos de la niña.

7. Esta Corporación ha emitido decisiones en las que otorga otro alcance a las determinaciones en sede de homologación, que sugieren que el juez de familia accionado ha debido valorar la prueba aportada en sus dependencias, y proveer.

Por ejemplo, en la Sentencia T-767 de 2013, frente a un posible caso de maltrato infantil, se negó la tutela interpuesta contra una decisión de no homologar una resolución de restablecimiento de derechos, en la que el juez de familia adoptó directamente las medidas de protección que deprecaban los menores de edad involucrados. Para el accionante el juez incurrió en defecto fáctico al hacer una apreciación caprichosa y arbitraria de las pruebas, para concluir que eran ambiguas. Sin embargo, la Corte encontró que ello no era así, y dejó en firme la decisión del juzgado y, correlativamente, las medidas asumidas en ella.

Además, la Sentencia T-671 de 2010 analizó la actuación del “Juzgado 20 de Familia [que mediante] fallo del 19 de junio de 2009, decide “NO HOMOLOGAR LA ADOPTABILIDAD” y ordena el restablecimiento de las visitas de la abuela a la niña” involucrada en el asunto. El fallo del juez de familia fue reconocido por la providencia en cita que, lo mantuvo junto con

el régimen de visitas fijado en él, al sustituir la decisión de la administración.

8. En suma, para esta Corporación, ante los yerros que pueden presentarse en el trámite administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el juez de familia, en caso de encontrar disparidad entre la resolución administrativa del caso y la normativa, tiene potestad para proveer y hacer las modificaciones del caso para proteger el interés superior del niño.

Lo contrario, y admitir, como hizo la Sala, que el yerro de la Comisaría de Familia pueda implicar una habilitación excepcional de términos para ésta, parece contrario no solo al debido proceso, sino sobre todo al interés superior del niño, quien vería postergada la decisión sobre sus derechos para que quien omitió velar por él, a pesar de tener las facultades para hacerlo, se tome el tiempo para adecuar su actuación, favoreciéndose de su propia culpa.

9. En tal sentido, a mi juicio, lo que hubiere procedido era no homologar la decisión y proferir las medidas de resguardo de los derechos de la menor de edad, a partir del conjunto de pruebas, incluido el informe final de la Asociación.

Tercer desacuerdo: El defecto sin ser orgánico, es más bien fáctico, sustancial e incluso procedimental.

10. En mi criterio, la decisión del juzgado, pasó por alto que la Comisaría no había soportado la fijación del régimen de visitas de la niña en la totalidad de los elementos de juicio sobre el compromiso de los derechos de Sandra, y con ello incurrió en defecto fáctico, sustantivo y procedimental.

11. La Comisaría de Familia de YY, omitió el informe final del proceso de acompañamiento psicológico y emocional que, como se ha mencionado, le había encomendado a la Asociación Creemos en Ti desde el inicio del proceso administrativo, convencida de su carácter definitorio en el proceso. Decidió sin la totalidad de los elementos de juicio que ella misma había estimado imprescindibles en el caso, y sin considerar los indicios con los que contaba.

Restauró las visitas del presunto agresor sexual de la niña, con débiles medidas para

mitigar el riesgo, como lo fue la compañía de los padres del presunto victimario, cuyo criterio puede estar viciado por el fenómeno psicológico de la negación de la situación, como lo sugieren las organizaciones de expertos que han dado su concepto.

12. Por su parte, el juzgado tutelado tuvo a su disposición los elementos de juicio suficientes para percatarse de que la decisión administrativa que controlaba, no obedecía a la situación real de riesgo de la menor de edad, al no haber reclamado y apreciado el informe final tantas veces mencionado. De tal forma, no valoró íntegramente las pruebas obrantes en el expediente[117], ni aquella que se puso directamente en su conocimiento, e incurrió en un defecto fáctico.

Ahora bien, si pudiera afirmarse que, como asegura la Sala, no fuera posible asumir fehacientemente que el juez conoció efectivamente el informe final mencionado, a pesar de haber sido radicado tres días antes en la secretaría de su despacho, lo cierto es que sí conocía de la importancia de éste para el caso y de su ausencia, pues las mismas se desprenden de la revisión del expediente.

A pesar de ello convalidó la determinación de la Comisaría de Familia, y con ello desatendió el interés superior de la menor de edad afectada, cuya integridad psicológica quedó comprometida con su determinación.

13. Adicionalmente, como percibo el caso, llama la atención que tanto la Comisaría como el Juzgado de Familia involucrados, hayan tomado su decisión desde la perspectiva del presunto victimario, al preocuparse de si disponían, o no, de elementos probatorios que permitieran atribuir una conducta sexual abusiva a Santiago, para con su hija; perdieron de vista que lo realmente importante era contener la vulnerabilidad, no solo física sino también psicológica, de la niña.

De tal modo, la decisión de las autoridades accionadas y, en especial la del Juzgado de Familia, no se orientó por el interés superior de la menor de edad, sino por la imposibilidad de responsabilizar al padre por las manifestaciones de su hija, cuando el proceso de restablecimiento de derechos tiene otro fin. El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ desconoció el deber estatal de resguardar a Sandra de los riesgos propios de su contexto, sin acatar la prevalencia de la materialidad de los derechos fundamentales, sobre las formalidades propias de cada proceso.

Incurrió por ello en defecto sustantivo y procedimental, al convalidar una decisión que por un lado, desconocía el mandato constitucional y legal de garantía del interés superior de la niña, y por otro, se tomó sin considerar estrictamente el objeto mismo del proceso de restablecimiento de derechos.

Cuarto desacuerdo: Las medidas debieron orientarse a que el Juez de Familia fallara nuevamente y no a brindar otra oportunidad de decisión a la Comisaría de Familia, bajo la figura de una habilitación excepcional de términos.

14. Finalmente, según lo anotado concluyo que la orden emitida a la Comisaría de Familia de YY para que adecúe su decisión, conforme las pruebas recibidas durante el trámite de homologación, no es la adecuada.

En mi concepto la inexistencia de un hecho nuevo y la actuación defectuosa de la Comisaría, que como sostiene la Sala no es objeto de esta acción de tutela, como si lo es la decisión del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ que la homologó, conducen al convencimiento de que dicha sede judicial debió ser la destinataria de la orden proferida.

Por ende, debió instarse a la autoridad judicial accionada a que adecuara su decisión teniendo en cuenta el interés superior de la niña y la totalidad de los elementos de juicio con los que cuenta.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Respecto de la importancia que tiene el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella, la Comisaria resaltó las Sentencias T-887 de 2009, T-012 de 2012 y T-319 de 2011.

[2] Según se menciona, el CD fue enviado a la Comisaría para su observación y análisis, con la obligación de regresarlo a la Fiscalía.

[3] El examen y las actuaciones realizadas por esta Asociación se encuentra resumido en el

acápites referente a la contestación de la demanda, en la medida en la cual dicha entidad fue vinculada al proceso de tutela por el juez de primera instancia.

[4] Como se verá más adelante, en criterio del juez de primera instancia, las recomendaciones están contenidas en el informe rendido por la Asociación el 17 de abril de 2015, cuyo contenido fue allegado por dicha Asociación en sede de tutela.

[5] Al respecto la accionante cita la Sentencia T-577 de 2011 que establece el deber de proteger a los niños frente a riesgos prohibidos, así como la prevalencia de los derechos de los niños cuando estos no puedan ser armonizados con el derecho de los padres.

[6] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[7] El Tribunal Superior de Cundinamarca vinculó al trámite de la acción de tutela al ICBF mediante auto del 13 de mayo de 2015.

[8] El Tribunal Superior de Cundinamarca vinculó al trámite de la acción de tutela a la Asociación Creemos en Ti mediante auto del 13 de mayo de 2015.

[9] Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales.

[10] El Tribunal Superior de Cundinamarca vinculó al trámite de la acción de tutela al señor Santiago mediante auto del 13 de mayo de 2015.

[11] Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género.

[12] Véase, entre otras, las Sentencias T-455 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y T-863 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

[13] Al respecto las intervinientes refirieron a dos casos en los que, a nivel internacional, se encontró que los Estados desconocieron el deber de debida diligencia, en un caso por no actuar de forma expedita cuando un padre raptó y mató a sus tres hijas, pese a que tenía una orden de protección; y en el otro, porque no se modificó el régimen de visitas no vigiladas con el padre agresor, que terminó con la muerte de la niña. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Jessica Lenahan contra Estados Unidos y Comité

para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el caso Ángela González contra España.

[14] Informe de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, documento E/CN.4/2003/75, 6 de enero de 2003.

[15] “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.”

[16] Citan a la autora Pereda Noemí en “consecuencias psicológicas iniciales del abuso sexual infantil. Papeles del Psicólogo”, Volumen 30.

[17] Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual Infantil (1983).

[18] Al respecto se señala que el Comité de la citada Convención, recientemente adoptó una decisión histórica en la que condenó al Estado español por el asesinato de una niña a manos de su padre, pues pese a la situación de riesgo en la que se encontraba, dio prevalencia al derecho del padre a continuar con las visitas, lo que propició el crimen.

[19] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[20] Para efectos prácticos y en la medida en que los cuadernos del expediente remitido a esta Corporación no se encuentran numerados, se adoptará la siguiente numeración: (i) el cuaderno 1 corresponde al que está compuesto por 883 folios; (iii) el cuaderno 2 es el que está integrado por 283 folios; (iii) el cuaderno 3 es el que tiene 120 folios; (iv) el cuaderno 4 es el que cuenta con 125 folios; (v) el cuaderno 5 es el que está compuesto por 20 folios y; finalmente, (vi) el cuaderno 6 es el de 104 folios. Por lo demás, se resaltan únicamente aquellas pruebas directamente relacionadas con el asunto sometido a decisión.

[21] Este informe se encuentra resumido en la contestación de la demanda por parte de la Asociación Creemos en Ti y es básicamente el que justifica la presente acción de amparo, como se verá más adelante.

[22] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[23] Ibídem

[24] Sentencia T-1103 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

[25] Sentencias T-1103 de 2005, T-1022 de 2006 y T-1233 de 2008.

[26] Véase, al respecto, los acápites 1.2.7 y III de esta providencia.

[27] Tanto la tutela presentada ante el Juez Promiscuo de YY, como la formulada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca tienen finalmente por objeto que se suspendan las visitas del señor Santiago a su hija.

[28] En la acción de tutela presentada en noviembre de 2014 se demandó a la Comisaría de Familia de YY, mientras que en la que se estudia en esta oportunidad se cuestiona principalmente la actuación adelantada por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de ZZ, más allá de que también se incluya a la Comisaría como entidad demandada.

[29] Decreto 2591 de 1991, art. 14. En desarrollo de la anterior disposición, la jurisprudencia de la Corte ha admitido que el juez de tutela, de manera oficiosa, tiene competencia para esclarecer las actuaciones u omisiones que amenazan o vulneran los derechos fundamentales, así como para determinar –realmente– qué norma constitucional fue infringida y cuál es la pretensión que se pretende realizar a través del amparo constitucional. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-594 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se dijo que: “Cabe recordar que, de conformidad con los principios de la efectividad de los derechos fundamentales y de oficiosidad e informalidad que rigen la acción de tutela, corresponde al juez de conocimiento desplegar la actividad pertinente para esclarecer los hechos que dieron origen a la demanda. En tal sentido, no es admisible que la autoridad judicial, a quien el Constituyente ha confiado con carácter prioritario y prevalente la realización concreta de los derechos fundamentales y la adopción de medidas urgentes orientadas a su inmediata protección, se excuse de cumplir tan delicadas funciones exigiendo a la persona solicitante requisitos que la Carta no contempla o fórmulas sacramentales.”

[30] Ley 1098 de 2006, art. 96.

[31] El artículo 103 de la Ley 1098 de 2006 establece que: “La autoridad administrativa

que haya adoptado las medidas de protección previstas en este Código podrá modificarlas o suspenderlas cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas. La resolución que así lo disponga se notificará en la forma prevista en el inciso tercero del artículo anterior y estará sometida a la impugnación y al control judicial establecidos para la que impone las medidas. (...)”

[32] Sobre el particular, el artículo 50 de la Ley 1098 de 2006 dispone que: “Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivos de los derechos que le han sido vulnerados”.

[33] El régimen consiste en que el padre debe recoger a Sandra en casa de su madre los viernes a las 6:00 PM cada quince días, para dejarla nuevamente el domingo o lunes siguiente, si es festivo, a las 3:00 PM en el mismo lugar.

[34] M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[35] Ibídem.

[36] Al respecto, en la Sentencia T-310 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se indicó que: “(...) la acción de tutela contra sentencias es un juicio de validez de la decisión judicial, basado en la supremacía de las normas constitucionales. Esto se opone a que la acción de tutela ejerza una labor de corrección del fallo o que sirva como nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado que dieron lugar al mismo. En cambio, la tutela se circunscribe a detectar aquellos casos excepcionales en que la juridicidad de la sentencia judicial resulte afectada, debido a que desconoció el contenido y alcances de los derechos fundamentales”.

[37] M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta oportunidad, la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que proscribía cualquier acción contra la sentencia que resolviera el recurso extraordinario de casación en materia penal.

[39] La norma en cita –previamente transcrita– dispone que: ““Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivos

de los derechos que le han sido vulnerados”. Énfasis por fuera del texto original.

[40] CP art. 44.

[41] Ley 1098 de 2006, art. 119.2. La norma en cita señala que: “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”.

[42] Sentencia T-671 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En este punto vale la pena resaltar que contra las sentencias no cabe el recurso de reposición, en virtud de la prohibición legal que establece que “la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció”. Ley 1564 de 2012, art. 285.

[43] Al respecto cabe recordar que, de acuerdo con la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma que consagra la exoneración del deber de denuncia, cuando se trate de delitos cometidos por el cónyuge, compañero permanente y parientes en el cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad, la exoneración no comprende los casos en que la conducta a denunciar afecte la vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual de un menor de edad (Sentencia C- 848 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[44] La sentencia fue dictada el 24 de abril de 2015 y la acción de tutela se interpuso el día 13 de mayo del mismo año.

[45] Ley 1564 de 2012, arts. 285, 318 y ss.

[46] Ver numeral 4.3.2.

[47] Sentencia T-008 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[48] Al respecto ver Quinche Ramírez, Manuel F, La Acción de Tutela, Ed Temis, 2011, pág. 255.

[49] La Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, señaló que existe desconocimiento de la garantía del juez natural cuando: (i) se desconoce la regla general de

competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios ex-post con tribunales ad-hoc; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria.

[50] Sentencia T-1057 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería.

[51] Sentencia T-302 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[52] Sentencia T-757 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[53] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[54] Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.”

[55] Las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños son el defensor de familia, el comisario de familia, la Policía Nacional y el Ministerio Público, de acuerdo con el Código de la Infancia y la Adolescencia (artículos 79 a 95).

[56] Ley 1098 de 2006, art. 56.

[57] Ley 1098 de 2006, art. 57.

[58] Ley 1098 de 2006, art. 59.

[59] Decreto 2737 de 1989.

[60] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[61] M.P. Jaime Humberto Araque González.

[62] En la sentencia en cita se manifestó que: “(...) el juez de familia como ejecutor de la

función de policía que debe ejercer el Estado para la protección de los derechos de menores, debe en virtud de la homologación, ir más allá de la simple revisión del cumplimiento de los requisitos del debido proceso y las exigencias del trámite administrativo, y debe hacer una revisión de los requisitos sustanciales del asunto, estos es, establecer si la decisión no viola los derechos fundamentales de los menores sometidos a la decisión, o lo que es lo mismo, establecer si la medida adoptada es oportuna, conducente y conveniente según las circunstancias especialísimas que rodean al niño (...)"

[63] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[64] Reiterada en las Sentencia T-502 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia T-664 de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango y T-212 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[66] Sentencia T-260 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[67] M.P. Alexei Julio Estrada.

[68] Sentencia T-044 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[69] La jurisprudencia de manera general ha reiterado la regla referida a la necesidad de equilibrar los derechos de los niños y los de sus padres. Sin embargo, en las Sentencia T-397 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-572 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se reformuló esta regla para hablar de la necesidad de equilibrar los derechos de los parientes biológicos o de crianza, con los derechos de las y los niños.

[70] Esta regla fue formulada en las Sentencias T-397 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-572 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[71] Sentencia T-510 de 2003, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[72] "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, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo"

[73] “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”

[74] “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”

[75] “Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.”

[76] Sentencia T-843 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[77] El inciso 2 del artículo en cita define el maltrato infantil como “toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

[78] Al respecto la Corporación Humanas cita a: PAREDA, Noemí, consecuencias psicológicas iniciales del abuso sexual infantil, Papeles del Psicólogo, Volumen 30.

[79] Sobre los efectos que producen algunos delitos en los niños, entre ellos el abuso sexual, también se puede consultar la intervención de la Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, reseñada en la Sentencia C-848 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en cuya parte pertinente describe que: “algunos de estos delitos, como el maltrato intrafamiliar o el abuso sexual en menores de edad, producen, dependiendo de variables como la edad y el género del niño, el vínculo con el victimario, el tipo y magnitud de la agresión y su proyección en el tiempo o el entorno social, económico y cultural, una afectación y un impacto negativo profundo a nivel emocional, social, cognitivo e ideológico, que se manifiesta a través de sentimientos de baja autoestima, visión negativa de la vida, ansiedad, depresión, proclividad al suicidio, inestabilidad

emocional, alternaciones de la personalidad, conductas de auto-lesividad y anti-sociales, trastornos de la alimentación, dificultades de aprendizaje, somatización, entre muchas otras”.

[80] Al respecto citan al autor Ronald Summit en la obra Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual Infantil (1983).

[81] Según la Asociación, los planteamientos teóricos sobre el SAP han sido desarrollados por Gardner, 1998.

[82] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

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

[84] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[85] Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 12 de 1991.

[86] El artículo 7 establece que: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

[87] El artículo 8 dispone: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados

Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

[88] En lo pertinente el artículo en mención dispone que: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. // (...) 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (...)”.

[89] Sentencias T-319 de 2011 y T- 012 de 2012.

[90] CP, art. 5. La norma en cita dispone que: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

[91] CP, art. 44.

[92] Al respecto, en la Sentencia T-115 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se dijo que: el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral. De acuerdo a este principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento.

[93] Sentencia T-012 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio.

[94] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[95] El artículo 13 señala que: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley,

recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (...)”

[96] El artículo 43 estipula que: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. (...)”.

[97] En el aparte pertinente, las normas en cita disponen que: “Artículo 13. (...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...)”. “Artículo 42. (...) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. (...) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. // Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. (...)” “Artículo 43. (...) Durante el embarazo y después del parto [la mujer] gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. // El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” “Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) la protección especial a la mujer [y] a la maternidad”.

[99] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada mediante Ley 248 de 1994.

[100] Caso Ángela González contra España, 16 de julio de 2014.

[101] Ley 1098 de 2006, art. 96. La citada norma establece que: “Corresponde a los Defensores de Familia y Comisarios de Familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente código. (...)”.

[102] Sobre el particular, el citado artículo 50 de la Ley 1098 de 2006 dispone que: “Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un

ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”.

[103] Se trata, como se mencionó en el acápite de antecedentes del informe del día 17 de abril de 2015.

[104] Del expediente se advierte que la Comisaría el día 18 de marzo de 2015, después de haberse recibido el informe final de seguimiento de la Asociación, le solicitó realizar una nueva valoración para determinar si las visitas debían ser suspendidas, pues se tuvo noticia de nuevos hechos.

[105] Ley 1098 de 2006, art. 100.

[106] El citado artículo establece el carácter transitorio de las medidas adoptadas por la autoridad administrativa en los siguientes términos: “La autoridad administrativa que haya adoptado las medidas de protección previstas en este Código podrá modificarlas o suspenderlas cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas. La resolución que así lo disponga se notificará en la forma prevista en el inciso 3° del artículo anterior y estará sometida a la impugnación y al control judicial establecidos para la que impone las medidas. (...)”

[107] Sobre el particular, en el aparte pertinente del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 se dispone que: “(...) Vencido el traslado (...) [el funcionario] decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición”.

[108] De conformidad con el párrafo 2 del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el Defensor o Comisario de Familia cuenta con 4 meses para proferir la decisión, prorrogables excepcionalmente por dos meses más, término cuya prórroga en efecto solicitó la Comisaría de Familia de YY el 30 de septiembre de 2014 (Folios 288 a 290 del cuaderno 1).

[109] M.P. Alexei Julio Estrada

[110] Al respecto, resulta pertinente tener en cuenta lo previsto en 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, se reforman los Códigos Penal, de

Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, cuyos preceptos normativos, en general, propenden por la lejanía de la presunta víctima de violencia sexual de su agresor, en salvaguarda de la estabilidad emocional de la primera.

[111] Sobre el particular, el artículo 19 de la ley en cita dispone que: “Artículo 19. Recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual. Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, de la presunción de inocencia y la autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7o del Código de Procedimiento Penal, los funcionarios competentes podrán tener en cuenta las siguientes recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual, sin perjuicio de la utilización de otros criterios dirigidos a garantizar la debida diligencia en la investigación y Juzgamiento: 1. No se condicionará la determinación de la ocurrencia del hecho de violencia sexual a la existencia de prueba física. 2. La ausencia de rastros de espermatozoides, fluidos, ADN, o lesiones en el cuerpo de la víctima, no es razón suficiente para concluir la no ocurrencia de la conducta. 3. La utilización de preservativo por parte del presunto agresor, no permite inferir el consentimiento por parte de la víctima. 4. El hallazgo del himen entero en la víctima no es razón suficiente para concluir la no ocurrencia de la conducta. 5. Se atenderá al contexto en que ocurrieron los hechos criminales y los patrones que explican su comisión, especialmente aquellos que ocurren en el marco del conflicto armado. Para este efecto los operadores de justicia podrán acudir a peritajes psicológicos o antropológicos. 6. No se desestimaré el testimonio de la víctima de violencia sexual con ocasión del conflicto armado, en especial cuando se trata de una víctima menor de edad. 7. Se introducirán técnicas de investigación de alta calidad para la obtención de pruebas sin ser degradantes para la víctima y minimizando toda intrusión en su intimidad. 8. Ante la existencia de una víctima con orientación sexual diversa se investigará a profundidad los hechos ocurridos, sin calificarlos a priori como crímenes pasionales o como venganzas personales. La investigación debe garantizar la hipótesis de la existencia del crimen por homofobia.”

[112] Plazo establecido por el legislador en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando debe prorrogarse el término inicial de cuatro meses para proferir la decisión.

[113] Respecto de este principio la doctrina ha señalado que: “este principio rechaza la

prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa investigativa del proceso. Es tan importante, que de acuerdo con este principio debe negársele valor a la prueba practicada con su desconocimiento, como sería la que no fue previamente decretada en el procedimiento escrito, e incluso, el dictamen de peritos oportunamente ordenado, o al menos simultáneamente en el oral, pero que no fue puesto en conocimiento de las partes para que estas ejercitaran su derecho de solicitar aclaraciones o ampliaciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Sexta Edición, Editorial Temis, páginas 115 y 116.

[114] Folio 56 del cuaderno de revisión.

[115] Lo anterior no es un yerro menor si se tiene en cuenta que los hallazgos en uno y otro documento son complementarios. Así, mientras en la etapa inicial del análisis efectuado por la Asociación Creemos en Ti se determinó que existía gran cariño entre padre e hija, en el informe final, aquel se presenta como un elemento que descarta alienación parental y, aunado a otras manifestaciones en su comportamiento, indica una alta probabilidad de violencia sexual contra ella por parte de su progenitor, desde el punto de vista psicológico.

[116] Al respecto conviene tener en cuenta que la Asociación Creemos en Ti, encargada de valorar a Sandra para descartar o verificar sus manifestaciones (Cd.1 fl76), recomendó a la Comisaría de Familia, aguardar el resultado del proceso de acompañamiento psicológico y emocional a la menor de edad; en consecuencia, mediante decisión del 10 de julio de 2014, la Comisaría suspendió las visitas del padre hasta obtener dichos resultados.

[117] Obsérvese que los conceptos médicos indican que la menor de edad presentaba hiperquinesia, negación de lo sucedido y evasión del tema, característicos de quienes han sido objeto de violencia sexual, como lo dejan ver las intervenciones amicus curiae en sede de revisión.