REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Sexta de Revisión

SENTENCIA T-351 de 2021

Referencia: Expedientes T-7.995.814 y T-8.216.909.

Acción de tutela instaurada por el señor JMBR contra la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación; la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales; el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF y el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá.

Procedencia: Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Asunto: Protección constitucional de los niños, niñas y adolescentes. Interés superior del menor de edad en escenarios de presunta violencia sexual. Tutela contra providencias judiciales.

Magistrada Sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia del 31 de julio de 2020 emitido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la providencia del 26 de junio de 2020 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca, que concedió el amparo solicitado por

JMBR, en contra del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF y el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá (expediente T-7.995.814).

Ese asunto llegó a la Corte en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 por remisión que efectuó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. El 15 de diciembre de 2020, la Sala Número Siete de Selección de Tutelas de esta Corporación escogió el presente caso para su revisión.

Igualmente, es objeto de revisión la sentencia de única instancia del 12 de marzo de 2020 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Aquella declaró improcedente la tutela por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad (expediente T-8.216.909). Ese despacho remitió el asunto a la Corte el 23 de abril de 2021. Posteriormente, la Sala de Selección de Tutelas número Seis escogió este segundo asunto para su revisión el 29 de junio de 2021.

Aclaraciones previas

En el presente caso, la Sala estudiará la situación de dos menores de edad. Por tal razón, como medida de protección de su intimidad, sustituirá el nombre de los niños y el de sus familiares por unos ficticios, en esta providencia y en toda futura publicación de la misma. Lo anterior, para efectos de identificar a las personas y presentar los hechos que dieron lugar a la acción de tutela.

De otra parte, la Sala aclara que los dos procesos de tutela que se estudian en esta ocasión hacen referencia a los mismos hechos y a un único escrito de tutela. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá admitió la tutela (expediente T-8.216.909) únicamente respecto de algunas entidades demandadas y remitió copia del expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca, con el fin de que esta resolviera el recurso de amparo en relación con las instituciones demandadas restantes. De esta forma, una única solicitud de amparo fue escindida en dos, por lo que múltiples autoridades judiciales resolvieron las pretensiones del actor. Por tal razón, la Corte acumuló estos dos expedientes para que fueran fallados en una sola sentencia.

I. ANTECEDENTES

El señor JMBR interpuso acción de tutela contra *i)* el director de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación; *ii)* la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales; *iii)* el Centro Zonal de Zipaquirá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, ICBF) y, *iv)* el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá. Lo anterior, por la presunta vulneración de su derecho al debido proceso y del derecho de sus hijos a tener una familia y no ser separados de ella[1].

[1] Expediente T-7.995.814. Cuaderno principal, folios 1 y 4, tal como consta en la acción de tutela interpuesta por el señor JMBR.

En concreto, aduce que su expareja, la señora AMBR, lo denunció por los presuntos delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y violencia intrafamiliar, supuestamente cometidos contra sus hijos –quienes en aquel momento tenían 2 años y 6 meses–. Si bien este proceso fue archivado por *"inexistencia del hecho",* el accionante afirma que, sin su conocimiento, el 30 de julio de 2018, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación ante el *"Juzgado 58 de Garantías (...) por ser presuntamente autor de los delitos de acceso carnal abusivo en concurso con actos sexuales agravados en concurso con violencia intrafamiliar"*[2].

Adicionalmente, dice haber vivido *"un calvario en múltiples instancias judiciales y administrativas"*[3] para poder ver a sus hijos. Aun cuando el Centro Zonal de Usaquén del ICBF ordenó visitas supervisadas con el fin de que pudiera tener contacto con ellos. Indica que la señora AMBR desobedeció lo dispuesto por esa autoridad.

También, afirma que su expareja e hijos fueron incluidos en el programa de protección y asistencia a testigos de la Fiscalía General de la Nación. En este marco fueron trasladados a otro domicilio como medida de protección. Posteriormente, la señora AMBR solicitó permiso de salida de los niños ante el ICBF y esa entidad, a su turno, *"ofició a Migración Colombia autorizando, sin mi consentimiento, la salida de mis hijos de la República de Colombia"*[4].

Finalmente, expone que el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF suspendió las visitas a las que el accionante, a su juicio, tenía derecho, en contraposición a lo decidido por el Centro Zonal de Usaquén. Asimismo, el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá homologó esta decisión, en atención a que sus hijos habían sido acogidos por el programa de protección y asistencia a testigos. Según el solicitante, este fallo lo ubica *"como un potencial delincuente (...) dejándome huérfano de cualquier posibilidad de defensa"*[5], sin justificación aparente.

A. Hechos y pretensiones

Proceso penal en contra del señor JMBR

1. El 31 de mayo de 2017[6], la señora AMBR denunció a su expareja, el señor JMBR, por el presunto delito de actos sexuales con menor de 14 años. Aquel fue supuestamente cometido en contra de sus hijos menores de edad, quienes, en ese momento, tenían 2 años y 6 meses.

---

[2] Ibidem, folio 1.
[3] Ibidem, folio 2.
[4] Ibidem, folio 3.
[5] Ibidem.
[6] Ibidem, folio 26, según consta en el formato de orden de archivo del proceso penal con número de radicado 110016000721201700010.

2. El 30 de junio de 2017[7], la Fiscalía Séptima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá archivó el proceso penal, por inexistencia del hecho. Lo anterior, debido a que no encontró motivos ni circunstancias fácticas o físicas en los menores de edad que permitieran establecer la caracterización del delito de actos sexuales con menor de 14 años. A tal conclusión arribó porque los hallazgos médicos daban cuenta de resultados normales en su desarrollo que no eran concluyentes sobre dicho delito[8].

3. El 30 de julio de 2018[9], la Fiscalía Séptima de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales imputó cargos al señor JMBR por el "*delito de acceso carnal con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo art. 31 agravado 211 No.5 en concurso heterogéneo con violencia intrafamiliar art. 229"*[10]. Lo anterior, debido a que desarchivó el proceso penal como consecuencia de la solicitud remitida por la señora AMBR.

4. El 30 de octubre de 2018[11], la Fiscal Séptima de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales diligenció escrito de acusación en contra del señor JMBR, por los presuntos delitos de "*acceso carnal con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, conducta agravada art. 211 No. 5 en concurso heterogéneo con violencia intrafamiliar"*[12]. A este respecto, la Fiscalía consignó como elementos materiales probatorios (i) los testimonios de la familia de los menores de edad, los profesionales de la salud que evaluaron a los niños, los psicólogos forenses que examinaron los comportamientos de los menores de edad, los policías judiciales que presentaron informe de campo y registro de cadena de custodia y, finalmente, del ingeniero que realizó informe de extracción de evidencia digital[13]; (ii) formato único de noticia criminal, que contiene la denuncia presentada por la señora AMBR; (iii) las historias clínicas de los niños; (iv) peritajes psicológicos forenses; (v) informes periciales de clínicas forenses; (v) entrevistas a familiares de los niños y psicólogos forenses, entre otros[14].

---

[7] Cuaderno principal, folios 26-31, según consta en el formato de orden de archivo del proceso penal con número de radicado 110016000721201700010.
[8] Particularmente, al entrevistar a uno de los niños, "*se le enseñaron los dibujos anatómicos sin diferenciar el género ni lograr identificar las partes del cuerpo*". Además, según constaba en historia clínica de la Fundación Cardio Infantil, el menor de edad no presentaba *"(...) lesiones en piel de genitales ni región perianal*". El segundo menor de edad presentaba "*genitales femeninos normales, periné normal, al examen general se observa fisura reciente y respuesta anal normal. Examen neurológico y de desarrollo normales (...)"*. Asimismo, conforme al Informe Técnico Médico Legal Sexológico correspondiente, los hallazgos descritos en el examen anal y perianal no permitían hacer conclusiones sobre abuso sexual. Ibidem, folio 30 y 31.
[9] Ibidem, folio 14, tal como consta en los fundamentos fácticos del escrito de acusación, diligenciado por la fiscal séptima de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales.
[10] Ibidem.
[11] Ibidem, folios 12-21, tal como consta en el escrito de acusación diligenciado por la Fiscal 7 de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales.
[12] Ibidem, folio 10.
[13] Ibidem, folios 17-18.
[14] Ibidem, folios 18-20.

5. El 26 de marzo de 2019[15], el Juzgado 54 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá celebró audiencia de acusación, dentro del proceso penal contra del señor JMBR.

6. El 17 de julio de 2019[16], la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, mediante acta No. 20191100041973, vinculó a la señora AMBR y a sus hijos menores de edad al Programa de Protección. Lo anterior, a solicitud de la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales. Esta última asumió el conocimiento del proceso penal en contra del señor JMBR, luego de haberse celebrado la audiencia de acusación[17].

7. Los días 27 de agosto[18] y 7 de noviembre de 2019, y 24 de enero de 2020[19], el Juzgado 54 Penal de Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá celebró audiencia preparatoria dentro del proceso penal contra el señor JMBR.

8. El 22 de noviembre de 2019[20], el ICBF, por medio de la Resolución No. 186, otorgó permiso de salida transitoria del país a los menores de edad. Lo anterior, conforme al parágrafo 1º del artículo 110 de la Ley 1098 de 2006, que establece que el Defensor de Familia otorgará de plano permiso de salida del país a los niños, las niñas o los adolescentes que ingresan al Programa de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación.

Proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de los hijos de los señores AMBR y JMBR

9. De forma paralela al proceso penal adelantado en contra del señor JMBR, se adelantó un proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los hijos de la pareja. En este escenario, entre el 20 y el 22 de septiembre de 2017[21], la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén celebró audiencia de práctica de pruebas y fallo. En esa diligencia, la Defensora aclaró que debía armonizar el interés superior de los menores de edad con los derechos de sus progenitores[22]. Bajo ese entendido, conforme al artículo 44 de la Constitución,

---

[15] Expediente T-8.216.909. "*Actuación Tribunal",* folio 135, según se describe en la sentencia de tutela de única instancia, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual resume la respuesta a la acción de tutela remitida por la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales.
[16] Ibidem, folios 143-144, tal como consta en la respuesta a la acción de tutela, remitida por la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos y resumida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca en fallo de tutela de única instancia.
[17] Ibidem, folio 143, según consta en la sentencia de tutela de única instancia, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca.
[18] Ibidem.
[19] Expediente T-7.995.814. VIVIANA BEJARANO M. *Expediente T-7995814- Pronunciamiento sobre los Autos con fecha del 08 de marzo de 2021 y del 05 de abril del 2021.* Fecha de envío: 20 de abril a las 17:06. Documento adjunto: *Pronunciamiento sobre el Auto del 8 de marzo y 5 de abril del 2021.*
20 Expediente T-7.995.814. JUZGADO 02 FAMILIA -CUNDINAMARCA-ZIPAQUIRÁ. *RESPUESTA A OFICIO OPT-A-244-2020 - EXP. T-7995814.* Fecha de envío de mensaje: 16 de febrero de 2021, a las 16:04. Documento adjunto: *"PERMISO SALIDA PAÍS",* folios 72-84, tal como consta en la Resolución 186 del 22 de noviembre de 2019, emitida por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF.
[21] Ibidem, folios 40-65, según consta en la Resolución No. 507 de 2017, emitida por la Defensora de Familia - Equipo 3 de Protección- Piedad Cecilia Padilla Guerrero.
[22] Ibidem, folio 54.

los primeros gozaban de los derechos a tener una vida libre de violencia, a tener una familia y no ser separados de ella[23].

De acuerdo con lo expuesto y con el fin de verificar si era necesario decretar medidas de restablecimiento de derechos, la Defensora de Familia analizó la situación de los niños en dicha audiencia y encontró lo siguiente: **(i)** La señora AMBR aportó pruebas que pretendía hacer valer como dictámenes periciales elaborados por presuntos profesionales en las materias. Empero, estas pruebas no estaban rubricadas, no venían acompañadas de los documentos necesarios para acreditar la idoneidad y la experiencia de los peritos, y no incluían los fundamentos técnicos y científicos en los que basaban sus conclusiones. En suma, los dictámenes no cumplían con las exigencias establecidas en los artículos 176 y 250 del Código General del Proceso[24]. **(ii)** La Fiscalía General de la Nación informó que, si bien inicialmente la denuncia penal fue archivada por inexistencia del hecho, la tramitó y estaba a la espera de fijar fecha de la diligencia de formulación de imputación[25]. En relación con este asunto, la Defensora de Familia indicó que *"hasta que el progenitor no haya sido declarado culpable a la luz del art. 29 Constitucional toda persona se presume inocente (...) Es decir, el hecho de haberse continuado la acción penal no resulta concluyente de la comisión del abuso sexual, por lo que se hace necesario para efectos de este proceso esperar el desarrollo del proceso penal para establecer plenamente la vulneración del derecho a la integridad sexual consagrado en el art. 18 del CIA* [Código de la Infancia y la Adolescencia]*"*[26]. **(iii)** En consideración a lo anterior, señaló que el señor JMBR tenía derecho a visitar a sus hijos, de acuerdo con el artículo 256 del Código Civil[27]. Dicha norma está ligada, a su vez, al derecho de los niños a tener una familia[28].

Por esta razón, consideró necesario regular el derecho de visitas solicitado por el progenitor. Lo anterior, *"bajo la necesidad de actuar de manera preventiva en la relación con sus hijos en virtud de la presunta vulneración de derechos contenida en la denuncia penal incoada por la progenitora"*[29]. Por último, **(iv)** encontró que los niños habían sido revictimizados, al someterlos a dictámenes extraprocesales que no cumplían con la normativa aplicable. También, al evocar presuntas situaciones de abuso sexual y exponerlos a la toma de fotos que vulneraban su intimidad, sin la debida autorización de una autoridad judicial o administrativa[30].

---

[23] Ibidem.
24 Ibidem, folios 56-57. Los artículos referenciados rezan: "*Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos (...)"* y *"Artículo 250. Indivisibilidad y alcance probatorio del documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato".*
[25] Ibidem, folio 57.
[26] Ibidem.
[27] *"Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes".*
[28] Expediente T-7.995.814. Cuaderno principal, folios 57-58.
[29] Ibidem, folios 58-59.
[30] Ibidem, folio 60.

Por lo anterior, mediante Resolución No. 507 del 20 de septiembre de 2017, la Defensora de Familia declaró que los menores de edad en cuestión se encontraban en una situación que vulneraba sus derechos a la integridad sexual y que constituye maltrato infantil, conforme a los artículos 18 y 22 del Código de Infancia y Adolescencia[31]**.** Asimismo, impuso las siguientes medidas de restablecimiento de derechos: (i) ubicó a los menores de edad en medio familiar en cabeza de su madre; (ii) reguló las visitas debidas al señor JMBR de manera supervisada el primer y último miércoles hábil de cada mes, de 2:00pm a 4:00pm y, (iii) remitió a los padres a la Fundación Pisingos, con el fin de fortalecer el vínculo paterno filial, las pautas de crianza y la comunicación asertiva.

De otro lado, ordenó a la Fundación Creemos en Ti remitir informes periódicos del proceso terapéutico realizado a los niños. También, advirtió a la señora AMBR que cualquier incumplimiento de lo ordenado generaría sanciones en lo sucesivo. Igualmente, solicitó a la Fiscalía General de la Nación informar periódicamente sobre el proceso penal en curso contra el señor JMBR. Por último, amonestó a los padres de los niños para que se abstuvieran de vulnerar sus derechos[32].

10. Entre el 11 de octubre de 2017 y el 23 de mayo de 2018[33], el señor JMBR se presentó ante el Centro Zonal de Usaquén en 28 ocasiones. Lo anterior, con el fin de dar cumplimiento a las visitas supervisadas que fueron ordenadas por el ICBF. Sin embargo, la señora AMBR nunca acudió junto con sus hijos, pues el 5 de diciembre de 2017 se trasladó a Tabio, Cundinamarca.

11. El 4 de diciembre de 2017[34], el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá revisó la Resolución No. 507 del 20 de septiembre de 2017, conforme a lo establecido en el artículo 100 del Código de Infancia y Adolescencia[35]. Lo anterior, porque

---

[31] Estas normas indican: *"ARTÍCULO **18. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario (…)*
ARTÍCULO 22. 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".

[32] Expediente T-7.995.814. Cuaderno principal, folios 61-63.

[33] Ibidem, folios 107-133, tal como consta en las actas de constancia emitidas por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén.

[34] Ibidem, folios 66-77.

[35] ***"Trámite.*** *Una vez se dé apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor de un niño, niña o adolescente, el funcionario notificará y correrá traslado del auto de apertura por cinco (5) días, a las personas que de conformidad con el artículo 99 del presente Código deben ser citadas, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer.*
Vencido el traslado, la autoridad administrativa decretará de oficio o a solicitud de parte, las pruebas que no hayan sido ordenadas en el auto de apertura, que sean conducentes, útiles y pertinentes, las cuales se practicarán en audiencia de pruebas y fallo o fuera de ella, de acuerdo con su naturaleza y con sujeción a las reglas del procedimiento civil vigente.
Las pruebas que fueron debidamente decretadas deberán practicarse, en caso contrario, la autoridad administrativa competente, mediante auto motivado revocará su decreto.

el accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 507 de 2017, con el fin de aumentar las horas al mes en las que podía visitar a sus hijos. Por su parte, la señora AMBR presentó estos mismos recursos pues, a su juicio, hasta tanto no se dilucidara si los menores de edad habían sido o no víctimas de actos sexuales abusivos, no era conveniente que se vieran con su padre. Como resultado del análisis, modificó el numeral 1° de la Resolución No.507 del 20 de septiembre de 2017 para *"indicar que las visitas se harán semanalmente los días miércoles de 2pm a 4pm en las instalaciones del centro Zonal de Usaquén por el término de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia"*[36].

12. El 5 de julio de 2018[37], la Defensora de Familia expidió auto mediante el cual ordenó el traslado del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños al Centro Zonal de Zipaquirá. Lo anterior, con base en el cambio de domicilio de la señora AMBR al municipio de Tabio, Cundinamarca.

13. El 16 de julio de 2018[38], la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá avocó conocimiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de los menores de edad.

14. El 12 de diciembre de 2018[39], el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF emitió la Resolución No. 384 de la misma fecha, mediante la cual definió la situación jurídica de los menores de edad, dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos que se adelantó en su favor. En ese documento, la Defensora de Familia concluyó que: (i) la madre era la garante de los derechos de los niños involucrados; (ii) su padre contaba con un proceso penal activo por los presuntos delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y violencia intrafamiliar, y (iii) hacía un año y seis meses que los infantes no tenían contacto alguno con su padre[40].

De igual forma, aclaró que, el 25 de septiembre de 2018, solicitó a la Fiscalía Séptima Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales que informara si remitió a los menores de edad a valoración psicológica. A este respecto, el 30 de octubre

---

De las pruebas practicadas antes de la audiencia de pruebas y fallo, mediante auto notificado por estado, se correrá traslado a las partes por un término de 5 días, para que se pronuncien conforme a las reglas establecidas en el procedimiento civil vigente.
Vencido el término del traslado, mediante auto que será notificado por estado, se fijará la fecha para la audiencia de pruebas y fallo, en donde se practicarán las pruebas que no hayan sido adelantadas, se dará traslado de estas y se emitirá el fallo que en derecho corresponda.
El fallo es susceptible de recurso de reposición que debe interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron a la misma, y para quienes no asistieron se les notificará por Estado; el recurso se interpondrá en los términos del Código General del Proceso y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación.
Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo (...)

[36] Ibidem, folio 77.
[37] Ibidem, folio 136, tal como consta en los *"antecedentes fácticos"* de la Resolución No. 384 del 12 de diciembre de 2018, emitida por el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF.
[38] Ibidem, folio 187, tal como consta en la Resolución No. 384 del 12 de diciembre de 2018, emitida por el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF.
[39] Ibidem, folios 134-223, tal como consta en la Resolución No. 384 del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF.
[40] Ibidem, folio 193.

de 2018, el psicólogo forense que rindió declaración ante esa Fiscalía[41] acudió a ese Centro Zonal. Indicó que uno de los hijos de la pareja presentaba progresos significativos para diciembre de 2017, fecha en la que lo evaluó. En relación con el asunto, el profesional adujo que el niño fortaleció sus habilidades sociales, confianza y autonomía. Asimismo, dejó de presentar conductas hipersexualizadas[42].

Según lo expuesto, la Defensora de Familia concluyó que, en el momento, el niño estaba estable y feliz y con un desarrollo adecuado para su edad. Por esa razón, indicó que estos avances debían continuar[43]. Lo anterior implicaba mantener al menor de edad alejado de su presunto agresor. Bajo ese entendido, el psicólogo forense advirtió que existía un riesgo latente al *"exponer al niño a algún evento en el que se evoque las situaciones que pudo haber vivido sexualmente, los síntomas podrían retomar con mayor intensidad e inclusive se pueden cronificar (...) y se pueden convertir en conductas (...) compulsivas como autolesiones, erotización en los encuentros sociales o familiares, pánicos nocturnos, enuresis, encopresis, irritabilidad, retroceso en su desarrollo cognitivo, inestabilidad afectiva (...) ideas suicidas y agresión sexual a otros"*[44]. Por consiguiente, la Defensora resolvió suspender de manera provisional *"las visitas de los niños para con su padre"*[45], hasta tanto se resolviera el proceso penal por el presunto delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cometido aparentemente por el señor JMBR. En caso de que se declarara la inocencia del imputado, la Defensora ordenó remitir a los menores de edad a intervención terapéutica especializada, con el objetivo de lograr la construcción del vínculo afectivo dentro del subsistema paterno filial. De igual forma, ordenó remitir a la red familiar a orientación respecto de la mediación de conflictos entre los padres, con el fin de contribuir al bienestar de los hijos[46]. En atención a lo anterior, declaró finalmente que los derechos de los menores de edad fueron restablecidos *"sin evidenciarse situación de Amenaza (sic), inobservancia o Vulneración (sic) alguna de sus derechos"*[47].

15. El 17 de enero de 2020[48], el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá resolvió la homologación de la Resolución No. 384 del 12 de diciembre de 2018 emitida por el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF. En efecto, el juez encontró acreditado el procedimiento consagrado en el Código de la Infancia y la Adolescencia para trámites como el que ocupaba su atención[49].

---

[41] Ibidem, folio 174.
[42] Ibidem, folios 205-206.
[43] Ibidem, folio 206.
[44] Ibidem, folio 208. A este respecto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al responder al auto de decreto de pruebas del 9 de febrero de 2021, remitió copia del expediente No. 11001220400020200042000, sobre el proceso de tutela de la referencia. En este se anexa copia del peritaje psicológico forense realizado a uno de los menores de edad (folios 87-110).
[45] Ibidem.
[46] Ibidem, folios 209-210.
[47] Ibidem, folio 202.
[48] Expediente T-7.995.814. Cuaderno principal, folios 222-253, tal como consta en la decisión del 17 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá.
[49] Ibidem, folio 235.

Respecto de la oportunidad, conducencia y pertinencia del pronunciamiento, observó que, en el momento, los menores de edad contaban con servicio de salud, espacios de recreación y acceso a la educación. Adicionalmente, no presentaban dificultades en ámbitos como la nutrición y el desarrollo físico y emocional[50]. Por otro lado, afirmó que gracias a la intervención terapéutica de la Asociación Creemos en Ti, uno de los niños superó los eventos traumáticos de los cuales habría sido víctima[51]. Asimismo, reconoció que la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá suspendió provisionalmente las visitas, tras considerar que debía darle prevalencia al interés superior de los niños sobre el derecho de visitas en cabeza del progenitor. Lo anterior, hasta que finalizara el proceso penal en contra el señor JMBR[52].

De lo anterior, consideró que se pudo establecer, al menos con respecto a uno de los niños involucrados, que había sido víctima de actos sexuales. Esto, por cuanto:

> *"presentaba conductas típicas de niños menores de 3 años que han sido víctimas de abuso sexual, que ameritaron intervención terapéutica a efectos de superar la situación de vulneración de derechos que se presentó. Es decir, dentro del trámite administrativo se evidenció la existencia de situaciones irregulares completamente contrarias a la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuya comisión se endilga al progenitor de los niños de la referencia, por lo que sobre el mismo gravita la presunción de inocencia (...) con todo, los riesgos no pueden irrogarse sobre los niños (...) por lo que en el presente asunto debe primar el interés superior de estos, que en este caso se materializa en no someterles –por las visitas, así sean supervisadas, con su presunto agresor– a situaciones de estrés y ansiedad que podrían dar al traste con la intervención terapéutica que recibió* [uno de los niños]"[53].

Por consiguiente, concluyó que la decisión de la Defensora de Familia de suspender provisionalmente las visitas se ajustaba a derecho. En consecuencia, resolvió homologar *"en todas y cada una de sus partes la Resolución Número 384 de 12 de diciembre de 2018, proferida por la Defensoría de Familia del Centro Zonal Zipaquirá (...)"*[54].

Presentación del escrito de tutela

---

[50] Ibidem, folio 248, tal como consta en el resumen que realiza el juez de los seguimientos que realizó el ICBF a los menores de edad.
[51] Ibidem, tal como consta en el resumen que hace el juez de la intervención de la Asociación. A este respecto, cita a una psicóloga del Centro Zonal de Zipaquirá, quien adujo *"[e]n la actualidad,* [el niño] *(...) presenta proceso de desarrollo cognitivo medio-alto, a la fecha con repertorio de conductas adaptativas, estabilidad emocional y adecuados procesos de socialización con sistema familiar por línea paterna y comunidad educativa".*
[52] Ibidem, folios 248-249.
[53] Ibidem, 250-252.
[54] Ibidem, folios 252-253.

16. El 25 de febrero de 2020[55], a raíz de los anteriores hechos, el señor JMBR interpuso la presente acción de tutela contra: (i) el director de la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación; (ii) la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales; (iii) el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF y, (iv) el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá. Lo anterior, por la presunta afectación de sus derechos como padre de los infantes, protegido por la presunción de inocencia y, además, de los menores de edad a tener una familia y no ser separados de ella

a. Argumentos en contra de la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos Sexuales

El accionante expuso que esa entidad nunca propuso una orden de captura en su contra, ni informó al Juez 54 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá que él pudiera representar un peligro para sus hijos. En ese sentido, según el accionante, no hay fundamento sobre el presunto riesgo que él representa para ellos. Aun así, la Fiscalía accionada no le impuso ninguna medida de aseguramiento, pero solicitó paralelamente a la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos la vinculación de la señora AMBR y sus dos hijos en esa calidad. Lo anterior, sin que pudiera oponerse a tal acción[56]. A este respecto consideró que, presuntamente, de manera *"clandestina"* esta misma Fiscalía tramitó junto con la señora AMBR la salida transitoria del país de sus hijos[57].

b. Argumentos en contra de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación

El tutelante aseguró que, según lo establecido en el artículo 53 de la Resolución No. 1006 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación[58], se requiere del

---

[55] Ibidem, folios 1-9, según consta en la acción de tutela interpuesta por el señor JMBR.
[56] Cuaderno principal, folio 4.
[57] Ibídem, folio 5.
[58] *"Artículo 53. Concepto del Fiscal de Conocimiento. El concepto debe reunir la siguiente información:*
a) Indicar el estado del proceso penal y las particularidades de este al describir en forma completa la naturaleza y gravedad del caso.
b) Explicar la importancia y necesidad del testigo y su testimonio en relación con el peligro que implica su práctica para su vida.
c) Exponer las razones que permiten pensar que el candidato a protección y su testimonio son confiables, significativos y que con seguridad van a proporcionar su relato en la audiencia de juicio oral o audiencia pública, según la ley procesal aplicable.
d) Señalar los motivos que justificarían la posibilidad de incluir o no al candidato a protección al Programa de Protección y Asistencia.
e) En el concepto se incluirá un resumen del testimonio que la persona postulada va a brindar y otra información que demuestre la cooperación que ofrece el testigo.
f) Indicar si existen alternativas diferentes para obtener la información obtenida con el testimonio de otras fuentes de prueba.
g) En caso de que el candidato a protección participe en varios casos, resulta necesario enlistar los procesos en los que se espera que el testigo rinda su testimonio.
h) Hacer un cálculo realista de la fecha del juicio y la terminación del proceso, o procesos penales, en los cuales se espera que el candidato a protección intervenga con su testimonio.
i) Informar si existen otros individuos que ya estén vinculados al Programa de Protección y Asistencia, con relación al mismo caso. En caso afirmativo, indicar los nombres e identificaciones de aquellos.
j) El concepto puede aportar datos, información, documentos o elementos que considere relevantes para decidir la incorporación o no al programa de la persona postulada.

cumplimiento de 10 requisitos para vincular a alguien como testigo al programa de protección y asistencia. Aun así, aquella entidad incluyó a su expareja e hijos al Programa de Protección sin su conocimiento. Por ende, no pudo oponerse, lo cual, a su juicio, vulnera sus derechos de defensa y a la presunción de inocencia[59].

c. Argumentos en contra de la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF

Indica que aquella entidad tramitó un permiso de salida del país a favor de sus hijos sin su consentimiento. Por consiguiente, argumenta que dicha actuación viola el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella[60].

d. Argumentos en contra del Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá

Manifestó que ese despacho lesionó sus derechos, al decidir, con base en la medida de amparo concedida por la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos, confirmar la resolución del Centro Zonal de este mismo municipio. Aquella suspendió las visitas a las que tenía derecho con sus hijos. En relación con este asunto, enfatizó que con esta providencia también se vulneran los derechos de sus hijos a tener una familia y a no ser separados de ella[61].

e. Pretensiones

Por las razones anteriormente aducidas, el señor JMBR solicitó: (i) ordenar al director de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación *"revisar si realmente se cumplió con el protocolo para dar ingreso a mis hijos (...)"*[62] a ese estatus protegido que le impide como padre verlos; (ii) ordenar el levantamiento de la reserva, para que *"se conmine a la Fiscal 234 Seccional, inform[ar] el contenido de la solicitud que radico (sic) en el programa de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación"*[63]*;* (iii) anular la

---

k) Informar si la persona candidata a protección hace parte de algún grupo incluido en el factor diferencial y de género.
l) Señalar si con su testimonio (el de la persona candidata a protección) pueden ponerse en riesgo otras personas que pertenezcan al grupo de factor diferencial y de género.
PARÁGRAFO. *En caso de que la Dirección Nacional de Protección y Asistencia requiera la complementación del concepto podrá requerir al fiscal de conocimiento, quien deberá aportar la información solicitada al día siguiente hábil en que fue recibida la comunicación".*

[59] Expediente T-7.995.814. Cuaderno principal, folio 5, tal como consta en el escrito de tutela presentado por el señor JMBR.

[60] Idem.

[61] Ibidem, folio 6. Para sustentar su posición, cita los artículos 5° y 44 de la Constitución, los cuales establecen, respectivamente, la obligación del Estado de amparar a la familia como institución básica de la sociedad y los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes al cuidado, al amor, y a no ser separados de su familia. Asimismo, saca a colación la Ley 1098 de 2006, que consagra el derecho de los menores de edad a *"tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella".* De igual forma, recuerda que el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reza que la *"familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado".* Finalmente, aduce que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.

[62] Ibidem, folio 8.

[63] Idem.

decisión del ICBF de dar permiso de salida del país a sus hijos y, (iv) revocar la decisión del Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, *"en la que confirmó una resolución del ICBF por medio de la cual impiden que yo pueda ver a mis hijos"*[64].

B. Actuaciones procesales en sede de tutela

El conocimiento de la presente tutela le correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Sin embargo, al admitir el recurso de amparo, ese despacho dividió el proceso en dos partes, según las entidades accionadas. De esta manera, la Sala Penal en mención avocó conocimiento exclusivo de los cargos dirigidos contra la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales; la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía y la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF.

Por su parte, la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca hizo lo propio respecto al Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá. Más adelante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia conoció, en segunda instancia, del fallo proferido por aquella. A continuación, la Sala describe los procesos mencionados.

i. Actuaciones procesales realizadas ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá (Expediente T-8.216.909)

Mediante Auto del 3 de marzo de 2020[65], esa Sala asumió *"el conocimiento de la acción de tutela instaurada por* [JMBR] *en contra de la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de delitos sexuales, la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (...)"*[66].

Asimismo, remitió copia de la tutela a la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca para lo de su competencia, *"debido a que una de las pretensiones de la acción constitucional está encaminada a que se revoque la decisión proferida por el Juez Segundo de Familia de Zipaquirá"*[67].

Respuesta de la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF[68]

La accionada informó que, en atención a la solicitud realizada por la señora AMBR ante ese despacho, se tramitó permiso de salida del país de sus hijos. Lo anterior, por cuanto fueron acogidos en el programa de protección a testigos de

---

[64] Idem.
[65] Expediente T-8.216.909. "*Actuación Tribunal",* folio 5, tal como consta en Auto del 23 de marzo de 2020 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá
[66] Idem.
[67] Idem.
[68] Ibidem, folio 35, tal como consta en la respuesta a la acción de tutela remitida por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF.

la Fiscalía General de la Nación. Sobre este asunto, corrió traslado a la Procuraduría General de la Nación y ordenó practicar las pruebas necesarias para comprobar y garantizar los derechos de los niños. Adicionalmente, adujo que no tenía conocimiento de qué trámites se llevaron a cabo en el proceso penal adelantado contra el señor JMBR o en la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación.

También, aseguró que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos que realizó en favor de los hijos de la señora AMBR estuvo acorde con las leyes aplicables. Finalmente, solicitó negar las pretensiones del peticionario[69].

Respuesta de AMBR[70]

Indicó que el señor JMBR distorsionó los hechos porque limitó la acusación efectuada por la Fiscalía *"a referir un tratamiento contra las amebas y episodios de infección de los menores"*[71] y a *"señalar que los menores* [de edad] *fueron llevados a médicos particulares, quienes 'aparentemente' encontraron algunas fisuras y cicatrices anales"*[72]. Sin embargo, adujo que lo cierto era que en los niños se encontraron heridas y comportamientos que daban cuenta de un probable abuso sexual[73].

Seguidamente, aseguró que la Fiscalía ha garantizado en todo momento los derechos del accionante. Además, aclaró que la orden de archivo de la investigación penal en su contra se emitió tan solo un mes después de haber presentado la denuncia. En consecuencia, solicitó la revocatoria del archivo de las diligencias, en la medida en que, a su juicio, la Fiscalía había analizado de manera insuficiente el acervo probatorio. Al realizar nuevos estudios médicos e investigaciones, la Fiscalía decidió imputar cargos al tutelante[74]. Asimismo, señaló que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos se realizó conforme a la ley aplicable y estuvo a disposición del accionante, por lo cual, ejerció su derecho de defensa debidamente[75]. Por lo anterior, solicitó al juez negar las pretensiones del actor[76].

Respuesta del Director de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación[77]

El director de protección y asistencia de la Fiscalía General de la Nación solicitó declarar improcedente la acción de tutela, pues el accionante contaba con otros

---

[69] Ibidem, folios 35-55.
[70] Ibidem, folios 113-123, tal como consta en la respuesta a la acción de tutela remitida por AMBR.
[71] Ibidem, folio 113.
[72] Idem.
[73] Ibidem, folio 113-115.
[74] Ibidem, folio 117.
[75] Ibidem, folio 121-123.
[76] Ibidem, folio 123.
[77] Ibidem, folios 357-403, tal como consta en la respuesta a la acción de tutela remitida por la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación.

medios de defensa judicial[78]. En razón a que este documento está sometido a reserva y contiene datos sensibles que involucran la intimidad y seguridad de los niños y su mamá, la Sala de Revisión no resumirá esta respuesta.

Respuesta de la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales[79]

El fiscal 234 seccional de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales afirmó que, con ocasión de la denuncia formulada el 31 de mayo de 2017 por la señora AMBR, la Fiscal Séptima seccional de esta misma unidad formuló imputación de cargos en contra del señor JMBR[80].

También señaló que la audiencia de acusación fue adelantada el 26 de marzo de 2019 ante el Juzgado 54 Penal de Circuito con Función de Conocimiento. Indicó que asumió el caso a partir de la audiencia preparatoria celebrada el 27 de agosto de 2019[81]. Por último, advirtió que la señora AMBR se presentó ante esa entidad y dijo temer por su vida y la de sus hijos. Por esta razón, mediante orden a la policía judicial, recibió entrevista a la denunciante y corrió traslado de la misma a la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos para lo de su competencia. En particular, evaluar el riesgo al que se enfrentaban los niños y su madre[82].

ii. Actuaciones procesales realizadas ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Expediente T-7.995.814)

Mediante Auto del 10 de marzo de 2020[83], la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca admitió la acción de tutela interpuesta por JMBR contra el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá. También vinculó a los Centros Zonales de Usaquén y Zipaquirá del ICBF, y a la señora AMBR. Sin embargo, no admitió la acción de tutela contra la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales y la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior, debido a que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá asumió la competencia del caso respecto de tales sujetos procesales. Igualmente, ordenó notificar a los involucrados para que ejercieran su derecho de defensa y, finalmente, comunicó la admisión del recurso de amparo a la parte accionante, terceros y demás intervinientes.

No obstante, mediante Auto del 9 de junio de 2020[84], la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de lo actuado, con el fin de

---

[78] Ibidem, folios 375-377.
[79] Ibidem, folios 314-315, según consta en el fallo de tutela de única instancia, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Esta respuesta a la acción de tutela no se encuentra.
[80] Ibidem, folio 314.
[81] Ídem.
[82] Idem.
[83] Expediente T-7.995.814. Cuaderno principal, folio 258, tal como consta en Auto del 10 de marzo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca.
[84] Tal como consta en la sentencia de tutela de segunda instancia, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. *"Antecedentes"*. Pág.5. El auto correspondiente no está anexado al expediente.

que se vinculara a la Defensora de Familia y a la Procuraduría 61 Judicial II de Familia, adscritos al Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá.

Respuesta del Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá

Mediante escrito remitido el 12 de marzo de 2020[85], ese despacho realizó algunas consideraciones en relación con la decisión de homologar la Resolución No. 384 del 12 de diciembre de 2018. En primer lugar, señaló que no es cierto que aquella hubiese tenido en cuenta la inclusión de los menores de edad y su madre al programa de protección y asistencia a testigos. Lo expuesto, porque no se encontraba en el acervo probatorio[86]. Segundo, advirtió que, si bien es cierto que no pudo probarse con certeza que el señor JMBR hubiese cometido actos sexuales abusivos con los niños, sí pudo establecerse, al menos respecto de uno de ellos, que presentaba conductas típicas de los niños menores de 3 años que han sido víctimas de abuso sexual. Esto es, evidenció situaciones irregulares contrarias a la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes[87].

Por lo anterior, indicó que las visitas son un derecho familiar que se encuentra tanto en cabeza de los hijos como de los padres. No obstante, cuando estos últimos no sean garantes de los menores de edad, el Estado debe intervenir para protegerlos. En el presente asunto, consideró que debía darle prevalencia al interés superior de los niños y no someterlos a unas visitas con su presunto agresor[88]. Por tal razón, señaló que la acción de tutela estaba llamada a ser denegada porque actuó con total apego a la normatividad procesal y sustancial aplicable[89].

Respuesta de la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF

Mediante escrito del 11 de marzo de 2020[90], la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF solicitó *"DENEGAR todas y cada una de las pretensiones"*[91] del señor JMBR. Manifestó que surtió el traslado de las pruebas conforme a lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia. Igualmente, advirtió que el señor JMBR tuvo pleno conocimiento del trámite adelantado y de los medios probatorios que obran dentro del proceso[92]. En efecto, adujo que esta persona ejerció sus derechos de defensa y contradicción[93].

---

[85] Expediente T-7.995.814. Cuaderno principal, folios 296-300, según consta en respuesta remitida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá.
[86] Ibidem, folio 297.
[87] Ibidem, folio 298.
[88] Ibidem, folio 299.
[89] Ibidem, folio 300.
[90] Expediente T-7.995.814. Cuaderno principal, folios 273-294, tal como consta en la respuesta remitida por el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF.
[91] Ibidem, folio 284.
[92] Ibidem, folio 282.
[93] Ibidem, folios 282-283.

Por otro lado, aclaró que la Oficina de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación adelantó estudio de amenaza y riesgo. En este punto, sobre los niños y su mamá concluyó que se encontraban en un nivel de riesgo extraordinario. Aquel estaba "*derivado de su intervención procesal eficaz con la administración de justicia"*[94]. Por lo tanto, en su condición de testigos, cambiaron de domicilio.

Ahora bien, sobre el permiso de salida del país que esa entidad otorgó a los niños, adujo que corrió traslado de esta solicitud a la Procuraduría General de la Nación y ordenó las pruebas tendientes a comprobar y garantizar de la mejor manera los derechos de los menores de edad. Con base en las condiciones en las que se encontraban los niños, decidió otorgar el permiso de salida. Esta decisión se fundó en el parágrafo 1° del artículo 110 de la Ley 1098 de 2006, que establece que el Defensor de Familia otorgará de plano permiso de salida del país a *"los niños, las niñas y los adolescentes que ingresan al programa de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación"*[95].

Respuesta de la Procuraduría 61 Judicial II de Familia[96]

El Procurador 61 Judicial II de Familia, en ejercicio de la agencia del Ministerio Público, señaló que existía un conflicto entre el interés superior de los niños y el derecho del señor JMBR a tener contacto con ellos. Este último enfrenta un proceso penal por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años[97].

A su juicio, este conflicto debe resolverse en favor de los menores de edad, pues sus derechos son prevalentes conforme al artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia[98]. Desde esta perspectiva, consideró que lo debatido en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos fue la necesidad de adoptar una medida que garantizara los derechos de los niños. Dicha intervención fue eminentemente preventiva. En ese sentido, la suspensión del derecho a visitas privilegió su interés superior y la prevalencia de sus derechos en relación con los de su padre. Se trató de un instrumento que mantuvo *"en suspenso un 'derecho' del padre a visitar a sus hijos, hasta que sea decidida su condición de sujeto procesado"*[99].

Finalmente, aseveró que el amparo demandado por el accionante es inocuo. Lo anterior, porque tanto la señora AMBR como sus hijos tienen una protección derivada de su vinculación al sistema de protección de testigos de la Fiscalía General de la Nación, que autorizó el cambio de domicilio. Por consiguiente, las visitas reclamadas por el solicitante son imposibles e impracticables[100].

---

[94] Ibidem, folio 283.
[95] Idem.
[96] Expediente T-7.995.814. Respuesta de la Procuraduría 61 Judicial II de Familia.
[97] Ibidem, pág.3.
[98] " ***INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES.*** *Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".*
[99] Respuesta de la Procuraduría 61 Judicial II a la acción de tutela, págs.3-4.
[100] Ibídem, pág.4.

Respuesta de la señora AMBR[101]

En representación de sus hijos, la señora AMBR aseguró que el accionante distorsionó los hechos relevantes de la acusación[102]. Indicó que el accionante, al afirmar que las pruebas en su contra son inconsistentes en tanto no fue sujeto a una medida de aseguramiento, puede *"inducir a error a las autoridades judiciales al hacer afirmaciones tendenciosas de este tipo, máxime cuando (...) acude al uso de falacias para ello"*[103]. También advirtió que, en caso de que la defensa del tutelante sea *"sólida e inocente",* debe demostrarla dentro del proceso penal adelantado en su contra[104].

Seguidamente, señaló que la decisión de la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá, emitida el 12 de diciembre de 2018, estuvo acorde con la Ley 1098 de 2006. Además, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos siempre estuvo a disposición del solicitante, quien ejerció su derecho de defensa dentro de dicha actuación[105]. Respecto del proceso penal que se lleva a cabo contra el señor JMBR, señaló que el 27 de agosto de 2019 se celebró audiencia preparatoria, en la que el acusado estuvo presente. En esta, ella aclaró que fue incorporada al programa de protección de víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación[106].

Por último, adujo que el accionante contaba con otros medios de defensa judicial para perseguir sus pretensiones. Por lo tanto, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela[107].

C. Decisiones de instancia

Expediente T-8.216.909

Sentencia de única instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Mediante fallo del 12 de marzo de 2020[108], la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró improcedente el amparo. Recordó que, conforme al numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela solo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judiciales[109]. En el caso objeto de estudio, observó que el accionante no acudió directamente a la *"Unidad de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de*

---

[101] Expediente T-7.995.814. Respuesta remitida por la señora AMBR.
[102] Ibidem, págs. 1-2.
[103] Idem.
[104] Ibidem, pág.2.
[105] Ibidem, págs.6-7.
[106] Ibidem, pág.7.
[107] Ibidem, págs.10-11.
[108] Expediente 8.216.909. *"Actuación Tribunal",* folios 305-319, tal como consta en sentencia de única instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.
[109] Ibidem, folio 315.

la Nación a requerir lo que pretende a través de la acción constitucional"[110]. De igual forma, en cuanto al permiso de salida que otorgó el ICBF a los menores de edad, el tutelante tenía a su disposición medios ordinarios de defensa previstos para el efecto. Así, conforme al parágrafo 1º del artículo 110 de la Ley 1098 de 2006[111], el solicitante podía oponerse a esta decisión y no lo hizo[112]. Por consiguiente, concluyó que la acción de tutela presentada por el señor JMBR no cumplía con el requisito de subsidiariedad[113].

Expediente T-7.995.814

Sentencia de primera instancia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca

El 26 de junio de 2020[114], la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca concedió el amparo. En concreto, encontró que el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá realizó estimaciones *"descuidadas* ...[que] *de contera desembocaron en la infracción del principio de inocencia (...) porque ese fallador no acometió una verdadera evaluación de los puntuales (sic) que rodearon el caso de los niños implicados, toda vez que auspició la prohibición de las visitas paternas esgrimiendo solo argumentos tangenciales"*[115]. Lo anterior, debido a que el juez accionado, para homologar la Resolución No. 384 del 12 de diciembre de 2018, únicamente adujo que se *"evidenció la existencia de situaciones irregulares completamente contrarias a la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuya comisión se endilga al progenitor"*[116].

Para el juez constitucional, tal argumentación fue precaria y subjetiva porque no determinó a qué peligros estaban expuestos los menores de edad y si en verdad emanaban de su padre[117]. En suma, la homologación no condensó un análisis probatorio adecuado[118]. Incluso, no consideró todos los insumos acopiados, especialmente la resolución dictada por el Centro Zonal de Usaquén del ICBF[119]. A este respecto, recordó que, en un proceso de restablecimiento de derechos, si bien las autoridades cuentan con un margen de discrecionalidad, *"no pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos"*[120].

---

[110] Ibidem, folio 317.
[111] *"Artículo 110. Permiso de salida del país (...) En caso de que oportunamente se presente oposición a la solicitud de permiso, el Defensor de Familia remitirá el expediente al Juez de Familia, y por medio de telegrama avisará a los interesados para que comparezcan al juzgado que corresponda por reparto".*
[112] Expediente T-8.216.909. *"Actuación Tribunal",* folios 317-318.
[113] Ibidem, folio 318.
[114] Expediente T-7.995.814. Fallo de primera instancia, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca.
[115] Ibidem, pág.4.
[116] Ibidem, pág.5.
[117] Idem.
[118] Idem.
[119] Ibidem, pág.8.
[120] Ibidem, págs.5-6. Para sustentar su posición, el juez cita la Sentencia T-276 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Además, consideró que el juez accionado endilgó al tutelante la comisión de presuntos delitos sin que hubiese sido debidamente condenado por un juez penal. A su juicio, esta actuación vulneró la presunción de inocencia establecida en el artículo 29 de la Constitución[121]. Por consiguiente, dicha garantía y el notable interés del padre en ver a sus hijos exigía permitir el contacto paterno, como lo hizo el Centro Zonal de Usaquén, dentro de un escenario restringido y controlado por la autoridad administrativa correspondiente[122].

Por lo anterior, ordenó al Juez Segundo de Familia de Zipaquirá que, en el término de 20 días contados a partir de la notificación del fallo, dejara sin valor ni efecto la providencia de homologación que dictó en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos. En su lugar, debía dictar una nueva decisión que se ciñera a las pautas dadas en las consideraciones de esa sentencia de tutela[123].

Impugnación

La señora AMBR y el Procurador 61 Judicial II de Familia impugnaron el fallo de primera instancia.

En concreto, la señora AMBR impugnó el fallo del *a quo* por las siguientes razones: Primero, consideró que el actor no dirigió la acción de tutela contra el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá[124]. Asimismo, argumentó que el juez de tutela no verificó los requisitos generales y específicos que deben acreditarse en los casos en que se interpone una tutela contra providencia judicial[125]. Finalmente, adujo que el despacho accionado no infringió el principio de presunción de inocencia en cabeza del actor. Por el contrario, basó su decisión en las reglas jurisprudenciales que se desprenden de la aplicación del artículo 44 superior[126].

Adicionalmente, el Procurador 61 Judicial II de Familia reiteró que los derechos de los dos menores prevalecían sobre los del accionante. En ese sentido, la suspensión provisional de las visitas fue eminentemente preventiva con el fin de evitar un riesgo y prevenir su consumación. Por lo tanto, aseguró que no podía deducirse que el Juzgado accionado hubiese prejuzgado la

[121] Ibidem, págs.6-7. Para argumentar esta posición, cita la Sentencia T-768 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la que esta Corporación adujo: *"(...) es necesario señalar que el respeto a las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso constitucional, son aplicables al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto se debe observar el principio de legalidad, el juez natural o legal (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa (que se materializa en el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, y a interponer recursos contra la decisión que se tome) y el debido proceso sin dilaciones injustificadas. Adicionalmente, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos debe cumplir con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que orientan las actuaciones administrativas en acatamiento del artículo 209 ibídem"*.
[122] Ibidem, pág.8.
[123] Ibidem, pág.10.
[124] Expediente T-7.995.814. Escrito de impugnación presentado por la señora AMBR, pág.2.
[125] Ibidem, págs.3-5.
[126] Ibidem, pág.7-8.

responsabilidad penal del tutelante[127]. *"Las conclusiones a las que arriba el defensor de familia y posteriormente el juez deben ser entendidas como medidas cautelares que mantienen en suspenso un 'derecho' del padre a visitar a sus hijos, hasta que sea decidida su condición de sujeto procesado"*[128]. Además, recordó que las tutelas contra providencias judiciales deben cumplir con ciertos requisitos generales y específicos que no se presentaron en ese caso[129].

Sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

Mediante Sentencia del 31 de julio de 2020[130], la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Consideró que el juez de primera instancia evidenció *"una motivación defectuosa, la cual, conforme lo ha decantado la jurisprudencia, quebranta el debido proceso (sic) quienes acuden a la administración de justicia"*[131]. Esto, habida cuenta de que el funcionario judicial tiene la obligación de motivar sus providencias, *"de tal manera que tras conocérselas se tenga noticia de su contenido para que* [su decisión] *no aparezca arbitraria, caprichosa, antojadiza, sino producto del análisis objetivo"*[132].

Ese Tribunal concluyó que el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá no argumentó debidamente las razones por las cuales era imperioso separar a los menores de edad de su padre. Concretamente, no tuvo en cuenta lo resuelto por la defensora de familia del Centro Zonal de Usaquén y el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá, quienes decidieron que el *"derecho a las visitas"* debía permanecer incólume con independencia de la causa penal que se adelantaba. En ese sentido, cualquier evaluación posterior debía analizarse a la luz de los lineamientos establecidos por aquellas autoridades y que no estudiados por el juez de tutela[133].

En suma, el centro Zonal de Zipaquirá del ICBF y el Juzgado Segundo de Familia de ese municipio no justificaron cabalmente por qué las visitas supervisadas debían revocarse. Tampoco explicaron cuáles eran los supuestos que permitían llegar al convencimiento del acceso carnal con menor de 14 de años denunciado. De igual modo, no pusieron de presente las razones por las cuales no era necesario esperar al resultado final del juicio oral.

---

[127] Expediente T-995.814. Escrito de impugnación presentado por el Procurador 61 Judicial II, págs.3-4.
[128] Ibidem, pág.4.
[129] Ibidem, págs.4-5.
[130] Expediente T-7.995.814. Segundo cuaderno, folios 21-40, tal como consta en el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.
[131] Ibidem, folio 29.
[132] Idem. Para sustentar esta afirmación, la Sala citó la sentencia STC7764-2018, en la que consideró lo siguiente: *"(...) el deber de motivar toda providencia que no tenga por única finalidad impulsar el trámite, reclama, como presupuesto sine qua non, que la jurisdicción haga públicas las razones que ha tenido en cuenta al adoptar la respectiva resolución, de tal manera que tras conocérselas se tenga noticia de su contenido para que no aparezca arbitraria, caprichosa, antojadiza, sino producto del análisis objetivo, amén de reflexivo de los diferentes elementos de juicio incorporados al plenario y dentro del marco trazado por el objeto y la causa del proceso"*.
[133] Ibidem, folio 32.

Adicionalmente, el psicólogo forense citado por el Centro Zonal concluyó que el hijo del tutelante presentaba síntomas habituales de abuso sexual. Sin embargo, dicho elemento, por sí solo, no permitía predicar la anotada *"certeza"* ante la situación, ni despojar al padre de las visitas. A este respecto, consideró que debió adelantarse un estudio que determinara si la presencia del padre, en efecto, afectaba el comportamiento de los niños. No obstante, esto no fue posible debido a que la señora AMBR, *"en rebeldía"* con lo dictaminado por el Centro Zonal de Usaquén, se abstuvo de llevar a los niños a esta entidad para que se encontraran con su padre. Lo expuesto impidió que los derechos de los niños fueran restablecidos[134].

Por otra parte, afirmó que –aun si la Fiscalía General de la Nación imputó al accionante los punibles de *"acceso carnal abusivo con menor de 14 años y violencia intrafamiliar",* y los niños estaban incluidos en el programa de protección de víctimas y testigos–, esto no afectaba la presunción de inocencia del señor JMBR. Lo anterior, por cuanto era necesario esperar el desarrollo del proceso penal para establecer plenamente la vulneración del derecho a la integridad sexual. Además, la medida de protección de la que gozaban los menores de edad consistía en un cambio de domicilio, lo cual no impedía que se realizaran las visitas en el Centro Zonal correspondiente[135].

De esta manera, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar *"la sentencia de fecha, naturaleza y procedencia conocidas, sin perjuicio de que el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá al cumplir el mandato de la Sala-Civil Familia del Tribunal de Cundinamarca atienda las observaciones realizadas en esta providencia"*[136].

D. Actuación posterior a las decisiones objeto de revisión

El 12 de febrero de 2021[137], a raíz de esta decisión judicial, el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá profirió un nuevo fallo en el que resolvió revocar parcialmente la Resolución No. 384 del 12 de diciembre de 2018 y, en su lugar, ordenó lo siguiente:

> *"FIJAR visitas a favor de los niños (...) y su progenitor (...) las cuales se adelantarán semanalmente los días jueves de 2 a 4p.m, en las instalaciones del Centro Zonal de Zipaquirá por el término de seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria, específicamente en el cuarto de juegos, con acompañamiento permanente del equipo psicosocial a la Defensoría; durante las visitas, la progenitora debe permanecer en las instalaciones en calidad de garante de los niños"*[138].

---

[134] Ibidem, folios 33-37.
[135] Ibidem, folios 37-38.
[136] Ibidem, folios 38-39.
[137] Expediente T-7.995.814. JUZGADO 02 FAMILIA -Cundinamarca -Zipaquirá. *"RESPUESTA A OFICIO OPT-A-244-2020 - EXP. T-7995814"*. Fecha de envío: 16 de febrero de 2021 a las 16:04. Archivo adjunto: *"16Fallo201900019-S"*.
[138] Ibidem, pág.31.

En la medida en que los menores de edad no se encontraban en el país, ordenó que las visitas se realizaran de manera virtual *"con el acompañamiento permanente por parte del equipo psicosocial adscrito a la Defensoría de Familia del Centro Zonal Zipaquirá, y de la progenitora de los mismos, a través de la Plataforma y/o aplicación elegida por la Defensoría de Familia y debidamente comunicada a los progenitores (...) régimen que se mantendrá vigente hasta tanto los niños regresen al país"*[139].

E. Actuaciones en sede de Revisión

Expediente T-7.995.814

La Magistrada Sustanciadora realizó las siguientes actuaciones:

Autos de pruebas. Profirió los **Autos del 9 de febrero, 8 de marzo y 30 de abril, todos de 2021.** En éstos, ofició a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; a las Fiscalías 234 y 389, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales; al director de la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación; a la señora AMBR; a los Juzgados Primero y Segundo de Familia de Zipaquirá; al señor JMBR; al Grupo de Investigación en Psiquiatría y Salud Mental de la Universidad de La Sabana; al Grupo de Psiquiatría y Psicología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; a las Facultades de Psicología de las Universidades del Bosque y Nacional; a la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF; a la Fundación Creemos en Ti y al ICBF. Esto, con el fin de que respondieran algunas preguntas y remitieran información relevante sobre el proceso penal adelantado en contra del accionante y la salud de los niños. La Magistrada Sustanciadora puso a disposición de las partes y los terceros con interés estas pruebas, con el fin de que se pronunciaran sobre ellas conforme lo establece el artículo 44 del acuerdo 02 de 2015[140].

Además, mediante los **Autos del 8 de marzo y 31 de mayo de 2021,** la Sala Sexta de Revisión suspendió los términos para fallar por dos meses calendario y 25 días hábiles, respectivamente. Lo anterior, con el fin de que la Sala de Selección correspondiente, surtiera el proceso de selección del expediente **T-8.216.909** y, en caso de que resolviera seleccionarlo, fuera acumulado al **T-7.995.814** de la referencia, como en efecto ocurrió. Esto bajo el entendido de que ambos procesos resolvieron las pretensiones presentadas por el señor JMBR en un único escrito de tutela.

Hechos relevantes. A continuación, la Sala presenta una síntesis de los principales hallazgos:

---

[139] Ibidem.
[140] *"Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional".* A este respecto, la Sala de Revisión aclara que, en efecto, las partes, en lo que consideraron pertinente, controvirtieron las pruebas allegadas.

a. Respecto del proceso penal[141]

– El fiscal 389 seccional de la Unidad de Delitos Sexuales informó que el proceso penal se desarchivó a raíz de una solicitud presentada por la señora AMBR. Adjuntó dicho documento dentro de la respuesta al Auto de pruebas del 8 de marzo de 2021[142]. En concreto, la denunciante radicó dicha petición con base en argumentos relacionados con los problemas físicos que presentaron los niños y que fueron destacados por los profesionales de la salud que los atendieron[143]. Además, la señora AMBR sacó a colación el Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual del 2011, proferido por el entonces Ministerio de Protección Social[144]. Ese documento presenta como síntomas o signos de abuso sexual: (i) conductas sexuales que no son habituales para la edad y nivel de desarrollo del niño, niña o adolescente; (ii) temor a estar con familiares o conocidos con quien se tenía una relación cercana; (iii) signos poco claros clínicamente referidos a la zona genital o anal y, (iv) síntomas depresivos, comportamentales, de ansiedad o de alteración del sueño[145]. Precisamente, uno de los menores de edad inexplicablemente empezó a intentar besar a sus familiares en la boca, se alejó de sus abuelos maternos y su comportamiento se tornó agresivo. Además, ambos niños presentaron problemas gastrointestinales sin causa determinable[146]. Por lo anterior, la madre concluyó que la decisión de archivo estuvo soportada en pruebas valoradas de forma parcial o practicadas indebidamente[147].

– La Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación contestó que, mediante un informe de evaluación de amenaza y riesgo, estudió los eventos que presuntamente amenazaron con lesionar la integridad de la señora AMBR y sus hijos. Como resultado del análisis, decidió otorgarles una medida de protección de cambio de domicilio[148]. La beneficiaria afirmó ante ese despacho que aun así sintió que su seguridad seguía en peligro[149]. Por tal razón, el 20 de septiembre de 2019, solicitó a la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá otorgar de plano permiso

---

[141] La información consignada en este capítulo fue recibida por la Fiscalía 389 seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación y la señora AMBR.

[142] Expediente T-7.995.814. RAMÓN VALENTIERRA JARAMILLO. *OFICIO OPT-A-606-2021 - EXP. T-7995814.* Fecha de envío: 25 de marzo a las 22:12. Documentos adjuntos: *"RESPUESTA A CORTE CONSTITUCIONAL EXP T-7.995.814"* y *"Solicitud de desarchivo pdf"*.

[143] Ibidem, folios 3-4.

[144] Este documento está disponible en: https://coosalud.com/wp-content/uploads/2020/02/MODELO-DE-ATENCION-A-VICTIMAS-DE-VIOLENCIA-SEXUAL.pdf URL 5/04/2021.

[145] Expediente T-7.995.814. RAMÓN VALENTIERRA JARAMILLO. *OFICIO OPT-A-606-2021 - EXP. T-7995814.* Fecha de envío: 25 de marzo a las 22:12. *"Solicitud de desarchivo",* folio 5.

[146] Ibidem.

[147] Expediente T-7.995.814. RAMÓN VALENTIERRA JARAMILLO. *OFICIO OPT-A-606-2021 - EXP. T-7995814.* Fecha de envío: 25 de marzo a las 22:12. *"Solicitud de desarchivo",* folio 10.

[148] Expediente T-7.995.814. CORRESPONDENCIA DPA. *Acción de Tutela - Caso 09869N - Radicado 20211100016311*. Fecha de envío de mensaje: 15 de febrero de 2021, a las 17:35. Tal como consta en el correo electrónico remitido por la entidad, por medio del cual dio respuesta al Oficio OPT-A-242/2021.

[149] Expediente T-7.995.814. VIVIANA BEJARANO M. *Expediente T-7995814 - Respuesta a requerimiento efectuado mediante Oficio OPT-A-243/2021*. Fecha de envío de mensaje: 16 de febrero de 2021, a las 17:03, tal como consta en la respuesta de la señora AMBR al auto de decreto de pruebas del 9 de febrero de 2021, pág.1.

de salida del país a sus hijos[150]. En efecto, mediante Resolución No. 186 del 22 de noviembre de 2019, aquella funcionaria lo otorgó por el lapso que determinara la solicitante de acuerdo con las condiciones de seguridad de los niños[151].

b. Respecto de la salud física y mental de los menores de edad[152]

– La madre de los niños allegó las historias clínicas de sus hijos, en las que se especifica que ambos tienen antecedentes de amebiasis, sin que sea clara la causa de esta enfermedad[153]. Consta una historia clínica particular del 26 de mayo de 2017[154], suscrita por un pediatra especializado, en la que en el capítulo de *"examen físico"* el profesional encuentra cicatrices en uno de los niños[155]. Así las cosas, dentro de las impresiones diagnósticas incluye *"sospecha de abuso sexual"*[156].

La señora AMBR también remitió un informe de laboratorio suscrito por una funcionaria de policía judicial[157]. En este, la profesional afirmó que analizó globalmente las historias clínicas de los hijos de los señores JMBR y AMBR. A este respecto, concluyó que el hijo mayor del accionante presentaba infecciones parasitarias repetitivas desde los cuatro meses de edad, mediante las cuales sufría de quistes de E.Histolytica y trofozoitos de amebas. Posteriormente, la hija menor presentó los mismos síntomas, por lo cual, fueron valorados por gastropediatría e infectología. Los profesionales de la salud que los atendieron descartaron un síndrome de inmunodeficiencia como causa de la parasitosis presentada a tan corta edad. Por lo tanto, consideraron importante buscar otras causas para lograr establecer el factor desencadenante. Posteriormente, los niños fueron valorados por un pediatra especializado, quien encontró fisuras anales en los menores de edad, por lo que sospechó la ocurrencia de un abuso sexual[158].

Seguidamente, la funcionaria de policía judicial aseguró que, por evidencia científica, la amibiasis se adquiere vía fecal-oral, en otras palabras, al ingerir alimentos o agua contaminados con materia fecal que contengan quistes de la

---

150 Expediente T-7.995.814. JUZGADO 02 FAMILIA -CUNDINAMARCA-ZIPAQUIRÁ. *RESPUESTA A OFICIO OPT-A-244-2020 - EXP. T-7995814.* Fecha de envío de mensaje: 16 de febrero de 2021, a las 16:04. Documento adjunto: *"CARPETA SALIDA DEL PAÍS",* folios 2-3.

151 Ibidem, *"PERMISO SALIDA PAÍS",* folios 72-84, tal como consta en la Resolución 186 del 22 de noviembre de 2019, emitida por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF.

152 La información consignada en este capítulo fue aportada por la señora AMBR y el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá.

153 Expediente T-7.995.814. JUZGADO 02 FAMILIA -CUNDINAMARCA-ZIPAQUIRÁ. *RESPUESTA A OFICIO OPT-A-244-2020 - EXP. T-7995814*

Fecha de envío de mensaje: 16 de febrero de 2021, a las 16:04. Documento adjunto: *"CARPETA 1",* folios 18-58.

154 Ibidem, *"CARPETA 1",* folios 79-85.

155 Ibidem, *"CARPETA 1",* folio 81.

156 Ibidem, *"CARPETA 1",* folio 82.

157 Expediente T-7.995.814. VIVIANA BEJARANO M. *Expediente T-7995814- Pronunciamiento sobre los Autos con fecha del 08 de marzo de 2021 y del 05 de abril del 2021.* Fecha de envío: 20 de abril de 2021, a las 17:06. Documento adjunto: *Anexo VII.*

158 Ibidem, *"Anexo VII", folios* 12-13, tal como consta en el informe investigador de laboratorio -FPJ-13, realizado por la Policía Judicial.

entamoeba Histolytica. Sin embargo, la infección puede presentarse en personas que *"tienen relación sexual anal, seguida de sexo oral"*.

Los menores de edad se enfermaron cuando se alimentaban exclusivamente de leche materna. Por tal razón, la policía judicial infirió que no era probable que los niños se hubiesen infectado mediante una transmisión que completara el ciclo fecal-oral. Asimismo, afirmó que *"las fisuras anales encontradas (...) se describen por sí solas, podrían corresponder a estreñimiento y esfuerzo en las evacuaciones intestinales, a expulsión de heces (...) a diarrea crónica o a inflamación de la región anorrectal secundaria a otra enfermedad intestinal inflamatoria como la parasitosis, sin embargo de ahí la importancia de realizar análisis en contexto con toda la información recolectada"*[159].

Luego, describió los indicadores que, en general, confirman un probable abuso sexual de la siguiente manera:

Indicadores	Concepto	Ejemplos
Compatibles: Abuso probable	Trastorno, enfermedades o lesiones que, aunque pueden deberse a otras causas en determinadas circunstancias, podrían ser secundarios a alguna forma de abuso	Trastornos de comportamiento, fisuras perianales, hemorragia vaginal.
Específicos: Alta probabilidad	Trastorno, enfermedades o lesiones cuyo mecanismo de producción más frecuente son las prácticas abusivas, aunque pudieran ser producidas por otra causa muy poco probable que no ha sido demostrada	Conducta sexualizada, relatos del menor de edad no confirmados. ETS en niño o niño de edad prepuberal descartada transmisión vertical.
Concluyentes: Certeza de abuso	Trastorno, lesiones o enfermedades que solo pueden haber sido producidos por mecanismos de abuso sexual. Se han descartado accidentes y otras causas.	Verbalización con informe psicológico de veracidad, rotura de himen en edad prepuberal de esfínter anal.

Por último, aquella funcionaria destacó que los últimos controles de ambos menores de edad por gastropediatría transcurrían de manera normal, con ausencia de toda sintomatología gastrointestinal y con mejoría de los cambios psicológicos en el mayor de ellos[160].

Por lo anterior, concluyó que los hijos de los señores JMBR y AMBR presentaron cuadro de parasitosis a corta edad sobre el cual se descartó como medio de transmisión la vía oral por alimentación contaminada, alergia a la proteína de la vaca e inmunodeficiencia. De este modo, consideró que existía una alta probabilidad de que hubiesen sido víctimas de abuso o violencia sexual.

---

[159] Ibidem, folio 13.
[160] Ibidem, folio 14

– El Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá remitió el expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos que se adelantó en favor de los niños. En éste consta un concepto médico especializado solicitado por su abuela[161]. Conforme a él, en niños menores de 5 años, *"la principal causa de diarrea (...) es la infección por virus, principalmente el rotavirus. Las infecciones parasitarias pueden ser comunes en niños menores de 5 años, pero estas están asociadas generalmente a condiciones de malnutrición (1), pobreza, deficientes hábitos de higiene (...)* [pero] *no se ha documentado nunca la transmisión de amebiasis a través de la leche materna"*[162]. De igual forma, aseguró que la infección por *E.histolytica* se produce a través del agua, alimentos y manos contaminadas con los quistes. De otro lado, señaló que la transmisión de la amebiasis por vía sexual ha sido cada vez más documentada[163]. También indicó que esta enfermedad no causa lesiones anales[164].

Así las cosas, esa profesional concluyó que, como especialista en enfermedades infecciosas, no ha atendido ni ha tenido conocimiento de un caso similar a los hijos de los señores AMBR y JMBR. Por consiguiente, adujo que *"ante la sospecha de violencia sexual, esta debe ser exhaustivamente investigada, pues hay evidencia en la literatura que documenta la transmisión de E. histolytica a través de actividad sexual por contacto fecal-oral, y a su vez, esta infección no explica las lesiones y sangrado anal"*[165].

– La Asociación Creemos en Ti allegó las actuaciones que realizó para restablecer los derechos de uno de los hermanos. Particularmente, desarrolló varios informes de seguimiento a su salud de la siguiente manera:

a. El 7 de septiembre de 2017[166], aclaró que trabajó su proceso emocional. De igual modo, manejó con la progenitora el nivel de afectación emocional que había producido el presunto delito sexual que fue cometido contra sus hijos. Finalmente, fortaleció el rol parental de la señora AMBR[167].

b. El 18 de septiembre de 2017[168], la asociación emitió informe en el que hacía constar lo siguiente:

---

[161] Ibidem, *"CARPETA 2",* folios 48-54, tal como consta en documento titulado *"Concepto médico especializado",* suscrito por una médica infectóloga.
[162] Ibidem, *"CARPETA 2",* folios 48-49.
[163] Ibidem, *"CARPETA 2",* folio 51.
[164] Ibidem, *"CARPETA 2",* folio 52
[165] Ibidem, *CARPETA 2",* folio 52.
[166] EXPEDIENTE T-7.995.814. VIVIANA BEJARANO M. *"Expediente T-7995814- Memorial respetuoso con aclaraciones necesarias sobre los hechos contenidos en el Auto con fecha del 09 de febrero de 2021".* Fecha de envío: 1 de marzo, a las 16:13. Documentos adjuntos: (i) *"Memorial sobre Aclaraciones Hechos Auto Feb 9 2021";* (ii) *"Anexo I. Informe II Creemos en Ti";* (iii) *Solicitud de traslado ICBF;* y (iv) *Fallo Zipaquirá Completo.*
[167] Ibidem, *"CARPETA 2",* folios 195-197, tal como consta en documento titulado: *"Informe de Seguimiento (I) del Proceso Psicológico",* remitido a la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén del ICBF.
[168] Expediente T-7.995.814. NATALIA BURGOS. *Re: OFICIO OPT-A-1333-2021 - EXP. T-7995814 -(Auto 30-abril-2021).* Fecha de envío: 7 de mayo de 2021. Documento adjunto: *"RABB"*

i. Planteó la importancia de desarrollar entrevista clínica con énfasis en la protección. Sin embargo, dada la edad y el nivel de desarrollo de los pacientes, esto no fue posible.
ii. Los cuidadores afirmaron que el niño presentaba alteración del estado de ánimo, *"caracterizado por picos de euforia y episodios de temor exagerado, en los cuales llora y parece estar ausente"*[169]. Además, narraron que el menor de edad presentaba síntomas correspondientes a ansiedad de separación de su madre, terrores nocturnos, llanto constante, dificultad para acatar normas y conductas de autoestimulación de genitales[170].
iii. Una psicóloga de la asociación le enseñó qué son las emociones y sentimientos, el paciente logró aprender algunos sentimientos básicos y reconoció expresiones faciales que identifican cada emoción o sentimiento aprendido. Adicionalmente, el menor de edad adjudicó sentimientos específicos hacia cada una de las personas que reconoce como parte de su vida y de su familia. Cuando se indagó sobre la figura paterna, expresó *"sentir tristeza y no lo reconoce como figura protectora (...) el niño manifiesta que 'él me lastimó a mí, lastimó a (...) (hermana menor) y lastimó a mi mami"*[171].
iv. La asociación abordó el tema de la corporalidad, lo que le permitió al paciente identificar correctamente las partes del cuerpo y los conceptos de público y privado, como estrategia de fortalecimiento para reconocer posibles situaciones de riesgo[172].
v. Trabajó con la señora AMBR, con el fin de que lograra hacer un manejo adecuado de sus sentimientos[173].
vi. La asociación citó al padre de los niños para (i) informarle los objetivos dentro del marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos; (ii) recibir su percepción de los hechos; y (iii) explicarle que su vinculación estaría enfocada al fortalecimiento de competencias parentales e identificación y prevención de situaciones de riesgo[174].

c. Emitió un informe que concluyó que, globalmente, el niño presentaba un desarrollo promedio que equivale a una edad de 3 años y 9 meses, por lo cual, se encontraba por encima del nivel general[175].

d. Igualmente, informó que trabajó con el menor de edad los días 14 y 23 de junio, y 10 de julio de 2017. La Fundación describió que su comportamiento no fue cooperativo[176]. Cuando su madre salía del consultorio, se tiraba al piso y lloraba. Sin embargo, al finalizar las sesiones, la madre expresó que el niño había disminuido los episodios de

---

[169] Ibidem, *"Anexo I. Informe II Creemos en Ti",* folio 1.
[170] Idem.
[171] Ibidem, folio 2.
[172] Idem.
[173] Idem.
[174] Idem.
[175] Expediente T-7.995.814. NATALIA BURGOS. Documento adjunto: *"Informe de Interpretación Técnica del Inventario de Desarrollo Battelle RABB"* (III), pág.5.
[176] Ibidem, pág. 7

autoestimulación y observaba un mayor empoderamiento de su cuerpo y su privacidad. Por lo anterior, la Fundación cerró el proceso por *"cumplimiento de objetivos"*[177].

e. Finalmente, la madre fue remitida a talleres de pauta de crianza. La usuaria cumplió de manera exitosa el ciclo de talleres durante octubre y noviembre de 2017[178].

– La señora AMBR envió a este despacho el dictamen de una psiquiatra privada que trabajó con ambos menores de edad. Con el hijo mayor realizó sesiones en las que lo observó jugar. En la primera de éstas, el niño acostó dos muñecos masculinos en la cama y dos bebés con ellos. Al preguntarle quiénes eran, contestó que ambos muñecos eran su papá. También jugó con dos pájaros machos en un nido. Finalmente, colocó a los bebés en el inodoro del baño. Allí entró a un perro y dijo que había asustado a los bebés. Asimismo, expresó que el perro babeaba todo el baño y tapaba el lavamanos con su saliva. La psiquiatra le preguntó cómo se destapaba el baño, a lo que el niño contestó que no se podía porque lo que se introducía al baño se quedaba allí[179].

Esa profesional también le solicitó que dibujara lo que deseara. El niño pintó un monstruo con pico de pato y cola de cocodrilo. Al terminarlo, le dijo a la médica que no se asustara. En la segunda hoja dibujó un arco iris con líneas, pero no rellenó las franjas. En la tercera, hizo un dibujo de una persona sin ropa y con el cuello largo. Por último, pintó otra figura humana similar y tres mascotas. Al solicitarle que dibujara a la familia, entregó una hoja en blanco con un cero en la esquina. Finalmente, le ofreció galletas al niño y la psiquiatra observó que entró y sacó el alimento de su boca, de forma rítmica, antes de comérsela[180].

En la segunda sesión, el menor de edad dibujó carros con marcadores, los cuales introdujo inusualmente dentro de su boca y los sacó rítmicamente[181].

En la tercera sesión, el menor de edad tomó un muñeco, le quitó la ropa y lo colocó sobre la cama de la casa de muñecas. Asimismo, la psiquiatra evidenció que tenía altos niveles de ansiedad y agresividad[182].

Al examinar el comportamiento de la hermana menor, la profesional no encontró hallazgos relevantes[183].

En virtud de lo anterior, la psiquiatra concluyó que, en efecto, respecto del mayor de los hermanos *"(...) se encuentran elementos significativos de confusión, tales como la pareja parental conformada por dos hombres, el desnudo aplastante de la figura masculina, las referencias a que se tape u*

---

[177] Ibidem, *"Informe de Interpretación Técnica del Inventario de Desarrollo Battelle RABB"* (IV), pág.1.
[178] Ibidem, *"Informe de Interpretación Técnica del Inventario de Desarrollo Battelle RABB"* (IV), pág.2.
[179] Ibidem, *"Hermanos BURBANO-Delito sexual definitivo",* págs.18-19.
[180] Ibidem, pág.19.
[181] Ibidem, págs.19-20.
[182] Ibidem, pág.20.
[183] Ibidem.

obstruya el lavamanos con sustancia babosa y la negación de una solución para que lo que se mete salga de allí (...) No es posible descartar el abuso como causa de estos, por el contrario, es la causa más frecuente de ansiedades de tipo sexual (...)"[184].

Sumado a lo anterior, la profesional hizo explicaciones en relación con los dibujos. Concretamente, adujo:

> *"1. Presentar una figura de monstruo como la primera para la figura humana: El dibujo de la figura humana es una forma de presentación o proyección de sí mismo. Un dibujo sucio, que asusta, es deforme y deviene monstruoso devela angustia que es desmentida con la sonrisa automática final. Pretende con esta acción de desmentida proteger a la mujer de que se asuste.*
>
> *2. La figura humana desnuda no es usual y denota la experiencia de la contundencia de la desnudez con ansiedad por el sombreado en la cabeza, los trazos fuertes en las manos, todo lo que indica también agresividad.*
>
> *3. Dibuja a los miembros de la familia desnudos y con acento de la ansiedad en las manos visto como agresividad. Las figuras animales parecen más plácidas de confianza y no corresponden a figuras de la familia, pero debo anotar que en esos días se comentó la pérdida de mascotas, el dibujo denota la importancia de esta pérdida.*
>
> *4. Hizo un dibujo de una figura humana grotesca, con manchado en la zona genital, cabezas con varios ojos y un pene explícito"*[185].

– En el expediente del proceso de restablecimiento de derechos consta la evaluación que, en diciembre de 2017, realizó un psicólogo forense convocado por la Fiscalía General de la Nación al hijo mayor de los señores JMBR y AMBR. Al presentarle una serie de láminas al niño, el profesional encontró destacable que perciba la imagen paterna de forma ambigua, *"probablemente porque lo quiere, pero al mismo tiempo no lo recuerda bien. Describe que jugaba con su padre en el baño en actividades que implicaban cosquillas y contacto corporal. Describe que habría contacto con los glúteos del menor. Establecer si este contacto es percibido como ataque sexual es improbable, dado que lo describe como vivencias divertidas pero que le generaba gran ansiedad (...) el niño no describe síntomas compatibles con una victimización. Sin embargo, resalta el contenido ansioso al describir actividades en el baño en la relación paterno-filial"*[186]. Al entrevistar al menor de edad, observó que

---

[184] Ibidem, pág.21
[185] Ibidem, pág.24
[186] Expediente T-8.216.909. Actuación de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, peritaje psicológico forense, folio 99.

no identificaba situaciones o eventos pasados y la información obtenida fue insuficiente para estructurar el relato de un abuso sexual infantil[187].

No obstante, el profesional aclaró que, en infantes menores de tres años, existen limitaciones para analizar su testimonio, por lo que *"la fuente de información está relacionada con el desarrollo psicológico y la presencia de conductas no verbales"*[188]. A partir de lo anterior, evaluó si el menor de edad presentaba síntomas frecuentes en víctimas de abuso sexual habituales en menores de tres años y encontró que sufría: somnolencia, embotamiento, hiperkinesia, falta de concentración, introducción de objetos a la boca, pulsiones orales sostenidas, erotización del adulto, masturbación, accesos de ira y comportamiento agresivo[189]. De lo expuesto, concluyó que el niño presentaba elementos conductuales frecuentes en casos de abuso sexual pero no exclusivos de este, por lo cual, era imperioso contrastarlos con evidencia física[190].

c. Respecto del proceso administrativo de restablecimiento de derechos[191]

– En el proceso de restablecimiento de derechos, el Centro Zonal de Usaquén adelantó varias actuaciones. *i)* Realizó un concepto de valoración inicial a la señora AMBR y sus hijos menores de edad[192]. A este respecto, una trabajadora social asignada por el ICBF concluyó que la madre contaba con una red familiar fuerte que proveía lo necesario a los menores de edad[193]. *ii)* Celebró una entrevista inicial de verificación de derechos realizada por el área de psicología del ICBF a la señora AMBR. En ese documento consta que la señora AMBR no se hizo presente en el Centro Zonal de Usaquén junto con los niños. Por lo tanto, fue imposible verificar su situación. Sin embargo, de los hechos que narró, el área de psicología de la referencia identificó una posible amenaza a su derecho a la integridad personal. Por consiguiente, declaró la importancia de adelantar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos[194]. También, *iii)* recibió las declaraciones de los señores JMBR y AMBR y, *iv)* el 24 de agosto de 2017, la Procuraduría 36 Judicial II de Familia visitó el Centro Zonal[195]. Luego de resumir la actuación procesal, concluyó que la solicitud de la señora AMBR referente a adelantar a favor de sus hijos un proceso de restablecimiento de derechos había sido oportunamente atendida[196]. Así las

---

[187] Ibidem, folios 100-101.
[188] Ibidem, folio 101.
[189] Ibidem, folios 101-102.
[190] Ibidem, folio 108.
[191] La información consignada en este capítulo fue aportada por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, quien adjuntó el expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de los niños.
192 Expediente T-7.995.814. JUZGADO 02 FAMILIA -CUNDINAMARCA-ZIPAQUIRÁ. *RESPUESTA A OFICIO OPT-A-244-2020 - EXP. T-7995814.* Fecha de envío de mensaje: 16 de febrero de 2021, a las 16:04. Documento adjunto: *"CARPETA 1A",* folios 61-65, tal como consta en documento titulado *"Concepto de Valoración Social Inicial",* suscrito por una trabajadora social del Centro Zonal de Usaquén del ICBF.
[193] Idem.
[194] Ibidem, *"CARPETA 1A",* folios 66-69, tal como consta en el documento titulado *"Entrevista inicial de verificación de derechos por el área de psicología",* suscrito por una psicóloga del Centro Zonal de Usaquén.
[195] Ibidem, *"CARPETA 2",* folio 115-125, tal como consta en el acta de visita al Centro Zonal de Usaquén, suscrita por la Procuraduría Treinta y Seis Judicial II de Familia.
[196] Ibidem, *"CARPETA 2",* folio 124.

cosas, no apreció ninguna irregularidad procesal que ameritara la declaratoria de nulidad del proceso o algún error de hecho o de derecho[197].

– Por su parte, el Centro Zonal de Zipaquirá hizo lo siguiente *i)* realizó informes de valoración psicológica a JMBR, AMBR y los abuelos de los niños, entre el 1º y 3 de octubre de 2018[198]; *ii)* visitó a los abuelos tanto maternos como paternos en su lugar de domicilio[199] y los entrevistó[200]; *iii)* llevó a cabo una valoración sociofamiliar del entorno que rodeaba a los hijos de los señores JMBR y AMBR. En su informe, la trabajadora social concluyó que los menores de edad se encontraban dentro de una familia monoparental, en la que la madre se mostraba garante de sus derechos[201] y, *iv)* desarrolló un informe de valoración psicológica realizada a uno de los infantes, entre septiembre y diciembre de 2018[202]. En ese documento, una psicóloga consignó que la niña presentaba proceso de desarrollo cognitivo y emocional acorde a su ciclo vital. También, mostraba procesos de socialización con sistema familiar por línea materna y comunidad educativa[203].

d. Respecto del proceso de tutela de la referencia

– En virtud de que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá declaró improcedente la tutela que esta Sala de Revisión estudia, el señor JMBR informó a la Magistrada Sustanciadora que remitió petición a la Dirección de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación. En esta solicitó, con acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, (i) *"repetir (…) la aplicación del Instrumento Técnico de Valoración de Riesgo (ITVR) realizado y que sustenta el Informe No.20191100033513 del 17 de julio de 2019"*[204]*;* (ii) revisar el informe anteriormente citado y; (iii) examinar de nuevo la solicitud realizada por la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales. Particularmente, la inclusión de AMBR y su núcleo familiar al programa de protección y asistencia de la Fiscalía General de la Nación[205]. No obstante, el 29 de

---

[197] Ibidem, *"CARPETA 2",* folio 125

198 Expediente T-7.995.814. JUZGADO 02 FAMILIA -CUNDINAMARCA-ZIPAQUIRÁ. *RESPUESTA A OFICIO OPT-A-244-2020 - EXP. T-7995814.* Fecha de envío de mensaje: 16 de febrero de 2021, a las 16:04. Documento adjunto: *"CARPETA 5",* folios 17-21 y 49-54. Tal como consta en documentos titulados: *"Informe de Valoración Psicológica realizada a otros familiares en el marco del proceso de restablecimiento de derechos"* e *"Informe de Valoración Psicológica realizada a otros familiares en el marco del proceso de restablecimiento de derechos"*.

[199] Ibidem, *"CARPETA 5",* folios 61-72 y 232-243, tal como consta en documento titulado: *"Visita Domiciliaria"* suscrito por una trabajadora social del Centro Zonal de Zipaquirá, y en formato de informe de visita domiciliaria, suscrito por la trabajadora social de la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Suba del ICBF.

[200] Ibidem, *"CARPETA 5",* folios 249-255, tal como consta en formato de informe de valoración psicológica de verificación de derechos, suscrito por una psicóloga del Centro Zonal de Suba del ICBF.

[201] Ibidem, *"CARPETA 5",* folios 292-302, tal como consta en informe de valoración socio familiar para audiencia de fallo en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, suscrito por una trabajadora social del Centro Zonal de Zipaquirá

[202] Ibidem, *"CARPETA 5",* folios 303-311, tal como consta en formato de informe de valoración psicológica para audiencia de fallo en el PARD, suscrito por una psicóloga del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF.

[203] Ibidem, *"CARPETA 5",* folio 309.

[204] Expediente T-7.995.814. "J.B". *"Respuesta Oficio OPT-A-361-/2021 - Expediente T-7995814".* Fecha de envío: 25 de febrero, a las 16:29. Documento adjunto: *"Escrito de respuesta "J.B",* folio 6.

[205] Ibidem, folios 6-7.

septiembre de 2020, dicha entidad manifestó que tenía autonomía para tomar las decisiones que consideraba necesarias y adecuadas, de acuerdo con sus procedimientos[206].

Ante esta negativa, interpuso una nueva acción de tutela. El juez de primera instancia la declaró improcedente. Sin embargo, en segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá consideró que la respuesta acusada no había resuelto de fondo la petición. Lo anterior, porque la entidad se limitó a afirmar que no podía suministrar información reservada, cuando el actor no había requerido datos[207].

Además, encontró que la entidad había vulnerado el derecho al debido proceso del accionante, en la medida en que –aunque tiene autonomía para adoptar las medidas que crea convenientes luego de efectuar los respectivos estudios–, estas son temporales. Esto, puesto que la Resolución No. 1006 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación establece en su artículo 11 que *"[l]as medidas adoptadas por la Dirección Nacional de Protección y Asistencia hacia los beneficiarios tienen el carácter de temporales. Además, no constituyen derechos adquiridos y están sujetas a revisión periódica (...)"*[208]. Asimismo, el artículo 26 enuncia los deberes del fiscal de conocimiento, dentro de los cuales se resalta *"informar trimestralmente a la Dirección Nacional de Protección y Asistencia sobre el estado del proceso y la práctica probatoria del mismo en lo correspondiente a la declaración, entrevista o testimonio, rendido por el beneficiario, a fin de controlar la duración de la incorporación del protegido al programa"*[209].

Entonces, el juez de tutela resolvió que la entidad accionada tenía el *"deber de indicar concreta y fundadamente al señor* [JMBR] *si en compañía de la Procuraduría General de la Nación puede hacerse la revisión de todo el procedimiento adelantado en relación (sic) la medida de protección decretada en favor de sus hijos (...) sin que ello implique la develación de información reservada"*[210]. Adicionalmente, señaló que tiene la obligación de *"emitir pronunciamiento de fondo respecto de las exposiciones efectuadas por el señor* [JMBR] *en la solicitud (...) teniendo en cuenta todas y cada una de las pruebas aportadas (...) de acuerdo con lo reglado en el artículo 11 de la Resolución 1006 de 2016 (...) procedimiento en el cual deberá ser integrada la Fiscalía 234 Seccional (...)"*[211].

---

[206] Ibidem, folio 7.
[207] Expediente T-7.995.814. "J.B". *"Expediente T-7.995.814"*. Fecha de envío: 4 de marzo de 2021, a las 6:10. Documento adjunto: *"110013109022 2020 00181 0 1RRR tutela D. debido proceso vs. Director del programa de programa de protección a testigos",* folio 18.
[208] Ibidem, *"110013109022 2020 00181 0 1RRR tutela D. debido proceso vs. Director del programa de programa de protección a testigos",* folio 19.
[209] Ibidem, *"110013109022 2020 00181 0 1RRR tutela D. debido proceso vs. Director del programa de programa de protección a testigos",* folio 20.
[210] Ibidem, *"110013109022 2020 00181 0 1RRR tutela D. debido proceso vs. Director del programa de programa de protección a testigos",* folio 21.
[211] Ibidem, *"110013109022 2020 00181 0 1RRR tutela D. debido proceso vs. Director del programa de programa de protección a testigos",* folios 21-22.

Solicitudes de medida cautelar. La Magistrada Sustanciadora recibió dos memoriales de parte de la apoderada judicial de la señora AMBR, en los que solicitó a esta Corporación ordenar como medidas provisionales *i)* la suspensión de las visitas virtuales que ordenó el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá entre el señor JMBR y sus hijos, conforme a lo establecido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela y, *ii)* que las distintas instancias judiciales que han proferido decisiones que involucran a los hijos de AMBR y JMBR suprimieran los nombres de los niños y sus familiares de las publicaciones que hacen de sus decisiones en distintas redes jurídicas, bases de datos y plataformas de información de carácter público. En caso de que esto no fuera posible, solicitó que dichas providencias no fueran de libre acceso en internet[212].

Mediante el Auto 268 del 31 de mayo de 2021, la Sala Sexta de Revisión decidió suspender las visitas virtuales, hasta tanto dictara una decisión definitiva en el trámite de revisión del expediente de tutela T-7.995.814. Lo anterior, por cuanto uno de los niños había sufrido un estado mental de ansiedad y había presentado conductas hipersexualizadas que no estaban acordes con su edad, tal y como lo expusieron los peritajes psicológico y psiquiátrico. Además, la Sala observó que existía un riesgo probable de que la salud mental de los niños se viera afectada en caso de celebrar las visitas. Finalmente, no se generaba un daño desproporcionado al accionante, pues la medida era temporal y, en caso de ser declarado inocente, el vínculo paternofilial podía eventualmente recuperarse a través de los protocolos con los que cuenta el ICBF para fortalecerlos. Lo expuesto, siempre que se verifique que dicho contacto es favorable para el niño, niña o adolescente. Sin embargo, no concedió la segunda medida solicitada porque se separaba ampliamente del problema jurídico central de la presente tutela, pues no estaba ligado a la viabilidad de las visitas entre el padre y sus hijos. Además, esta Corporación no tenía la competencia para ordenar un ajuste unilateral y parcial del contenido de las providencias de otras autoridades judiciales, por intermedio de medidas cautelares. Tal aproximación implicaba una decisión de fondo sobre el contenido mismo de ellas, que exige necesariamente la intervención de los jueces involucrados.

Solicitudes adicionales presentadas por la señora AMBR. En sede de revisión, la Magistrada Sustanciadora recibió memoriales de la apoderada judicial de la señora AMBR, en los cuales solicitó: *i) "analizar todas las inconsistencias con relación a los elementos y la información que de ellos se deriva, contenida en la carpeta denominada "02CdFolio345carpeta2 (Defensa_caso) (...)"* y, *ii)* si se considera pertinente, compulsar copias *"a las autoridades correspondientes con respecto a la actuación de* [JMBR], *y de la Defensora de Familia del Centro Zonal del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar de Usaquén"*[213].

---

[212] Expediente T-7.995.814. VIVIANA BEJARANO M.*"Expediente T-7995814-Pronunciamiento sobre la respuesta a la solicitud de información y el Auto de pruebas, ambos con fecha del 30 de abril de 2021"*. Fecha de envío: 7 de mayo de 2021, a las 15:27. Documentos adjuntos: *"Pronunciamiento sobre la respuesta a la apoderada del 30 de abril"; "Anexo I. Oficio Fiscalía 12 de septiembre.pdf"; "Anexo II. Formato de Arraigo.pdf"*.

[213] Expediente T-7.995.814. VIVIANA BEJARANO M. *"Expediente T-7995814 -Memorial respetuoso sobre el contenido de la carpeta remitida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá denominada*

Lo anterior, debido a que, a su juicio, el accionante aportó ante el Centro Zonal de Usaquén del ICBF ciertos elementos probatorios de los cuales su representada no tuvo conocimiento y, por lo tanto, son ilícitos. También requirió *iii)* decretar la nulidad del fallo de tutela de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 1 de marzo de 2021, por medio de la cual tuteló el derecho de petición del señor JMBR. Esto, *"no solo porque no se notificó el auto admisorio de la demanda de tutela, ni la sentencia de tutela a la señora* [AMBR], *quien tenía interés directo dentro del proceso, sino también porque se trata de una demanda de tutela temeraria"*[214]. Adicionalmente, argumentó que aquel juez de tutela realizó afirmaciones discriminatorias en contra de su representada[215].

Amicus Curiae. La Corporación Humanas[216] y la Defensoría del Pueblo[217] remitieron documentos en los que exponen las razones por las cuales, a su juicio, *i)* los jueces de tutela no tuvieron en cuenta el interés superior de los menores de edad y, *ii)* la señora AMBR ha sido víctima de violencia de género de parte del accionante, de la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén y de los jueces de tutela. Por lo anterior, solicitaron a la Sala de Revisión abarcar el caso desde un enfoque diferencial y de género.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Delimitación previa del asunto planteado en el recurso de amparo

2. Según consta en el escrito de tutela, los hechos descritos por el señor JMBR se relacionan con la presunta vulneración de su derecho al debido proceso y el de sus hijos a tener una familia y no ser separados de ella. En concreto, el accionante aduce que la Fiscalía General de la Nación vulnera su derecho al debido proceso al otorgar una medida de protección en favor de sus hijos sin haber demostrado que él representa un peligro para ellos. Asimismo,

---

"02CdFolio345carpeta2 (Defensa_caso)". Documento adjunto: *"Pronunciamiento con relación a la carpeta remitida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá".*

[214] Expediente T-7.995.814. VIVIANA BEJARANO M. *"Expediente T-7995814 - Memorial respetuoso sobre el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 01 de marzo del 2021".* Fecha de envío: 16 de marzo de 2021, a las 14:56. Documento adjunto: *"Memorial respetuoso sobre el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 01 de marzo del 2021",* folio 12.

[215] Ibidem, folios 6-10.

[216] Expediente T-7.995.814. MARÍA FERNANDA HERRERA BURGOS. *Amicus Curiae Corporación Humanas T- 7.995.814.* Fecha de envío: 20 de mayo de 2021. Documento adjunto: *"Amicus Curiae Corporación Humanas T7995814.pdf".*

[217] Expediente T-7.995.814. PAMELA FORERO. *Intervención T-7.995.814.* Documento adjunto: *"Respuesta a solicitud"*

considera que la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá lesiona el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, al otorgar permiso de salida del país sin el consentimiento del padre. Finalmente, señala que el Juzgado Segundo de Familia de ese mismo municipio vulnera los derechos prevalentes de los menores de edad, al suspender las visitas ordenadas por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén.

3. En ese escenario, esta Sala no responderá las solicitudes referidas a asuntos diferentes a la presunta vulneración de las garantías constitucionales anteriormente mencionadas. En ese sentido, no analizará las supuestas inconsistencias que ocurrieron dentro del proceso de restablecimiento de derechos adelantado por el Centro Zonal de Usaquén del ICBF. Lo anterior, debido a que se refieren a presuntas irregularidades que no fueron aludidas en el escrito de tutela y no derivan en las vulneraciones alegadas. Además, porque la señora AMBR no alegó oportunamente estas supuestas irregularidades dentro de los trámites correspondientes ni acreditó de qué manera afectarían la decisión de esta Sala de Revisión.

4. Tampoco analizará la temeridad de la acción de tutela adicional que presentó el accionante, ni estudiará la solicitud de nulidad del consecuente fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá del 1º de marzo de 2021. Lo anterior, por cuanto se trata de un recurso de amparo posterior y diferente al que estudia en este caso la Corte. Por lo tanto, esta Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre él[218].

5. Finalmente, esta Corporación es consciente de que el Estado tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo. Los operadores jurídicos tienen el deber de aplicar una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y, por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres[219]. Sin embargo, la revisión de los expedientes de la referencia no es el escenario para discutir las supuestas discriminaciones que ejercieron la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y los profesionales del Centro Zonal de Usaquén en contra de la señora AMBR. Los supuestos hechos de discriminación solo fueron enunciados. La señora AMBR no presenta indicios sobre una presunta violencia de género. Bajo ese entendido, la señora AMBR no demostró la *"violencia institucional"* a la que supuestamente estuvo sometida. En todo caso, esos presuntos actos no se refieren a la vulneración de los derechos del accionante o de sus hijos. En ese sentido, el análisis de dicha discriminación no es parte del

---

[218] Sobre la imposibilidad de pronunciarse sobre la temeridad de acciones de tutela posteriores a la que es objeto de análisis por parte de las Salas de Revisión, ver las sentencias T-292 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos; y SU-773 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[219] Plazas-Gómez C. V (ed.). (2018) *Hacia la Construcción de una Política Fiscal con Enfoque de Género en Colombia, Perspectiva de género: reconocimiento de los derechos de la mujer, origen teórico y desarrollo legal,* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Pág. 75-76. También, ver la Sentencia SU-080 de 2020, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

marco fáctico y jurídico de la tutela que analiza esta Sala. Finalmente, si la señora AMBR estima que fue sometida a actos de discriminación, puede ejercer mecanismos de defensa judicial mediante los cuales busque la protección de sus derechos en el marco de dichas actuaciones.

6. A continuación, la Sala delimita el asunto objeto de análisis que concierne las garantías del peticionario y de los niños presuntamente vulneradas.

Asunto objeto de análisis

7. El accionante JMBR fue denunciado por su expareja –la señora AMBR– por los presuntos delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso con violencia intrafamiliar, supuestamente cometidos sobre sus hijos. En el curso de este proceso penal, la denunciante solicitó ante la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales, adelantar los trámites correspondientes para ser incluida en el programa de protección y asistencia a víctimas y testigos. En efecto, mediante informe No. 201911000033513 del 17 de junio de 2019, la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación concluyó que la señora AMBR sufría riesgo a su integridad física. Por tal razón, mediante Acta No. 20191100041973 esa autoridad ordenó como medida de protección el cambio de domicilio.

Paralelamente, se adelantó un proceso administrativo de restablecimiento de derechos ante el Centro Zonal de Usaquén del ICBF. Mediante Resolución No. 507 del 20 de septiembre de 2017, la Defensora de Familia del Centro ordenó visitas supervisadas, con el fin de que el solicitante mantuviera contacto parental con sus hijos. Posteriormente, el asunto fue conocido por el Centro Zonal de Zipaquirá porque la mamá y los niños cambiaron su lugar de residencia. Esa sede realizó una visita domiciliaria al lugar donde ellos vivían y recibió declaración de un psicólogo perito que evaluó a uno de los menores de edad en diciembre de 2017. Por Resolución No. 384 del 12 de diciembre de 2018, la defensora de familia resolvió suspender provisionalmente las visitas supervisadas mientras avanzaba el proceso penal en contra del tutelante. Lo anterior, porque los menores de edad gozaban de un buen estado de salud tanto física como psicológica. El 17 de enero de 2020, esta decisión fue homologada por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá.

Tiempo después, la señora AMBR solicitó ante ese Centro otorgar de plano permiso de salida del país a sus hijos. La petición fue sustentada en el hecho de que fueron incluidos en el programa de protección y asistencia a víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación. En efecto, aquella Defensora de Familia accedió a lo pretendido mediante la Resolución No. 186 del 22 de noviembre de 2019.

En virtud de los hechos descritos, el señor JMBR interpuso acción de tutela por el presunto desconocimiento de sus derechos a la defensa y a la presunción de

inocencia, así como por la transgresión del derecho de sus hijos a tener una familia y no ser separados de ella. En el escrito solicitó al juez constitucional (i) ordenar al director de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación *"revisar si realmente se cumplió con el protocolo para dar ingreso a mis hijos (...)"*[220] a ese estatus protegido que le impide como padre ver a sus hijos menores de edad; (ii) ordenar el levantamiento de la reserva, para que *"se conmine a la Fiscal 234 Seccional, inform[ar] el contenido de la solicitud que radico (sic) en el programa de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación"*[221]; (iii) revocar la decisión del ICBF de dar permiso de salida del país a sus hijos y, (iv) revocar la decisión del Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, *"en la que confirmó una resolución del ICBF por medio de la cual impiden que yo pueda ver a mis hijos"*[222].

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto del 3 de marzo de 2020, asumió el conocimiento de la acción de tutela únicamente en relación con *"la Fiscalía 234 Seccional de la Unidad de delitos sexuales, la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la ciudadana* [AMBR] *en representación de los menores V.E.B y R.A.B, víctimas en el presente asunto y su apoderada judicial"*[223]. Asimismo, consideró pertinente remitir copias del recurso a la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca, debido a que uno de los accionados era el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá[224]. La Sala Penal mencionada declaró improcedente la acción de tutela, pues el solicitante no acudió directamente a la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación para requerir lo que pretendía a través de la acción constitucional. Además, tenía a su disposición medios ordinarios de defensa judicial para controvertir la decisión del ICBF de otorgar de plano permiso de salida del país a sus hijos.

Por su parte, la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca encontró que la decisión del Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, referente a homologar la Resolución No. 384 del 12 de diciembre de 2018, no fue motivada. Por consiguiente, le ordenó que, en el término de 20 días contados a partir de la notificación del fallo, dejara sin valor ni efecto la providencia de homologación que dictó en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos. En su lugar, debía dictar una nueva determinación debidamente sustentada. Ese fallo fue confirmado en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá profirió una nueva providencia en la que no homologó la Resolución No. 384 de 2018 y, en

---

[220] Expediente T-7.995.814. Cuaderno principal, folio 8, tal como consta en el escrito de tutela presentado por el señor JMBR.
[221] Ibidem.
[222] Idem.
[223] Expediente del proceso 11001220400020200042000, actuación de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, folio 5.
[224] Idem.

su lugar, ordenó la celebración de visitas virtuales entre el señor JMBR y sus hijos.

Por su parte, al recibir el fallo de única instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el señor JMBR remitió petición a la Dirección de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual solicitó con acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, (i) *"repetir (...) la aplicación del Instrumento Técnico de Valoración de Riesgo (ITVR) realizado y que sustenta el Informe No.20191100033513 del 17 de julio de 2019"*[225]*;* (ii) revisar a profundidad el informe anteriormente citado y; (iii) examinar de nuevo la solicitud realizada por la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales, en la que requirió la inclusión de AMBR y su núcleo familiar al programa de protección y asistencia de la Fiscalía General de la Nación[226].

El 29 de septiembre de 2020, dicha entidad manifestó que tenía autonomía para tomar las decisiones que consideraba necesarias y adecuadas, de acuerdo con sus procedimientos[227].

Ante esta negativa, el señor JMBR interpuso una nueva acción de tutela. En primera instancia, el *a quo* negó el amparo solicitado. En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió que la entidad accionada tenía el deber de darle una respuesta de fondo al accionante, conforme a las pruebas allegadas y la Resolución No. 1006 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación. De igual forma, decidió que la entidad tenía la obligación de indicarle al solicitante si, en compañía de la Procuraduría General de la Nación, podía revisar el procedimiento adelantado en relación con la medida de protección decretada en favor de la señora AMBR y sus hijos, sin que ello implicara develar información reservada[228].

8. De acuerdo con lo expuesto, previo a analizar la procedibilidad de la tutela, le corresponde a esta Sala analizar una cuestión previa. En concreto, si se configuró una carencia actual de objeto respecto de dos de las pretensiones del actor, por el acaecimiento de una situación sobreviniente. Particularmente, aquellas contra la Fiscalía 234 seccional de la Unidad de Delitos Sexuales y contra la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación. Esto, debido a que el actor solicitó directamente a la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación lo pretendido en esta acción de tutela y esa entidad, por orden judicial, dio respuesta a dicha petición.

---

[225] Expediente T-7.995.814. "J.B". *"Respuesta Oficio OPT-A-361-/2021 - Expediente T-7995814".* Fecha de envío: 25 de febrero, a las 16:29. Documento adjunto: *"Escrito de respuesta "J.B",* folio 6.
[226] Ibidem, folios 6-7.
[227] Ibidem, folio 7.
[228] Expediente T-7.995.814. "J.B". *"Expediente T-7.995.814".* Fecha de envío: 4 de marzo de 2021, a las 6:10. Documento adjunto: *"110013109022 2020 00181 0 1RRR tutela D. debido proceso vs. Director del programa de programa de protección a testigos".*

Cuestión previa: Carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia[229]

9. La sustracción de los motivos que llevaron a la interposición de la acción de tutela elimina la vocación protectora que le es inherente respecto del caso concreto. Puede suceder que la intervención del juez, que se consideraba urgente y determinante cuando se formuló la solicitud, deje de serlo por el modo en que evolucionan los hechos. Existen tres hipótesis en las que se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto: *i)* cuando se presenta un daño consumado; *ii)* cuando existe un hecho superado y, *iii)* cuando ocurre un hecho sobreviniente que hace inocuo el objetivo de la sentencia.

10. La primera de estas hipótesis sucede cuando **el daño o afectación que con la acción de tutela se pretendía evitar ha ocurrido**, de forma que ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez constitucional dé una orden al respecto[230]. Por consiguiente, en estos casos no es posible cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y, por ello, tan solo es procedente el resarcimiento del daño originado por la violación del derecho.

11. La ocurrencia de un **hecho superado** supone que entre el momento en que se interpone la demanda de amparo y el fallo, se evidencia que, como producto del obrar de la entidad accionada, se superó la vulneración a los derechos fundamentales del actor. De este modo, se concluye que cesó la afectación y resulta inocua cualquier intervención que pueda realizar el juez de tutela para lograr la protección de unos derechos que, en la actualidad, la accionada ha dejado de desconocer[231].

12. La **ocurrencia de un hecho sobreviniente** remite a cualquier "*circunstancia* [distinta al daño consumado y al hecho superado] *que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío*"[232]. La **Sentencia SU-522 de 2019[233]** recoge algunas situaciones en las que la jurisprudencia ha declarado un hecho sobreviniente. Por ejemplo, cuando: *i)* el actor asume la carga que no le corresponde para superar el hecho vulnerador[234], *ii)* un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada– logra que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental[235]; *iii)* es imposible

---

[229] Apartado extraído de las SentenciasT-188 de 2021, T-207 de 2020 y T-544 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[230] Sentencia SU-225 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada (e).
[231] Sentencia T-544 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz.
[232] Sentencia SU-225 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.
[233] M.P. Diana Fajardo Rivera.
[234] *"Por ejemplo, cuando es el afiliado quien, al evidenciar la excesiva demora en el suministro del medicamento que solicitó vía tutela, decide asumir su costo y procurárselos por sus propios medios. Sentencia T-481 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos. Son también los casos en los que las accionantes, ante las trabas y demoras injustificadas, deciden practicarse la interrupción voluntaria al embarazo, en establecimientos particulares (Ver T-585 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto y T-988 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)".*
[235] *"En Sentencia T-025 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos, un inmigrante venezolano, portador de VIH, solicitó a la Secretaría de Salud de Santa Marta entrega de unos medicamentos indispensables para el tratamiento de*

proferir alguna orden, en razón a que no serían atribuibles a la entidad demandada[236] y, (iv) el actor simplemente pierde interés en el objeto original de la *litis*[237].

13. Por lo tanto, cuando se encuentre probada alguna de estas circunstancias, el juez constitucional tiene el deber de declarar la carencia actual de objeto. De lo contrario, las decisiones y órdenes carecerían de sentido ante la superación de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo o ante la satisfacción de las pretensiones del actor. No obstante, es importante señalar que, según las características del caso concreto, el juez constitucional puede pronunciarse de fondo sobre la situación que se le presenta.

Configuración de la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente en el caso concreto

14. El señor JMBR presentó una acción de tutela posterior a la que es objeto de estudio, en contra de la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación. Particularmente, solicitó que la entidad respondiera de manera completa una petición que radicó ante ella.

15. En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá concedió el amparo del derecho de petición del actor. En consecuencia, ordenó a la entidad accionada emitir un pronunciamiento de fondo respecto de las exposiciones efectuadas por el accionante. En efecto, la entidad cumplió la orden emitida en sede de tutela y respondió la petición del actor el 23 de marzo de 2021[238]. A raíz de estos hechos, la Sala observa que se configuró una carencia actual de objeto por hecho sobreviniente. Lo expuesto, debido a que el peticionario acudió ante la Fiscalía General de la Nación y un juez constitucional adicional para obtener respuesta a dos de sus pretensiones. Particularmente, *i)* examinar la solicitud que remitió la Fiscalía 234 accionada a la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación. Esto, con el fin de que los niños y su madre fueran beneficiados con una medida de protección y; *ii) "revisar si realmente se cumplió con el protocolo para dar ingreso a mis hijos (...)"*[239] a ese estatus protegido que le

---

su enfermedad. En el trascurso del proceso de tutela, el accionante logró regularizar su situación en el país y acceder al régimen contributivo en salud. Fue entonces EPS Sanitas la que hizo entrega de los medicamentos solicitados inicialmente en la tutela. Ver también T-152 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas".

[236] *"Son casos relacionados, por lo general, con el fallecimiento del accionante. En Sentencia T-401 de 2018. M.P. José Antonio Lizarazo Ocampo, la Sala conoció una demanda para que se reconociera la pensión de invalidez. Sin embargo, en sede de revisión se constató el fallecimiento del demandante, "circunstancia que no necesariamente puede endilgarse a las actuaciones desplegadas por las entidades demandadas, y que imposibilita conceder el amparo solicitado". Ver también T-038 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger".*

[237] *"Son casos relacionados, por lo general, con el fallecimiento del accionante. En Sentencia T-401 de 2018. M.P. José Antonio Lizarazo Ocampo, la Sala conoció una demanda para que se reconociera la pensión de invalidez. Sin embargo, en sede de revisión se constató el fallecimiento del demandante, "circunstancia que no necesariamente puede endilgarse a las actuaciones desplegadas por las entidades demandadas, y que imposibilita conceder el amparo solicitado". Ver también T-038 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger".*

[238] Expediente T-7.995.814. "J.B". *Respuesta a "Oficio OPT-A-1086/2021" - "Expediente T-7995814".* Fecha de envío: 21de abril de 2021, a las 9:18. Documento adjunto: *"Escrito de respuesta con anexos".* Tal como consta en la respuesta de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos, anexada por el accionante. Folios 12-26.

[239] Ibidem, folio 8.

impide como padre verlos. Por lo tanto, perdió interés en el objeto original del recurso de amparo que revisa esta Sala.

En concreto, con ocasión de la sentencia de tutela que profirió la Sala Penal de Tribunal Superior de Bogotá, la Oficina accionada informó al actor si era posible –con acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación– *i)* repetir la aplicación del Instrumento Técnico de Valoración de Riesgo; *ii)* revisar el informe No. 20191100033513 del 17 de julio de 2019, conforme a la petición remitida por la Fiscalía 234 seccional de la Unidad de Delitos Sexuales y; *iii)* examinar de nuevo los argumentos esgrimidos en esa última solicitud. Lo anterior, en virtud de la normativa aplicable. En particular, el artículo 11 de la Resolución No. 1006 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación establece: *"Las medidas adoptadas por la Dirección Nacional de Protección y Asistencia hacia los beneficiarios tienen el carácter de temporales. Además, no constituyen derechos adquiridos* ***y están sujetas a revisión periódica"*** (negrilla propia)**.** En efecto, la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos cumplió con dicha norma y así se lo hizo saber al accionante en la respuesta remitida, la cual tiene carácter de reserva[240].

En consecuencia, la Sala concluye que su intervención respecto de dos pretensiones del actor ya no es urgente y determinante. Concretamente, el actor pretendía examinar los argumentos expuestos por la Fiscalía 234 accionada para solicitar una medida de protección a favor de los niños y su madre. Además, buscaba que la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos revisara el protocolo que siguió para otorgar dicho beneficio. Lo anterior, porque considera que no es un peligro para sus hijos; por lo tanto, a su juicio no hay razón alguna para que estén dentro del Programa de Protección. A este respecto, en virtud de una orden judicial, la Oficina demandada respondió si podía o no revisar el procedimiento acusado. Lo expuesto, conforme a lo solicitado por la Fiscalía 234 seccional de la Unidad de Delitos Sexuales y la Resolución 1006 de 2016. Por consiguiente, la Sala encuentra que el actor acudió directamente a la Fiscalía General de la Nación y a un trámite judicial adicional para establecer si sus hijos debían o no estar en el Programa de Protección. Por lo tanto, el actor perdió interés en el objeto de la tutela de la referencia. En consecuencia, acaeció una carencia actual de objeto por hecho sobreviniente sobre las pretensiones dirigidas contra la Fiscalía 234 seccional

---

[240] ***"****Esto, conforme lo enuncia la Dirección de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, "de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política en su artículo 15, el artículo 27 de la Ley 594 de 2000, el artículo 20 de la Ley 57 de 1985, el artículo 72 de la Ley 418 de 1997 la cual indica que (…) "La Fiscalía General de la Nación mantendrá bajo estricta reserva los archivos de las personas amparadas o relacionadas con el programa de protección. Quienes tengan conocimiento de las medidas de protección o hayan intervenido en su preparación, expedición y ejecución, tendrán la obligación de mantener en secreto o reserva la identidad de las personas beneficiadas con el programa. La violación de esta reserva acarreará las sanciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar. Serán igualmente responsables, los servidores públicos y los particulares que incurran en dicha violación" Código Penal (Ley 599 de 2000) artículos 269F y 418, la Ley 1712 de 2014 (Ley de Transparencia", en concordancia con el Decreto Ley 898 d 2017 y el artículo 4º de la Resolución 0-1006 de 2016, razón por la que se solicita muy respetuosamente tomar las previsiones necesarias para garantizarlas". "Escrito de respuesta con anexos".* Tal como consta en la respuesta de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos, anexada por el accionante. Folio 26.

de la Unidad de Delitos Sexuales y la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación.

16. Con todo, el acaecimiento de una carencia actual de objeto no se traduce en la supresión de los motivos que llevaron a formular la acción de tutela y, en esa medida, la Sala continuará con el análisis correspondiente.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Por medio de la acción de tutela, el señor JMBR pretende revocar *i)* la Resolución No. 186 de 2019, por medio de la cual la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá otorgó permiso de plano para que sus hijos salieran del país y, *ii)* la sentencia del 17 de enero de 2020, mediante la cual el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá homologó la Resolución No. 384 de 2018 y, por ende, suspendió las visitas entre el accionante y sus hijos. En ese sentido, la Sala primero analizará la procedencia del recurso de amparo respecto de la pretensión dirigida contra la Defensoría accionada. Luego, aplicará la metodología de la acción de tutela en contra de providencias judiciales para estudiar la procedencia del recurso, en relación con la segunda pretensión. Finalmente, formulará y responderá los correspondientes problemas jurídicos si la acción de tutela supera el examen mencionado. A continuación, la Sala realizará el estudio correspondiente.

a. Procedencia de la acción de tutela en relación con la pretensión dirigida a revocar la Resolución No. 186 de 2019 proferida por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá

***Legitimación en la causa por activa*[241]**

17. Los artículos 86 superior y 10 del Decreto 2591 de 1991, así como la jurisprudencia de esta Corporación sostienen que todas las personas que consideren que sus derechos fundamentales son amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad o incluso, en ciertas circunstancias, de un particular, están habilitadas para solicitar el amparo constitucional. Solo los titulares de las garantías *ius fundamentales* comprometidas están legitimados por activa para reclamar la protección del juez de tutela.

Conforme al desarrollo jurisprudencial, aquéllos podrán acudir al amparo de dos formas: una directa y otra indirecta. En forma directa lo hacen al promover la acción en nombre propio; en forma indirecta, cuando la formulan a través de (i) representante legal (p.ej. los menores de edad), (ii) apoderado judicial, (iii) agente oficioso o (iv) del Ministerio Público.

18. En el asunto que se analiza, JMBR acudió a la acción de la referencia a nombre propio y en representación de sus hijos, sobre quienes aún conserva la

---

[241] Este acápite es reiteración de la Sentencia T-207 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

patria potestad[242]. Esto, por cuanto considera que otorgar permiso de salida del país sin el consentimiento del padre lesiona el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y, también, su garantía al debido proceso[243].

Legitimación en la causa por pasiva[244]

19. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado. Lo anterior, porque está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental invocado una vez se acredite la misma en el proceso[245]. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y contra particulares.

20. Sobre este asunto, la apoderada judicial de la señora AMBR argumenta que el peticionario dirigió la acción de tutela únicamente contra la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación y la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos Sexuales. Esto, en la medida en que en el encabezado del recurso solo aparecen como accionadas estas dos entidades[246]. A juicio de esa profesional, fue la manera en la que el tutelante identificó a las personas jurídicas contra quienes se dirigía la acción de tutela. En este sentido, afirmó que *"la correcta identificación de la parte accionada es una exigencia que deben cumplir los solicitantes, conforme al mandato legal consagrado en el artículo 13 del decreto 2591 de 1991"*[247]. Por tal razón, el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF carece de legitimación en la causa por pasiva.

21. En esa medida, para analizar la legitimación en la causa por pasiva, la Sala explicará las exigencias que debe cumplir el peticionario para identificar las personas accionadas en su escrito de tutela. Asimismo, hará alusión al principio *pro actione* y al deber de los jueces constitucionales de integrar debidamente el contradictorio. Finalmente, bajo este marco estudiará si la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá está legitimada en la causa por pasiva.

22. El artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que *"[l]a acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental".* Sin embargo, no fija

---

[242] Actualmente cursa un proceso de pérdida de patria potestad ante el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, respecto del cual el 22 de junio de 2021 se celebró audiencia inicial de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, conforme a lo contestado por este Juzgado al Auto de pruebas emitido por la Magistrada sustanciadora el 9 de febrero de 2021.
[243] Cuaderno principal, folios 7-9, tal como consta en la acción de tutela presentada por el señor JMBR.
[244] Apartado sustentado en las consideraciones de la Sentencia T-279 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[245] Ver sentencias T-1015 de 2006, MP Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.
[246] Cuaderno principal, folio 1, tal como consta en la acción de tutela presentada por el señor JMBR.
[247] Expediente T-7.995.814. VIVIANA BEJARANO M. *Expediente T-7995814- Pronunciamiento sobre el Auto con fecha del 31 de mayo de 2021.* Fecha de envío: 8 de junio de 2021. Documento adjunto: *"Pronunciamiento sobre el Auto con fecha del 31 de mayo de 2021",* pág.1.

una única forma de identificar las personas contra quienes se dirige el recurso. En efecto, el juez constitucional debe verificar que en el escrito presentado por el solicitante se identifiquen las entidades o personas que presuntamente hayan vulnerado sus derechos fundamentales, sin que este ejercicio implique alguna exigencia específica al respecto. Incluso, en los casos en que el accionante no realiza dicha identificación, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que el juez de tutela debe integrar el contradictorio en virtud del principio de oficiosidad y de informalidad. En concreto, la autoridad judicial debe vincular a la persona o entidad contra la cual ha debido obrar el tutelante cuando: *i)* la demanda se entabla contra un sujeto distinto a quien se le imputa la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales[248] o, *ii)* exista otro ente que, por su actividad, funciones o actos ha debido ser vinculado[249].

Sobre lo anterior, esta Corporación ha afirmado que el debido proceso y el acceso a la justicia son derechos fundamentales que obligan a interpretar las normas procesales como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y a las soluciones que permitan resolver el fondo de los asuntos sometidos a consideración de los jueces (principio *pro actione*). Si bien, *prima facie,* los derechos no se vulneran cuando se inadmite un recurso o acción por no concurrir los presupuestos legales para su aceptación, el juez tiene la obligación de interpretar las normas de la forma que sea más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales[250]. Incluso, conforme al artículo 17 del Decreto 2591 de 1991, si el juez no es capaz de determinar el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela, puede inadmitir el recurso y requerir su corrección. De este modo, tiene la facultad de inquirir por cualquier aspecto, entre ellos, contra quién va dirigida la demanda y por cuáles razones.

23. En suma, en virtud del principio *pro actione,* el juez constitucional ha de interpretar las normas como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y a las soluciones que permitan resolver de fondo los asuntos sometidos a su consideración. Por lo anterior, es deber del juez constitucional integrar debidamente el contradictorio cuando observa que el accionante no ha dirigido el recurso de amparo contra la persona o entidad que supuestamente vulnera o amenaza sus derechos fundamentales, o exista un ente adicional que, en virtud de sus funciones o actos, deba ser vinculado.

24. Con base en lo anterior, la Sala observa que el ICBF es un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por el artículo 50 de la Ley 75 de 1968, a su vez modificado por la Ley 7 de 1979. Su finalidad general es proveer a la protección de los menores de edad y promover el mejoramiento de la estabilidad y bienestar de las familias colombianas[251]. En virtud de esta función, la Defensoría de Familia del Centro Zonal referido expidió la Resolución No. 186 de 2019. En esta, concedió de

---

[248] Sentencia T-578 de 1997, M.P José Gregorio Hernández Galindo.
[249] Auto 071A de 2016, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.
[250] Corte Constitucional. Sentencias T-538 de 1994, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz; T-345 de 1996, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz; C-731 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.
[251] Ley 75 de 1968, artículo 53.

plano permiso para salir del país a los hijos de los señores AMBR y JMBR, al estar incluidos en el Programa de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación.

25. Por otra parte, en el encabezado del escrito de tutela, el señor JMBR identificó como accionados al *"DIRECTOR OFICINA DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y FISCALÍA 234 SECCIONAL BOGOTÁ UNIDAD CONTRA DELITOS SEXUALES (...)"*[252]. Sin embargo, al relatar los hechos que lo llevaron a interponer la acción de tutela, el solicitante señaló que el Centro Zonal de Zipaquirá otorgó permiso de salida del país de sus hijos sin su consentimiento[253]. Posteriormente, consideró que el derecho de sus hijos a tener una familia y no ser separados de ella se vulnera al no estar junto a padre[254]. Por lo anterior, entre otras pretensiones, solicitó que se revocara la decisión tomada por el Centro Zonal de Zipaquirá[255].

26. Para esta Sala es claro que el tutelante identificó debidamente a la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF. Primero, describió la actuación que la entidad llevó a cabo. Luego, explicó por qué, a su consideración, dicho acto vulneró el derecho de sus hijos a tener una familia y no ser separados de ella. Finalmente, solicitó revocar la decisión presuntamente lesiva. Por consiguiente, la Sala –contrario a lo argumentado por la apoderada judicial de la señora AMBR–, encuentra que la tutela cumple con el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, que establece que *"[l]a acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental"*. En consecuencia, la Sala Sexta de Revisión concluye que la entidad demandada tiene legitimación por pasiva en este asunto.

Inmediatez

27. Esta Corporación ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad. Sin embargo, la solicitud de amparo debe formularse en un término razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador. Esta exigencia se deriva de la finalidad de la acción constitucional que pretende conjurar situaciones urgentes que requieren de la inmediata intervención del juez constitucional. Por lo tanto, cuando ha transcurrido un periodo de tiempo considerable y desproporcionado entre la ocurrencia del hecho vulnerador o la amenaza a los derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela, se entiende *prima facie* que su carácter apremiante fue desvirtuado, siempre que no se hayan expuesto razones que muestren en términos de derechos fundamentales el paso del tiempo para utilizar el mencionado instrumento constitucional.

---

[252] Cuaderno principal, folio 1, tal como consta en la acción de tutela presentada por el señor JMBR.
[253] Ibidem, folio 3.
[254] Ibidem, folio 6.
[255] Ibidem, folio 8.

El requisito de inmediatez pretende entonces que exista *"una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales"*[256], de manera que se preserve la naturaleza de la acción, concebida como un remedio de aplicación urgente que demanda protección efectiva y actual de los derechos invocados[257].

28. En el presente caso, la Sala observa que la Defensoría de Familia accionada emitió la Resolución No. 186 del 22 de noviembre de 2019, mediante la cual otorgó permiso de salida del país a los hijos del accionante. Por su parte, el accionante interpuso el recurso de amparo el 25 de febrero de 2020. Por ende, transcurrieron tres meses entre los hechos y la presentación del escrito de tutela. Este es un lapso razonable para que la tutela mantenga su naturaleza como remedio de aplicación urgente. En consecuencia, este requisito también se cumple en el presente caso para esta pretensión.

***Subsidiariedad*[258]**

29. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela así: *"[E]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

Esta norma determina que, si hay otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la acción de tutela. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional[259] al afirmar que, cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales, no puede desconocer las acciones judiciales ordinarias contempladas en el ordenamiento jurídico.

La inobservancia de tal principio es causal de improcedencia de la tutela, a la luz de lo dispuesto en el artículo 86 superior y el numeral 1° del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991[260]. Y si el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, la consecuencia directa es que el juez constitucional no puede decidir el fondo del asunto planteado.

---

[256] Sentencia SU-241 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
[257] Sentencia T-091 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.
[258] Este acápite es reiteración de la Sentencia T-506 de 2020, que a su vez reitera las Sentencias T-444 de 2018 y T-426 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[259] Ver las sentencias T-091 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido; T-471 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-541 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras.
[260] *"Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (...) Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización"*.

30. De acuerdo con lo expuesto, el amparo constitucional es procedente cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección o, en caso de que:

i. El medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no sea idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia; escenario en el que el amparo es procedente como mecanismo definitivo.

ii. A pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable; circunstancia en la que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

31. En cuanto a la primera hipótesis, esta Corporación ha establecido que la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto[261]. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o, tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

32. Respecto de la segunda hipótesis, su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 que indica: *"[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado"*.

Asimismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique la existencia de un perjuicio irremediable en los siguientes términos: (i) una afectación *inminente* del derecho –elemento temporal respecto del daño–; (ii) la *urgencia* de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la *gravedad* del perjuicio –grado o impacto de la afectación del derecho– y, (iv) el carácter *impostergable* de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo[262].

33. Con base en lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión estudiar si se supera el principio de subsidiariedad respecto de la pretensión del actor de anular la Resolución No. 186 de 2019 proferida por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá. Sobre el particular, este acto administrativo fue

---

[261] Sobre el particular, la Corte ha establecido que *"el medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho"* (Sentencia T-040 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo).

[262] Sentencias T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; y T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

notificado por estado[263]. Conforme a ello, el actor pudo oponerse a este acto ante el juez de familia.

En efecto, la defensora de familia accionada otorgó permiso de plano para salir del país a los niños, conforme al artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Lo expuesto, puesto que la norma faculta a aquella autoridad para otorgar el permiso cuando el menor de edad haya ingresado *"al Programa de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación"*. Sin embargo, también es cierto que el artículo 119 siguiente establece que el juez de familia conoce en única instancia de *"[l]a revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley"*. Por consiguiente, el peticionario tenía a su disposición un mecanismo de defensa judicial para oponerse a la decisión adoptada en la Resolución No. 186 de 2018 y, en consecuencia, para que la defensora de familia remitiera el expediente al juez de familia, tal y como lo dispone el artículo 110 mencionado[264].

Además, la Sala tampoco observa que su intervención sea urgente, con el fin de evitar la materialización de un perjuicio irremediable. En el presente caso, el actor no interpuso los mecanismos judiciales que tenía a su disposición para oponerse al permiso. Además, acudió a una acción de tutela varios meses después de que los niños hubiesen salido del país. Con base en lo anterior, la Sala descarta que, con el recurso de amparo, el tutelante busque evitar un perjuicio irremediable.

34. En conclusión, la Sala determina que, con respecto a esta pretensión, la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad. Primero, el peticionario contaba con un mecanismo judicial idóneo para oponerse al permiso de salida del país que concedió la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF. Segundo, no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera urgente la intervención del juez constitucional. En esa medida, respecto de esta pretensión, el recurso de amparo no es procedente.

b. Procedencia de la acción de tutela en relación con la pretensión dirigida contra el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá

35. El señor JMBR pretende revocar la sentencia judicial que profirió el Juzgado Segundo de Familia el 17 de enero de 2020, que homologó la Resolución No. 384 de 2018. Concretamente, sostiene que el juez *"fue sesgado por la noticia en la cual consta que mis hijos y la madre de ellos habían sido acogidos por la Oficina de Protección a Víctimas de la Fiscalía General,*

---

[263] Expediente T-7.995.814. JUZGADO 02 FAMILIA -CUNDINAMARCA-ZIPAQUIRÁ. *RESPUESTA A OFICIO OPT-A-244-2020 - EXP. T-7995814*. Fecha de envío de mensaje: 16 de febrero de 2021, a las 16:04. Documento adjunto: *"PERMISO SALIDA PAÍS"*, folio 85, tal como consta en la notificación por estado a las partes, intervinientes y demás personas autorizadas en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, a favor de los hijos de los señores JMBR y AMBR de la Resolución No. 186 de 2019.

[264] *"Permiso para salir del país (...) En caso de que oportunamente se presente oposición a la solicitud de permiso, el Defensor de Familia remitirá el expediente al Juez de Familia, y por medio de telegrama avisará a los interesados para que comparezcan al juzgado que corresponda por reparto"*.

ubicándome a mí como un potencial delincuente, circunstancia que a no dudarlo, contribuyó para que ratificaran la decisión en la que se disponía la prohibición de visitas (...) dejándome huérfano de cualquier posibilidad de defensa"[265].

A su juicio, el sesgo de la autoridad judicial lo identifica como un potencial peligro para sus hijos. Por ende, vulnera el interés superior de los niños y su derecho a tener una familia y no ser separados de ella consagrados en la Constitución, el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Declaración Universal de los Derechos Humanos[266].

Asimismo, indicó que la jurisprudencia constitucional ha explicado que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella *"consiste en la garantía de que exista un núcleo humano que acoja al niño desde su nacimiento, le prodigue cuidados y protección, facilite la adecuada y oportuna evolución de sus caracteres físicos, morales y síquicos, y ofrezca de forma permanente e integral, amparo para sus derechos"*[267].

En suma, el accionante considera que la sentencia de homologación acusada contraviene los postulados superiores de la Constitución y la ley. Así las cosas, concluye que el fallo demandado *violó directamente la Constitución.* En concreto, considera que el fallo acusado no tiene en cuenta el interés superior del niño, que debe guiar todas las decisiones judiciales relacionadas con los derechos de los menores de edad. A su juicio, este principio supone el derecho de sus hijos a tener una familia y no ser separados de ella mientras no se demuestre que, en efecto, él haya abusado sexualmente de ellos.

Con base en lo anterior, la Sala primero expondrá los requisitos generales de procedencia de tutelas contra providencias judiciales y evaluará si el recurso de amparo de la referencia los satisface. De acreditarse estos requisitos, formulará el correspondiente problema jurídico y estudiará si el Juzgado Segundo de

---

[265] Cuaderno principal, folio 3, tal como consta en el escrito de tutela presentado por el señor JMBR.

[266] Específicamente, el actor cita los siguientes artículos de la Constitución:
"Artículo 5º: 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 (...)
Artículo 42: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.
El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia (...)
Artículo 44: Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia".
De otro, del Código de la Infancia y la Adolescencia saca a colación el artículo 22, que reza: "*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".*
Finalmente, cita el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece que *"la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de a sociedad y del Estado".*

[267] Cuaderno principal, folio 8, tal como consta en el escrito de tutela presentado por el señor JMBR. Esta cita se desprende de la Sentencia T-110 de 1995, M.P Antonio Barrera Carbonell.

Familia de Zipaquirá *violó directamente la Constitución,* al proferir la sentencia del 17 de enero de 2020.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales

36. El artículo 86 de la Carta Política habilita la acción de tutela contra providencias judiciales, al admitir la viabilidad del amparo constitucional en contra de autoridades públicas, entre las que se encuentran naturalmente las autoridades judiciales. Sin embargo, la procedencia de la acción de tutela en tales casos también se ha considerado por la jurisprudencia como *"excepcional"*. Lo anterior, debido al reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace de la importancia de los procesos ordinarios, los cuales, en sí mismos, también contribuyen a garantizar la protección de los derechos de las personas, el respeto que se requiere a los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada y la idea de independencia funcional de los jueces[268].

Por lo anterior, cuando la acción de tutela se interpone contra una autoridad judicial, con el fin de cuestionar una providencia proferida en ejercicio de su función de administrar justicia, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario acreditar requisitos generales de procedencia. Posteriormente, el análisis sustancial del caso supone la valoración acerca de si se configura alguno de los siguientes defectos: material o sustantivo, fáctico, procedimental, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, orgánico, error inducido o violación directa de la Constitución.

Requisitos generales[269]

37. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales exigen que: *i)* l**a cuestión sea de relevancia constitucional,** de forma que rotunda e inconfundiblemente verse sobre los derechos fundamentales de las partes o de terceros interesados en el proceso en el que se dictó la decisión; *ii)* **se hayan agotado todos los medios de defensa judicial que estén al alcance del actor** para oponerse a la decisión judicial que se acusa por vía de tutela; *iii)* **se cumpla el principio de inmediatez** o que la acción se haya interpuesto en un término razonable; *iv)* **la irregularidad procesal alegada sea decisiva en el proceso**, en caso de que esta sea invocada y resulte verdaderamente lesiva de las garantías constitucionales que les asisten a las partes o a los interesados; *v)* **se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales**, de modo que la parte accionante precise en forma clara y contundente la acusación sobre

[268] Corte Constitucional, ver sentencias SU-391 de 2016, M.P Alejandro Linares Cantillo; SU-297 de 2015, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez y SU-198 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.
[269] Este apartado se fundamenta en las consideraciones hechas en las Sentencias SU-461 de 2017 y T-019 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

la decisión judicial; y que *vi)* **no se trate de una tutela contra una sentencia que haya definido, a su vez, una acción de tutela**[270]**.**

38. La satisfacción de todos y cada uno de estos requisitos generales abre al juez la posibilidad de continuar el análisis y resolver de fondo el asunto que se le plantea. Por el contrario, la inobservancia o el incumplimiento de uno solo de ellos basta para impedirlo y sustraer el debate del conocimiento del juez de tutela. En ese último caso, ha de declararse la improcedencia de la acción de tutela, sin que el estudio pueda trascender al fondo del debate promovido por la parte accionante.

Cumplimiento de los requisitos generales de la procedencia de tutelas contra providencias judiciales en el caso concreto

39. La Sala observa que en el presente caso están acreditados todos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por la jurisprudencia de esta Corporación:

40. En primer lugar, **el demandante identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de sus derechos.** Al respecto, adujo que el fallo sobre la homologación *"fue sesgado (sic) por la noticia en la cual consta que mis hijos y la madre de ellos habían sido acogidos por la Oficina de Protección a Víctimas de la Fiscalía General, ubicándome a mí como un potencial delincuente"*[271]. También, indicó que el Juzgado accionado lesionó su derecho al debido proceso, en tanto *"se contaminó con esa temeraria acción del Programa de Protección a Testigos que conoció de manera previa para, acto seguido, confirmar la decisión que impedía las visitas (...)"*[272].

41. En segundo lugar, **el recurso de amparo no se dirige contra un fallo de tutela.** El demandante acusa el fallo de homologación del 17 de enero de 2020, proferido por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá.

42. En tercer lugar, la cuestión objeto de debate tiene **relevancia constitucional.** El presente caso no solo se refiere al derecho al debido proceso del tutelante, sino también a los derechos preferentes de sus hijos, quienes pueden verse afectados por las decisiones judiciales que se tomen respecto del proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos.

43. En cuarto lugar, la tutela cumple con el requisito de **subsidiariedad,** ya que contra el fallo de homologación proferido por el Juzgado Segundo de

---

[270] Sentencia SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[271] Cuaderno principal, folio 3, tal como consta en el escrito de tutela.
[272] Ibidem, folio 5.

Familia de Zipaquirá no procede recurso algo, tal y como se desprende del artículo 119 de la Ley 1098 de 2006[273] y de la misma providencia[274].

44. En quinto lugar, la Sala observa que la acción de tutela **se presentó dentro de un término razonable.** Al respecto, el 17 de enero de 2020[275], el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá resolvió la homologación de la Resolución No. 384 del 12 de diciembre de 2018 emitida por el Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF. Ese acto administrativo definió la situación jurídica de los menores de edad dentro del proceso de restablecimiento de derechos adelantado en su favor. Posteriormente, al considerar que tales decisiones vulneraban su derecho a la presunción de inocencia, el 25 de febrero de 2020, el señor JMBR interpuso acción de tutela, es decir, mes y medio después. Por esa razón, la Sala concluye que la tutela cumple con este requisito, en virtud del tiempo que transcurrió entre la presunta vulneración de los derechos del accionante y la presentación del amparo, el cual considera razonable.

45. Así las cosas, la Sala encuentra acreditadas las causales generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Entonces, procede ahora a formular el problema jurídico que se desprende del recurso de amparo

Problema jurídico

46. Corresponde a esta Sala resolver lo siguiente: ¿El Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá incurrió en defecto por *violación directa de la Constitución*, en el sentido de que desconoció el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia del accionante, y el derecho de sus hijos a tener una familia y no ser separados de ella, al proferir el fallo que homologó la Resolución No. 384 de 2018 de la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá?

47. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala *i)* reiterará las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; *ii)* describirá la manera en que instrumentos internacionales y nacionales buscan proteger a los menores de edad de todo tipo de violencia, en especial de la violencia sexual; *iii)* desarrollará la manera en que se materializa el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en la labor administrativa y judicial; *iv)* explicará el proceso administrativo de restablecimiento de derechos; *v)* reiterará la jurisprudencia relacionada con el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; *vi)* explicará el alcance del principio a la presunción de inocencia en los casos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes y, finalmente, *vi)* analizará el fallo proferido por el

---

[273] *"Competencia del juez de familia en única instancia. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia:*
1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes.
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".

[274] Cuaderno principal, folio 253, tal como consta en el numeral segundo del fallo de homologación de la Resolución No.384 de 2018, proferida por el Juez Segundo de Familia de Zipaquirá.

[275] Cuaderno principal, folios 222-253, tal como consta en la decisión del 17 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá.

Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá a la luz de este marco y de las pruebas que obran en el expediente.

Requisitos especiales de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias[276]

48. Una vez establecida la existencia concurrente de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencias, el juez constitucional debe analizar si de los fundamentos expuestos por la parte accionante se puede concluir que existió alguno de los defectos en los que la jurisprudencia reconoce que eventualmente puede incurrir una autoridad judicial ordinaria, en desarrollo de sus funciones. En tales casos, el funcionario judicial puede lesionar el derecho al debido proceso de las partes, de los intervinientes y/o de los terceros interesados.

49. De esta forma, la Corte ha edificado un sistema de posibles defectos en el proceder de los funcionarios judiciales que afectarían los derechos de las partes en un proceso. Tales defectos atribuibles a las decisiones judiciales son:

Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia.

Defecto procedimental absoluto: se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido[277].

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

Defecto material o sustantivo: ocurre cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión[278].

---

[276] Este apartado se fundamenta en las consideraciones hechas en la Sentencia SU-461 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[277] Sentencia T-324 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: *"... sólo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte ostensiblemente contrario a derecho, - bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico -, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico.*

[278] Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: *"... opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv.) porque ha sido declarada inexequible por la propia Corte Constitucional o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador*

Error inducido: sucede cuando el Juez o Tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales[279].

Decisión sin motivación: implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones[280].

Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida[281].

Violación directa de la Constitución: se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta.

En concreto, una decisión judicial puede desconocer directamente la Carta cuando adopta una decisión contraria a los postulados superiores, o éstos no se tienen en cuenta al momento de definir el asunto[282]. La Corte ha precisado[283] que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución cuando: *i)* en la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional[284]; *ii)* se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata; *iii)* los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tienen en cuenta el principio de interpretación conforme con los mandatos superiores[285] y, *iv)* el juez encuentra una norma incompatible con la Constitución y no aplica sus disposiciones con preferencia a las legales[286].

---

[279] Sentencia SU-014 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez: *"Es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial - presupuesto de la vía de hecho -, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales."*

[280] Sentencia T-709 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[281] Sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[282] Sentencia T-704 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. También ver sentencias T-310 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo; y T-555 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[283] Sentencia SU-168 de 2017; M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[284] Caso en el cual también se incurriría en la causal por desconocimiento del precedente. Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, en ambas M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[285] Sentencia T-704 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. También ver, las sentencia T-199 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-590 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-809 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[286] Ver entre otras, las sentencias T-522 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-685 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

La protección del niño contra toda forma de violencia, en especial de la violencia sexual

50. El experto independiente **PAULO SERGIO PINHEIRO** indicó que "*La violencia contra los niños jamás es justificable; toda violencia contra los niños se puede prevenir*"[287]. Precisó que, si bien existen obligaciones derivadas de los derechos humanos y de las necesidades de desarrollo de los menores de edad, "*(...) la violencia contra estos está socialmente consentida en todas las regiones, y frecuentemente es legal y está autorizada por el Estado.*"[288] Aquellos se enfrentan a circunstancias que afectan sus derechos de forma multidimensional, por lo que la respuesta debe ser multifacética. Insiste en que "*Los niños han sufrido durante siglos la violencia (...) sin ser vistos ni oídos.*"[289] Por tal razón, "*(...) no puede haber concesiones en el rechazo a la violencia contra los niños. El carácter único de los niños -su potencial y vulnerabilidad, su dependencia de los adultos- hacen imperativo que tengan más, no menos, protección contra la violencia.*"[290]

Asimismo, la Observación General número 13 del Comité de los Derechos del Niño expuso la alarmante magnitud e intensidad de la violencia ejercida contra los niños. Bajo ese entendido, manifestó que "*es preciso reforzar y ampliar masivamente las medidas destinadas a acabar con la violencia para poner fin de manera efectiva a esas prácticas, que dificultan el desarrollo de los niños (...)*"[291].

51. Para **PINHEIRO**, gran parte de la violencia contra niños permanece oculta por variadas razones. Una de ellas es el miedo: *"(...) muchos niños tienen miedo de denunciar los episodios de violencia que sufren."*[292]. Sumado a lo anterior, la falta de denuncia está asociada al estigma, particularmente en lugares en los que el *"honor"* de la familia prima sobre la seguridad y el bienestar de los niños. Es una circunstancia que se presenta más a menudo en los casos de violencia sexual que, en ocasiones, genera el ostracismo, más violencia o la muerte[293].

52. Otra de las situaciones que incide en la falta de denuncia es la aceptación social. En ocasiones, los niños y los agresores aceptan la violencia sexual. Entienden que es algo inevitable y normal. Particularmente, el acoso sexual es visto como algo normal, en especial, cuando no producen daños físicos "*visibles o duraderos"*[294]. La violencia también es inadvertida porque *"(...) no existen*

---

[287] Pinheiro, P.S. Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas. 2006. Pág. 5.
[288] Idem.
[289] Idem
[290] Idem.
[291] Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Fund. 2.
[292] Pinheiro, P.S. Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas. 2006, pág. 9.
[293] Idem.
[294] Idem.

vías seguras o fiables para que los niños o los adultos la denuncien. En algunos lugares del mundo la gente no confía en la policía, los servicios sociales u otras autoridades (...) en zonas rurales, no hay autoridades accesibles a las que se pueda acudir.[295] En tal perspectiva, la OMS calcula que 150 millones de niñas y 73 millones de niños tuvieron relaciones forzadas o sufrieron otras formas de violencia sexual con contacto físico en 2002[296].

53. En el país, el panorama de vulnerabilidad de los niños no es diferente. Según la UNICEF Colombia, "*(...) la pobreza y la desigualdad afectan de forma desproporcional a los grupos excluidos y todavía persisten desafíos para que los frutos del desarrollo económico y social lleguen a todos los colombianos. En 2011, por ejemplo, uno de cada tres niños vivía en pobreza y los niños, niñas y adolescentes de áreas rurales tenían entre 2.4 y 2.8 veces más probabilidades de vivir en pobreza multidimensional que aquellos que vivían en zonas urbanas. Así mismo, Colombia sigue siendo uno de los países más desiguales de América Latina y el mundo.*"[297]

Sobre violencia sexual contra niños, esa entidad indicó que en 2016 se presentaron 21.399 casos de exámenes médico legales por presunto delito sexual. El 86% de las valoraciones se realizaron a NNA (18.416 casos). De estas víctimas, 8 de cada 10 fueron niñas y adolescentes mujeres. Estas cifras muestran que las principales víctimas de violencia sexual son los niños, niñas o adolescentes, los escenarios de agresión sexual se presentan especialmente en su vivienda y los agresores son personas cercanas como familiares, conocidos y amigos[298].

54. En suma, los niños, niñas y adolescentes son víctimas de múltiples formas de violencia. Una de ellas es la violencia sexual. A nivel mundial existe preocupación por las altas cifras de niños abusados y violentados, como por los escenarios de impunidad y poca actuación de las autoridades para proteger sus derechos fundamentales.

55. Por lo anterior, la comunidad internacional se ha enfocado en brindar un marco jurídico que permita proteger integralmente los derechos de los niños. En especial, el esfuerzo se ha dirigido a garantizar que no sean sometidos a ninguna forma de violencia, incluido el abuso sexual. En tal sentido, el artículo 2º de la Declaración de los Derechos del Niño establece que *"el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en*

---

[295] Idem.
[296] Global Estimates of Health Consequences due to Violence against Children, con base en cálculos de G. Andrews y otros. *"Child sexual abuse*", capítulo 23 en M. Ezzati y otros, Comparative Quantification of Health Risk: Global and regional burden of disease attributable to selected major risk factors (Ginebra, Organización Mundial de la Salud). Citado por Pinheiro, P.S. Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas. 2006, pág. 10.
[297] UNICEF Colombia, informe anual 2017.
[298] Idem.

condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño."

Por su parte, el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que los Estados Parte tienen la responsabilidad de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental. Además, esas medidas de protección deben comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño.

56. Sobre esta garantía, el Comité de los Derechos del Niño señaló que la violencia es "*(...) toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.*"[299] Sobre el entendimiento de la violencia sexual, el Comité indicó que se trata, entre otras cosas, de las siguientes acciones: i) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual. En otras palabras, es cualquier actividad sexual impuesta por un adulto a un niño y frente a la cual tiene derecho a la protección del derecho penal; ii) la utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial; iii) la instrumentalización de un menor de edad para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños; y, iv) la prostitución infantil[300].

Así, precisó que es obligación de los Estados "*(...) actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos, proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, investigar y castigar a los culpables (...) se asegurarán de que todas las personas que sean responsables de prevenir y combatir la violencia y de brindar protección frente a esta, en su trabajo y en los sistemas judiciales, respondan a las necesidades de los niños y respeten sus derechos.*"[301]

57. A nivel regional, el artículo 19 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos consagra: "*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.*" Bajo esa premisa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado la problemática de la violencia sexual contra los niños. En tal labor, ha reconocido las fallas que los Estados cometen en la investigación y judicialización de estos hechos cuando están involucrados niños, niñas y adolescentes[302]. En concreto, aquel Tribunal ha determinado que los Estados tienen la obligación de investigar efectivamente los hechos que constituyen un presunto abuso o violencia sexual, en atención al deber de protección especial de los menores de edad y la prevalencia del principio del

---

[299] Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Fund, 4.
[300] Ibidem, Fund.25.
[301] Ibidem. Fund.5
[302] Corte Interamericana de Derechos Humanos y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Violencias contra niñas, niños y adolescentes en América Latina y el Caribe, 2019. Pág. 13.

interés superior del niño[303]. También, deben adoptar medidas que reconozcan su situación de vulnerabilidad, en especial, que sean capaces de: i) corregir el curso de las investigaciones y conducirlas eficazmente dentro un plazo razonable; ii) suministrar información y adoptar procedimientos acordes con las necesidades particulares del niño, niña o adolescente; iii) garantizar su seguridad y habilitar espacios para que sean escuchados en un ambiente que no resulte hostil o intimidatorio; y, iv) evitar interrogar a los niños más de lo necesario para evitar circunstancias de revictimización[304].

58. En suma, el estándar de protección en materia del derecho del niño a no ser sometido a ninguna forma de violencia exige del Estado la adopción de medidas no solamente preventivas sino también reactivas cuando se presentan estas circunstancias, en especial en los casos de abuso sexual. En tal sentido, es imperiosa la actuación estatal en materia judicial y la obligación reforzada de debida diligencia en la investigación y sanción del agresor. En otras palabras, los sistemas universal y regional han avanzado en la necesidad de evitar escenarios de impunidad y de revictimización de los menores de edad que han sido violentados sexualmente. Lo anterior, guiado por el principio de interés superior del niño.

El interés superior del menor de edad en la labor administrativa y judicial

59. El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989[305] consagra que todo menor de edad "*(...) necesita protección y cuidado especial*". Por ello, establece en su artículo 3º un deber especial de protección, en virtud del cual "*(...) los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley*". Además, también dispone que "*[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial (...) que se atenderá será el interés superior del niño*".

60. Además, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado lo siguiente[306]:

i. La atención y la protección del niño debe estar basada en un enfoque de derechos. Aquel deja de considerar al niño como "*víctima*" y adopta un paradigma fundado en el respeto y la promoción de su dignidad humana, su integridad física y psicológica. Lo anterior, bajo el entendido de que

---

[303] Corte IDH, Caso González y otras ("*Campo Algodonero*") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; y Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.
[304] Corte Interamericana de Derechos Humanos y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Violencias contra niñas, niños y adolescentes en América Latina y el Caribe, 2019. Pág.21.
[305] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, aprobada por Ley 12 de 1991.
[306] Observación General número 13 Op. Cit. Fund. 3.

es titular de derechos y no un beneficiario de la benevolencia de los adultos[307].

ii. El concepto de dignidad exige que cada niño sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y "*(...) como ser valioso con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y su privacidad.*"

iii. El principio de Estado de Derecho debe aplicarse plenamente a los niños en condiciones de igualdad con los adultos.

iv. El derecho del niño a que se atienda su interés superior debe ser una consideración primordial en todas las actuaciones que le conciernen o afecten, "*(...) especialmente cuando sea víctima de actos de violencia, así como en todas las medidas de prevención.*"

61. A nivel regional, el artículo 19 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos consagra: "*[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor [de edad] requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.*"

62. A nivel nacional, el artículo 13 de la Constitución consagra la especial protección que debe brindar el Estado a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes en virtud de la vulnerabilidad que se deriva de su corta edad[308]. Igualmente, el artículo 44 superior establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, y en línea con lo anterior, dispone que la *"(...) familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"*. De esta manera, puede señalarse que la Carta defiende los mismos valores que a nivel internacional se han dispuesto, dirigidos a proteger de manera prevalente los derechos de los menores de edad.

Precisamente, en virtud de lo anterior, el artículo 6º del Código de la Infancia y la Adolescencia consagra que "*las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. **En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente***" (negrilla fuera del texto).

De igual manera, el artículo 8º de esa normativa, precisa que: "*[s]e entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas*

---

[307] Ibidem. Fund. 77.
[308] Al respecto, ver sentencias T-336 de 2019 y T-005 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes."

Finalmente, el artículo 9º dispone que:

> *"[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes****, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.*** *En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente"* (negrillas fuera del texto**).**

63. Se trata entonces de una normativa que materializa el artículo 44 superior, pues posibilita y ordena que los menores de edad reciban un trato preferente en la toma de decisiones en que se vean involucrados sus derechos, de forma que se garantice su desarrollo armónico e integral como miembros de la sociedad[309].

64. En varias oportunidades, esta Corporación ha reiterado la triple naturaleza de este postulado. En concreto, ha determinado que el interés superior del niño es un **derecho sustantivo**, pues debe ser una consideración primordial al momento de sopesar los distintos intereses en juego en la toma de una decisión en cualquier ámbito. La garantía de este derecho deberá ponerse en práctica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño a un grupo de niños en concreto. Es una obligación intrínseca de los Estados, de aplicabilidad inmediata y reclamable ante los jueces[310]. También es un **principio jurídico interpretativo fundamental**, en la medida en que "*(...) si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño"*[311]. Finalmente, es **una norma de procedimiento**. Particularmente, la toma de decisiones que involucre un niño debe tener una carga argumentativa que estime las repercusiones positivas y negativas en los derechos del menor de edad[312]. Sobre este asunto, la **Sentencia T-033 de 2020**[313] advirtió que reconoce a su favor:

> *"(...) un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral (...) el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las*

---

[309] Sentencia T-767 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[310] Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[311] Comité de los Derechos del Niño. Observación General número 14. Fund. 6.
[312] Idem.
[313] M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad".

En ese sentido, los funcionarios administrativos y judiciales tienen la obligación de concretar las disposiciones del ordenamiento jurídico en las particularidades que presente cada niño, niña o adolescente. Precisamente, aquella providencia insistió en el trascendental rol que juegan esas autoridades en la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños. Para tal efecto, reiteró que esta Corporación ha fijado reglas concretas dirigidas a asegurar que los procesos judiciales propendan por *"(...) la salvaguarda de su bienestar y (...) su condición de sujeto de especial protección constitucional."*[314] En tal perspectiva, indicó:

i. Deben contrastarse sus "*circunstancias individuales, únicas e irrepetibles*" con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil[315].

ii. Los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor de edad en determinado proceso[316].

iii. Las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerar las valoraciones de los profesionales y aplicar los conocimientos técnicos y científicos del caso. Esto, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el niño, niña o adolescente[317]. El requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional[318].

iv. Los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos.

---

[314] Sentencia T-033 de 2020 M.P. José Fernando Reyes Cuartas

[315] Tal tarea exige identificar las especificidades fácticas del medio en el que se desenvuelve el menor y las actuaciones que, en ese contexto, se esperan de su familia, de la sociedad y del Estado para asegurar su integridad. Sentencia T-510 de 2003, M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en la sentencia T-261 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

[316] Tal discrecionalidad, en todo caso, tiene como límite los deberes constitucionales y legales de estas autoridades en relación con la preservación del bienestar de los menores que requieren su protección. Sentencia T-302 de 2008, M.P Jaime Córdoba Triviño. Reiterada en la sentencia T-261 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

[317] Sentencia T-397 de 2004, M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en la sentencia T-261 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

[318] Esto, dentro del ámbito de la discrecionalidad reconocida a las autoridades judiciales, siempre que su decisión se encuentre debidamente sustentada en las circunstancias fácticas probadas en el proceso. Sentencia T-261 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Lo expuesto, en atención al impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad[319].

v. Las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad[320].

65. Estos criterios giran en torno al principio *pro infans*. Este postulado consiste en la aplicación de las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. De esta manera, se torna en una *"herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad"*[321].

66. En ese sentido, el principio *pro infans* tiene una innegable carga axiológica que orienta el ordenamiento jurídico. Particularmente, porque obliga a las autoridades a garantizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales de los niños. Es un mandato ineludible que reconoce la condición de vulnerabilidad de este grupo poblacional y salvaguarda la prevalencia de su interés superior en el proceso de interpretación y aplicación de normas, en particular, cuando se adopta una decisión que afecta los derechos de los niños. En suma, la Constitución y las reglas jurisprudenciales desarrolladas sobre la materia, imponen la obligación de aplicar el principio *pro infans* en los asuntos en los que se analicen hechos que atenten contra la integridad de los niños, niñas y adolescentes.

A este respecto, la **Sentencia T-843 de 2011**[322] fijó las reglas jurisprudenciales que rigen los procesos judiciales cuando la víctima es un menor de edad. Concretamente, estableció que los funcionarios judiciales deben:

i. Armonizar los derechos de los presuntos agresores con los de los niños.

ii. Minimizar los efectos adversos sobre los niños que se derivan de su participación en el proceso, por ejemplo, a través del apoyo interdisciplinario.

iii. Tratar a los menores de edad con consideración, según su madurez y situación de indefensión como víctimas.

---

[319] Ibidem.
[320] Con base en "*(...) (i) la existencia de una lógica de ponderación entre cada una de ellas* [las medidas de protección a adoptar]*; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente*" Ibidem.
[321] Sentencia T-1227 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.
[322] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

iv. Permitir que los niños en todas las etapas sean acompañados y asistidos por personas de su confianza.

v. Informar a los menores de edad y a sus representantes sobre las finalidades, desarrollo y resultados del proceso y orientarlos sobre la forma como pueden ejercer sus derechos al interior del proceso;

vi. **Acudir al principio *pro infans* como criterio hermenéutico.**

67. Con fundamento en lo anterior, la cláusula derivada del artículo 44 superior y establecida por la jurisprudencia de la Corte, relacionada con el principio *pro infans* y la prevalencia de los derechos de los niños, es mixta. Es decir, el análisis de esta norma como parámetro de interpretación constitucional implica dos etapas que permiten identificar la estructura de principio y aquella que se asemeja a una regla: Por un lado, identifica la circunstancia que afecte el interés superior del niño en un proceso judicial y que, eventualmente, puede colisionar con otros derechos o principios. Por otro, es aplicable de manera imperante sobre otras garantías, una vez se verifica o no la afectación de la prevalencia de los derechos de los niños.

En ese orden de ideas, en virtud del principio *pro infans,* los operadores y judiciales deben darle prevalencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otras garantías de los intervinientes. Lo anterior, dada su prevalencia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran[323]. En ese sentido, es una regla que obliga a esos operadores adoptar las medidas necesarias para proteger integralmente al niño y evitar amenazas a su integridad. De este modo, resulta ajustado a los postulados del artículo 44 de la Constitución establecer medidas para garantizar la dignidad de los niños, protegerlos en todas las etapas de los procesos judiciales y evitar escenarios de revictimización[324].

68. En suma, instrumentos internacionales y nacionales han establecido que el interés superior del menor de edad supone una especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado a los niños, niñas y adolescentes. Además, implica disposiciones legales encaminadas a materializar dicha protección. En materia administrativa y judicial, los funcionarios tienen la obligación de ser especialmente diligentes y cuidadosos cuando adopten decisiones que afecten los derechos de los niños. En estos casos, deben ajustarse a los parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad. Adicionalmente, son responsables de adoptar las medidas que mejor materialicen los derechos del menor de edad, conforme a sus circunstancias particulares. Finalmente, deben tener en cuenta el principio *pro infans* para superar tensiones entre postulados y/o derechos, y ponderar una solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

---

[323] Sentencia C-177 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
[324] Idem.

El procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos[325]

69. En virtud de la protección especial debida a los niños, niñas y adolescentes, al Estado le corresponde adoptar normas que propendan por su bienestar, asegurarles el mayor nivel de acceso posible a los servicios de asistencia y prever medios para sancionar las conductas que los afecten[326]. A este respecto, la Ley 1098 de 2006, modificada por la Ley 1878 de 2018, tiene como objetivo garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades previstos en la Constitución e instrumentos internacionales en favor de los menores de edad, así como establecer procedimientos para su protección y el restablecimiento de sus derechos.

El artículo 96 de esta Ley atribuye a los defensores de familia y a los comisarios de familia la función de *"procurar y promover la realización y el restablecimiento de los derechos"* que la ley, la Constitución y los tratados internacionales les reconocen a los menores de edad. Por esa razón, cuando tengan conocimiento de la vulneración o amenaza de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben dar apertura al proceso de restablecimiento de derechos, mediante auto contra el cual no procede recurso alguno[327].

En todos los casos, dichas autoridades deben verificar, de manera inmediata, el estado de satisfacción "*de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, consagrados en el Título I del Libro I*"[328] de la Ley 1098 de 2006. En ese sentido, verificarán: *(i)* el estado de salud física y sicológica de los menores, *(ii)* el estado de nutrición y vacunación, *(iii)* la inscripción en el registro civil de nacimiento, *(iv)* la ubicación de la familia de origen, *(v)* el entorno familiar y la identificación de elementos protectores y de riesgo para la vigencia de los derechos, *(vi)* la vinculación al sistema de salud y seguridad social y *(vii)* la vinculación al sistema educativo. Además, si advierten la ocurrencia de un posible delito, deben denunciarlo ante la autoridad penal[329].

A partir de esta verificación la autoridad puede ordenar medidas de restablecimiento de derechos, ya sean provisionales o definitivas. De acuerdo con el artículo 53 de la Ley mencionada, estas medidas son: (i) amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; (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 y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; (iii) ubicación en medio familiar; (iv) ubicación en centros de emergencia; (v)

---

[325] Este acápite es reiteración parcial de la Sentencia T-387 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[326] Sentencia C-569 de 2016, M.P Alejandro Linares Cantillo.
[327] Ley 1098 de 2006, artículo 99.
[328] Ley 1098 de 2006, artículo 52. Cabe señalar que el artículo 105 de esta ley faculta al defensor o comisario de familia para entrevistar al menor de edad, con el fin de *"establecer sus condiciones individuales y las circunstancias que lo rodean"*.
[329] Ibidem.

adopción y, (vi) cualquiera consagrada en otras disposiciones legales, o que garantice la protección integral del niño, niña o adolescente.

70. La Corte Constitucional ha fijado reglas para la adopción de estas medidas de restablecimiento de derechos de los menores de edad y específicamente ha señalado que su decreto y práctica están sujetas a límites constitucionales, tales como la motivación objetiva[330]. Por tal razón, toda medida *"debe encontrarse precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente*"[331].

En ese orden de ideas, las medidas de restablecimiento deben estar justificadas de manera explícita y, además, deben ser razonables y proporcionadas[332]. Estos estándares argumentativos limitan el margen de discrecionalidad que ostentan las autoridades competentes según el artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia (las defensorías y comisarías de familia[333]) para prevenir, garantizar y restablecer los derechos[334].

71. La jurisprudencia constitucional ha establecido algunos elementos que deben considerar tales decisiones, en razón a que se trata de procesos técnicos e interdisciplinarios complejos. Particularmente, ha determinado que estas medidas deben *i)* ser precedidas de un examen integral de la situación en la que se halla el niño; *ii)* responder a una lógica de gradación mediante la cual, entre más grave sea la conducta, las medidas a adoptar serán más drásticas; *iii)* cuando impliquen la separación del niño de su familia, han de ser excepcionales, preferiblemente temporales y basarse en evidencia de que aquella institución no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar; *iv)* estar justificadas por el interés superior del niño y, *v)* evitar desmejorar la situación actual del menor de edad[335].

72. Finalmente, la providencia que decide sobre las medidas de restablecimiento de derechos es remitida al juez de familia, quien en un término no mayor a 20 días, debe resolver la homologación del fallo. Particularmente, debe analizar si la resolución reconoce como sujetos de derechos a los niños, previene la amenaza o vulneración de sus derechos y asegura el restablecimiento inmediato de sus garantías, en desarrollo del principio del interés superior[336]. Además, está en la obligación de verificar si la medida de restablecimiento de derechos efectivamente protege al niño contra la situación

---

[330] Sentencia T-768 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.
[331] Sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
[332] Sentencia T-851A-12, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
[333] Los comisarios de familia, en los lugares donde existen defensores de familia, solamente pueden ocuparse en los casos de violencia intrafamiliar. En los lugares donde no hay defensores, conocen de cualquier amenaza o vulneración de los derechos de los niños y pueden tomar cualquier medida de restablecimiento, salvo la declaración de adoptabilidad del niño que le corresponde al defensor de familia.
[334] Código de Infancia y Adolescencia, artículo 99
[335] Sentencia T- 276 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[336] Código de la Infancia y la Adolescencia, artículos 7°-8°.

que lo afecta, como puede ser el abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres; un hecho de violencia sexual, tortura, desplazamiento forzado, entre otros[337]. Lo anterior, conforme al artículo 41 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que establece en cabeza del Estado la obligación de *"[g]arantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes"*. En esa medida, la autoridad judicial está en la obligación de adoptar la medida que, en el mayor grado posible, proteja al niño de los eventos que lo afecten y evite las amenazas que comprometan su estabilidad y desarrollo.

73. En conclusión, el proceso de restablecimiento de derechos protege la dignidad e interés superior de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en una situación amenazante y violenta. En ese sentido, cuando las autoridades administrativas verifican que las garantías del menor de edad están vulneradas o en riesgo, tienen la obligación de decretar medidas que restablezcan sus derechos. Sin embargo, deben ir más allá de la revisión de los requisitos sustanciales del asunto, pues están en la obligación de ejercer sus competencias legales de conformidad con los mandatos de la Constitución y tal imperativo implica proteger los derechos fundamentales de los niños de manera prevalente y prevenir cualquier amenaza o riesgo a sus garantías, con fundamento en criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, cualquier medida de restablecimiento de derechos debe estar precedida por un análisis de oportunidad, conducencia y conveniencia. Esto es, el defensor de familia es responsable de adelantar un examen integral del niño, sin basarse en prejuicios o apariencias. Además, las medidas adoptadas deben estar justificadas en el principio del interés superior del niño y ser proporcionales. De no adelantar aquella evaluación de manera minuciosa, la autoridad podría, de manera paradójica, negar los derechos que el Estado pretende proteger y admitir la arbitrariedad como regla.

Finalmente, la resolución que resuelve la situación de los menores de edad debe ser homologada en sede judicial por el juez de familia. De este modo, tiene la obligación de verificar si las decisiones adoptadas son razonables, proporcionadas, debidamente motivadas y soportadas por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una situación real de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente. A tal efecto, debe guiarse por los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos y protección integral. Esto es, tiene la obligación prevenir las amenazas o vulneraciones a los derechos de los niños, salvaguardar la prevalencia de sus garantías y, en caso de conflicto con

---

[337] Ibidem, artículo 20.

los derechos de otra persona, preferir la norma o decisión más favorable al menor de edad.

El derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella

74. El artículo 44 de la Constitución, previamente referenciado, dispone como derecho fundamental de los menores de edad el de *"tener una familia y no ser separados de ella"*. A su vez, el inciso 1º del artículo 42 define a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y el artículo 5º prevé la obligación del Estado de ampararla.

La Ley 1098 de 2006[338] desarrolla los derechos fundamentales de los niños a la familia, al cuidado y al amor, y determina que *"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 y sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos."*[339]

Asimismo, el artículo 23 de la misma Ley dispone que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres, en forma permanente y solidaria, asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.

De las normas antes citadas se evidencia que el derecho de los niños a tener una familia (i) es de carácter fundamental y, (ii) conlleva la existencia de otras garantías fundamentales como son los derechos a no ser separados de ella y a recibir cuidado y amor[340].

75. En distintas ocasiones, la Corte ha protegido por vía de tutela el derecho de los niños a la familia en relación con la prohibición de que sean separados de ella, en el entendido de que las relaciones de los padres con sus hijos deben propender por garantizar el desarrollo armónico e integral de los menores de edad, lo que posibilita su estabilidad y facilita la confianza en sí mismos, la seguridad y los sentimientos de auto valoración[341].

No obstante, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que esa protección no es absoluta, puesto que el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella "*(...) no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos"*[342].

---

[338] *"Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"*
[339] Artículo 22 de la Ley 1098 de 2006.
[340] Ver Sentencia T-767 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[341] Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias T-110 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-049 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
[342] Sentencia C-997 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Así, el derecho de los niños a la familia y a no ser separados de ella implica que, como regla general, se garantice su estabilidad. En efecto, cualquier determinación de las autoridades en relación con este tema debe tomar en consideración la necesidad de que los niños permanezcan en un hogar, para que su desarrollo sea estable y no se interrumpa el ejercicio de otros derechos, como la educación y la salud.

Sin embargo, la regla mencionada admite como excepción que los niños, niñas y adolescentes puedan ser separados de sus padres y/o de su núcleo familiar, cuando así lo imponga su interés superior.

76. Para establecer si la prevalencia del interés superior de un niño exige que sea separado de su núcleo familiar, además de los criterios generales de análisis ya mencionados, la **Sentencia T-510 de 2003**[343] identificó tres tipos de circunstancias que indican cuándo se debe tomar una determinación en este sentido.

En primer lugar, existen hechos que son suficientes para decidir en contra de la ubicación de un niño en su familia, estos son: (i) la existencia de riesgos ciertos para la vida, la integridad o la salud del menor de edad; (ii) los antecedentes de abuso (físico, sexual o psicológico) en la familia y, (iii) las circunstancias respecto de las cuales el artículo 44 superior ordena protección, esto es, abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

En segundo lugar, las circunstancias que pueden constituir motivos de peso para separar a un niño de su familia son *"aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres"*[344].

En tercer lugar, esta Corte identificó 4 circunstancias que, por sí solas, no pueden convertirse en motivación suficiente para separar un menor de edad de su familia biológica. De lo contrario, el Estado incumpliría su obligación de garantizar una protección reforzada a los niños, niñas y adolescentes, a saber: (i) que la familia biológica viva en condiciones de escasez económica; (ii) que los miembros de la familia biológica no cuenten con educación básica; (iii) que alguno de los integrantes de la familia biológica haya mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor de edad y, (iv) que alguno de los padres o familiares tenga mal carácter, siempre que no se traduzca en una vulneración a la integridad física y mental del niño. No obstante, las tres últimas hipótesis, sumadas a otras razones de peso que imposibiliten que el niño crezca

---

[343] M.P Manuel José Cepeda Espinosa.
[344] Sentencia T-510 de 2003, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

y se desarrolle adecuadamente como persona digna, pueden contribuir a orientar la decisión respecto de la separación del menor de edad de su núcleo familiar.

De acuerdo con estos criterios que deben servir de fundamento a la decisión de apartar a un menor de edad de su familia biológica, para decretar la separación es indispensable hacer una valoración integral de las circunstancias fácticas de cada caso.

77. Por ejemplo, en la **Sentencia T-557 de 2011**[345]**,** esta Corporación estudió la tutela presentada por un hombre en representación de sus dos hijos menores de edad en contra del ICBF, con ocasión de la medida de restablecimiento de derechos consistente en otorgar la custodia provisional de los niños a su abuela materna, sin haberle notificado del inicio del procedimiento administrativo.

El accionante tenía a su cargo la custodia de los niños con ocasión del abuso sexual del que fue víctima la niña por parte del compañero permanente de la madre. No obstante, cuando los niños visitaron a la progenitora durante las vacaciones, ella incumplió el compromiso de regresarlos a la casa del padre y la abuela materna solicitó al ICBF que le asignara la custodia de los niños, lo que en efecto sucedió.

El padre de los niños viajó a la ciudad en donde residían la abuela y la madre, con el fin de recoger a sus hijos y descubrió que los niños no vivían con la abuela sino con la madre y su compañero permanente.

En la sentencia mencionada se estableció que los derechos e intereses de los padres y demás personas relevantes deben ser interpretados y garantizados en función del interés superior de los menores de edad. De esta manera, solo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños. En particular, la Sala de Revisión determinó que la medida de protección de los derechos de los niños adoptada por el defensor de familia del ICBF no estaba fundamentada en material probatorio sólido y la autoridad administrativa omitió valorar las consecuencias negativas que su decisión podía acarrear para los menores de edad, ante la amenaza sobre la integridad física y emocional de la niña, generada por la conducta del compañero de su madre.

La Sala resaltó que el ICBF ignoró que los niños habían constituido objeto de disputa entre sus progenitores y familiares y que tal situación generaba consecuencias negativas para su adecuado desarrollo psicológico, afectivo, social y emocional. En relación con este punto, estableció que *"[l]as autoridades administrativas y judiciales (...) no deben avalar actuaciones apartadas del ordenamiento jurídico, como la retención de unos menores por uno de sus progenitores o algún familiar, pues lo que corresponde, en un Estado de Derecho, es hacer respetar las órdenes judiciales proferidas por las autoridades competentes, salvo que se compruebe que los niños están ante un peligro o amenaza inminente, que recomienden modificar una situación ya*

---

[345] M.P. María Victoria Calle Correa.

definida judicialmente, únicamente en aplicación del principio del interés superior del menor [de edad] *y siempre con respeto de las garantías de todos los interesados."*

Por ende, la Corte revocó el fallo de única instancia, concedió el amparo de los derechos de los niños y ordenó que los regresaran a la casa de su progenitor.

78. Del mismo modo, en la **Sentencia T-767 de 2013**[346], la Corte estudió la tutela presentada por el tío de dos niños contra la decisión adoptada por un juez de familia en el trámite de control jurisdiccional de la decisión mediante la cual el ICBF había ordenado el restablecimiento de sus derechos. En aquella ocasión, el juez decidió no homologar la medida de ubicación con su familia extensa (la tía paterna) y asignó la custodia a la madre. El tío de los menores de edad alegó la existencia de un defecto fáctico, pues en una valoración psicológica practicada, los niños dijeron que su abuela materna los maltrataba.

La Sala encontró que la medida provisional adoptada por el ICBF, consistente en dar la custodia de los niños a la tía, comportó la convivencia con su papá (quien había violado un acuerdo de custodia) y la alienación de la madre. Por tal motivo, las declaraciones rendidas por los niños podían haber sido manipuladas.

En consecuencia, estableció que el criterio determinante para restar valor a las declaraciones de los niños se fundó en su interés superior. En efecto, el juez de homologación *"(…) aplicó el interés superior de los niños en su faceta de norma de procedimiento, y visibilizó que la autoridad administrativa tomó una decisión que tenía estrecha relación con los derechos de los niños y no evaluó las posibles repercusiones de la decisión en los menores de edad involucrados. En este sentido, al estimar cuál debía ser la decisión adoptada por la autoridad administrativa, el Juzgado (…) en cumplimiento del deber que impone el interés superior del niño, determinó que la autoridad defendió únicamente los intereses del padre de los menores de edad y omitió considerar su estabilidad física, emocional y sicológica."*

Por consiguiente, la Corte confirmó la sentencia de única instancia, que negó la tutela presentada por el tío de los menores de edad.

79. En la **Sentencia T-311 de 2017,** le correspondió a la Sala Tercera de Revisión determinar si el Juzgado Primero Oral de Familia de Barranquilla, al no acceder a la pretensión del accionante de fijar la custodia y los cuidados personales de su hijo menor de edad, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso del accionante, así como los derechos de custodia y visitas y el interés superior del niño tras incurrir en un defecto fáctico. Del mismo modo, le correspondió a esta Corporación determinar si el análisis efectuado en la providencia cuestionada se realizó a la luz del interés superior del niño y, por

---

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

tanto, si existió un defecto material por desconocimiento del artículo 44 de la Constitución.

A lo largo de las consideraciones, la Sala reconoció la importancia de recomponer la familia como núcleo esencial de la sociedad, así como la necesidad de conservar la relación entre el hijo y sus padres. Igualmente, recordó que al derecho de los niños a ser cuidados y amados se adscriben las siguientes posiciones *ius fundamentales: "(i) el derecho al amor implica que los padres deben abstenerse de maltratar a sus hijos, (ii) la paternidad y la maternidad exigen un compromiso constante en función del niño y, en particular, el deber de recepción en su favor, (iii) la familia es un poder dignificante que es anterior a cualquier influencia de la sociedad, (iv) el desprecio que pueda llegar a sentir un padre por sus hijos no lo libera de sus obligaciones constitucionales y legales y, finalmente, (v) son contrarias a la Carta las conductas que someten a un menor de edad a situaciones anormales de tristeza"*. Finalmente, concluyó que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes justifica –siempre y cuando se verifiquen rigurosamente las causales generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales–, que el juez de tutela adopte decisiones que podrían incidir en la sentencia que resuelve la custodia y las visitas del niño, con el fin de proteger un derecho fundamental.

A partir de las anteriores subreglas, esa Sala de Revisión resolvió tutelar los derechos a la dignidad humana, al amor y a tener una familia en favor del hijo del accionante. Esto, por cuanto, a pesar de no evidenciar ningún defecto en la providencia acusada, era primordial requerir al ICBF para que sugiriera, propusiera u ordenara la adopción de medidas que, en el marco del cumplimiento de la sentencia que fijó la custodia y el régimen de visitas, pudiera asegurar la realización efectiva de los derechos del niño.

80. En suma, los niños, niñas y adolescentes gozan del derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella. Sin embargo, esta garantía no supone una integración nominal a un núcleo familiar. Por el contrario, implica que la familia a la que pertenezca el menor de edad esté en la capacidad de brindarle amor, cuidado y las condiciones necesarias para que se desarrolle plenamente. De este modo, la existencia de riesgos ciertos para la vida, la integridad o la salud del menor de edad, implican la necesidad de separarlo de su familia, con el fin de proteger sus derechos prevalentes. En tal escenario, los antecedentes de abuso en la familia, el abandono, la explotación laboral, entre otras circunstancias son razones por las cuales las autoridades correspondientes están en la obligación de proteger al menor de edad y ordenar las medidas necesarias para restablecer sus derechos.

En otras palabras, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella no responde a las necesidades de los adultos. Por el contrario, se materializa según lo establecido por el interés superior del niño. En consecuencia, busca proteger las garantías constitucionales de los menores de edad y prevenir los riesgos que atenten contra su integridad, aun si provienen de sus familiares. En ese sentido,

el derecho a tener una familia y no ser separado de ella salvaguarda el bienestar del niño, niña o adolescente por encima de los deseos particulares de sus familiares.

Alcance del principio a la presunción de inocencia en casos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes

81. La presunción de inocencia es una garantía propia del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual *"toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable"*. De este postulado se desprenden las siguientes consecuencias identificadas por la jurisprudencia constitucional.

i. Solo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso. Este debe estar rodeado de las plenas garantías procesales[347].

ii. Corresponde a la organización estatal probar que una persona es responsable de un delito. Entonces, la actividad probatoria debe encaminarse a destruir la presunción de inocencia de la que goza el acusado.

iii. Para que puedan ser aplicadas las sanciones previstas en la ley, debe establecerse con certeza que el procesado es responsable del hecho punible que ha dado lugar al juicio[348].Ni el Legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad del acusado[349].

iv. La presunción de inocencia se aplica tanto a sanciones penales como administrativas[350].

82. En definitiva, la presunción de inocencia representa un límite a la actuación del Estado en virtud de la cual se protege al ciudadano de la arbitrariedad estatal. De este modo, dicho derecho asegura que solo pueda ser sancionado con el respeto de las garantías. Por eso, ha dicho esta Corte al respecto que "*la presunción de inocencia no solo es una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa 'seguridad' específica ofrecida por el Estado de Derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de la específica 'defensa' que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo*[351]*."*

83. Ahora bien, la presunción de inocencia no solo tiene consecuencias en el ámbito penal. También es aplicable en los procesos que conllevan una sanción. De tal modo, este principio exige que el castigo o penalidad sea impuesta como

---

[347] Sentencia C-205 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
[348] Sentencia C-689 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En similar sentido la Sentencia C-1156 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis
[349] Idem.
[350] Sentencia C-003 de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez.
[351] FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón, Trotta, Madrid, 2004, p. 549.

consecuencia de un proceso en el que se respete el debido proceso[352]. En varias providencias, esta Corporación ha protegido el derecho a la presunción de inocencia en procesos sancionatorios adelantados en el ámbito escolar[353], laboral[354], bancario[355], civil[356], y de servicios públicos domiciliarios[357], entre otros.

84. No obstante, la presunción de inocencia no es omnímoda. Por el contrario, en los casos en que se enfrenta a las situaciones que pueden afectar la libertad e integridad sexual de los menores de edad, este derecho cede su esfera de protección o, incluso, es inaplicable en los escenarios en que no hay propiamente una sanción de por medio.

En efecto, varias legislaciones recomiendan evitar el contacto entre los niños y su presunto victimario durante el proceso penal e incluso luego de su conclusión. Por ejemplo, en Reino Unido pueden solicitarse medidas especiales para testigos vulnerables o intimidados, como lo son menores de edad víctimas de un presunto abuso sexual. Algunas de éstas son pantallas para proteger al testigo del procesado, la práctica de pruebas en un entorno privado, entrevistas grabadas o la ayuda de un intermediario[358]. En Suecia, el interés superior del niño se asocia a que se involucre lo menos posible en el proceso legal. En la mayoría de los casos, la única participación del menor de edad es contar su historia en una sola entrevista policial grabada en video. El objetivo es que se libere de la presión y, por el contrario, reciba tratamiento psicológico[359]. En Estados Unidos, aun si el presunto victimario es absuelto en el proceso penal, las medidas de protección que se hayan impuesto en favor del menor de edad se mantienen. Lo anterior, debido a que la responsabilidad penal sobre la que se decida en dicho proceso no incide en el objetivo de la protección que se la ha

---

[352] Corte Constitucional, Sentencia C-289 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
[353] En la Sentencia T-500 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte amparó el derecho a la presunción de inocencia de un estudiante que había sido expulsado sin haberle realizado un proceso y garantizado su derecho de defensa.
[354] En la Sentencia T-581 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, la Corte amparó el derecho a la presunción de inocencia de un accionante a quien su empleador no le renovó el carné para entrar a su trabajo, debido a una supuesta mala conducta por la simple existencia de un proceso en su contra.
[355] En la Sentencia T-602 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte protegió el derecho a la presunción de inocencia de una ciudadana a la que una entidad bancaria congeló su cuenta y tarjeta débito sin que se hubiera realizado un proceso judicial. En aquella ocasión, esta Corporación afirmó que *"la peticionaria tiene derecho a que se presuma la buena fe de sus actuaciones (...)"*
[356] La Sentencia C-271 de 2003, M.P Rodrigo Escobar Gil, declaró la exequibilidad del numeral 8º del artículo 140 del Código Civil que señala que el matrimonio es nulo *"cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior"* en el entendido que *"la nulidad del matrimonio civil por conyugicidio se configura cuando ambos contrayentes han participado en el homicidio y se ha establecido su responsabilidad por homicidio doloso mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; o también, cuando habiendo participado solamente un contrayente, el cónyuge inocente proceda a alegar la causal de nulidad dentro de los tres meses siguientes al momento en que tuvo conocimiento de la condena"* con el objeto de no vulnerar la presunción de inocencia.
[357] En la Sentencia T-827 de 2008, M.P Mauricio González Cuervo, la Corte concedió al derecho al debido proceso, a la presunción de inocencia, al trabajo y al mínimo vital de un funcionario de la fiscalía que fue declarado insubsistente por haberse visto involucrado en unas investigaciones penales. La Corte consideró que "*la presunción de inocencia del imputado se postula, por tanto, hasta cuando se pruebe su responsabilidad y esto se haga por medio de sentencia definitiva de condena"*.
[358] Coroners and Justice Act 2009, Section 101.
[359] BACK, Christina (2012). *The Legal Process in Child Sexual Abuse. Difficulties in confirming evidence and providing support.* Linköping University medical dissertations No. 1338.

brindado al niño. Esta última, con independencia de la culpabilidad o inocencia del presunto abusador, propende por la seguridad física y mental del niño[360].

85. De manera similar, en el ordenamiento jurídico colombiano existen normas y principios que protegen a los menores de edad víctimas de violencia sexual durante el proceso penal. Lo anterior, incluso cuando significa alejarlos del familiar acusado o que el derecho a la presunción de inocencia ceda su ámbito de protección. El artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece los criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, niñas y adolescentes. Entre ellos, se encuentra la obligación de las autoridades competentes de tomar *"medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias"*.

86. A nivel jurisprudencial, la Corte ha desarrollado diversas reglas y criterios de interpretación para la aplicación de las normas punitivas y las garantías del debido proceso bajo la fuerza normativa del *interés superior del niño*, en aquellos eventos en que los menores de edad deben intervenir en procedimientos ante la justicia penal en calidad de posibles víctimas de un delito contra su libertad, integridad y formación sexuales.

87. En concreto, ha aclarado que el principio de interés superior establece en cabeza de las autoridades de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal la obligación de adoptar las medidas necesarias para lograr la protección integral del niño afectado. Ello significa que el principio de presunción de inocencia cede parte de su poder normativo para acompasarse con las obligaciones de las autoridades de brindar una protección especial al menor de edad[361]. Particularmente, las autoridades deben adelantar una investigación particularmente seria y exhaustiva, en la que hayan decretado y practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para alcanzar la verdad sin lograr disipar la duda, de manera que no puede terminar apresuradamente el proceso, en beneficio del investigado[362].

Además, durante la investigación, esta Corporación ha indicado que la prueba indiciaria cobra especial relevancia. En efecto, la comisión de estos delitos suele realizarse en un espacio cerrado desprovisto de testigos. Por lo tanto, la declaración de la víctima y elementos esenciales de la prueba indiciaria se tornan indispensables[363]. De igual modo, las dudas que tenga la Fiscalía sobre precluir o no la investigación deben ser interpretadas a favor de los menores de edad, en virtud del principio *pro infans,* que establece que *"en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior,*

---

[360] Expediente T-7.995.814. NATALIA BURGOS. *Re: OFICIO OPT-A-1333-2021 - EXP. T-7995814 -(Auto 30-abril-2021).* Fecha de envío: 11 de mayo de 2021, a las 16:05. Documento adjunto: *"11-05-2021 RESPUESTA CORTE CONSTITUCIONAL"*.
[361] Sentencia T-1015 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[362] Sentencia T-554 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
[363] Sentencia T-554 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, citada en la Sentencia T-843 de 2011, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad"[364]. En suma, los operadores investigativos y judiciales tienen la obligación de *"utilizar plenamente sus facultades oficiosas para disminuir la brecha entre la verdad procesal y la verdad real"*[365].

88. Ahora bien, los límites del derecho a la presunción de inocencia no solo conciernen a las actuaciones estatales durante el proceso penal. Por el contrario, la Corte ha señalado que la intervención en favor de los niños víctimas de violencia sexual *"debe formar parte de un enfoque coordinado e integrado entre los diferentes sectores, prestar apoyo a los otros profesionales en su labor con los niños, los cuidadores, las familias y las comunidades y facilitar el acceso a toda la gama de servicios disponibles de atención y protección del niño"*[366]. En ese sentido, el principio del interés superior del menor de edad también rige procesos no penales en los que están en riesgo los derechos prevalentes de un niño presuntamente víctima de violencia sexual. Por consiguiente, la presunción de inocencia cede su ámbito de protección ante las necesidades especiales que requiera el menor de edad para mantener su seguridad y estabilidad física, mental y emocional.

89. Por ejemplo, mediante la **Sentencia T-1090 de 2012**[367]**,** la Corte revisó el recurso de amparo que interpuso la señora *Eloisa* en nombre de su nieta, con el fin de que esta Corporación amparara sus derechos prevalentes. La actora relató que, inicialmente, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Cuarto de Familia de Medellín, al haber concedido visitas provisionales entre la niña y su madre, aun cuando contra esta última cursaba un proceso penal por la presunta comisión de los delitos de acto sexual abusivo y violencia intrafamiliar. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia tuteló los derechos de la menor de edad y ordenó al ICBF realizar 4 sesiones de observación permanente y cuidadosa, supervisadas por un psicólogo experto e idóneo. Al cabo de este procedimiento, a la entidad le correspondía determinar si el contacto entre madre e hija era nocivo o no para la salud mental y emocional de la niña. En todo caso, el fallo sostuvo que, de no existir amenaza alguna, podrían efectuarse visitas vigiladas en el ICBF.

Al realizar la observación, los psicólogos conceptuaron que no existía ningún riesgo para la niña al sostener encuentros con su madre, pero al final advirtieron una situación de riesgo. Este evento los condujo a solicitar aclaraciones y complementaciones. La tutelante afirmó que el ICBF suspendió las visitas y solicitó al Juzgado Cuarto de Familia de Medellín la práctica de una evaluación integral a la salud mental y emocional de la niña, para lo cual sugirió una perito experta en prevención de abuso sexual y maltrato infantil. A pesar de que esta profesional conceptuó la inconveniencia del contacto, aquel despacho ordenó la celebración de las visitas, pues encontró indicios de que las sesiones realizadas habían sido anómalas. La actora presentó recurso de desacato, pero el Tribunal

---

[364] Sentencia T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[365] Sentencia T-1015 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[366] Sentencia T-843 de 2011, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[367] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Superior de Medellín lo negó. Por lo tanto, interpuso la acción de tutela objeto de estudio en aquella oportunidad, porque consideró que esa autoridad judicial incurrió en falsa motivación y en un defecto fáctico.

La Corte estudió la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. A este respecto, observó que esa autoridad judicial armonizó los derechos en tensión, concretamente, el vínculo filial y el interés superior de la niña. Como consecuencia, no separó abruptamente a la niña de su progenitora, debido a las implicaciones que ello podía conllevar para el desarrollo armónico e integral de la menor de edad. Por el contrario, ordenó al ICBF evaluar si de dicho contacto se derivaba una situación fundada de riesgo o afectación para la salud e integridad mental de la niña. Si la respuesta era negativa, debía garantizar la continuidad de las visitas, siempre y cuando del seguimiento realizado no se advirtiera afectación alguna.

Luego, advirtió que el Juzgado Cuarto de Familia de Medellín, al decidir reanudar las visitas, atendió el marco impuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior, debido a que tuvo en cuenta dos evaluaciones: (i) aquella que el ICBF realizó a partir de 4 encuentros entre madre e hija y, (ii) la de una perito que analizó su estado mental y emocional. El juez tuvo en cuenta que la segunda valoración se realizó en la casa de la custodiante provisional. Además, sin mayor consideración, la profesional determinó que la causa del estrés post-traumático y la ansiedad de la niña tuvieron lugar *"al haber abordado el tema de la madre"*, cuando la lectura que también pudo efectuarse era que justamente por el rompimiento abrupto del vínculo filial, se presentara dicho comportamiento. En consecuencia, la Corte resolvió que la Sala Segunda de Familia del Tribunal Superior de Medellín no incurrió en ningún defecto, al decidir que el Juzgado Cuarto de Familia de Medellín no había incurrido en desacato.

Finalmente, la Sala observó que la madre de la niña había sido absuelta en el proceso penal adelantado en su contra. Esta fue la razón para que en el proceso de reglamentación de visitas, custodia y cuidado personal operara la prejudicialidad y, para que en su momento, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia protegiera los derechos de la menor de edad. Por lo anterior, ordenó a la Jueza Cuarta de Familia de Medellín dictar la decisión de fondo que en derecho correspondiera, **conforme al interés superior de la niña**.

90. Asimismo, en la **Sentencia T-730 de 2015**[368]**,** la Corte estudió el caso de una madre que solicitó suspender la resolución proferida por una Comisaría de Familia. Esa providencia concedió visitas entre su hija y expareja. Lo anterior, a pesar de que contra el padre de la niña cursaba un proceso penal por, presuntamente, abusar de ella sexualmente.

En aquella ocasión, la Sala de Revisión recordó que la violencia sexual en contra de los niños es un asunto que debe ser abordado por las autoridades

---

[368] M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

competentes, conforme a la especial gravedad 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"*.

Al analizar el caso concreto, encontró que –luego de que la Comisaría profiriera la resolución–, la Asociación Creemos en Ti allegó un informe en el que recomendó que la niña no debía tener contacto con su padre. En ese sentido, determinó que el juzgado que decidió sobre la homologación debió devolver el expediente para que fuera revisado nuevamente. Como no realizó dicha actuación, la Corte concluyó que aquel despacho incurrió en un defecto orgánico. En consecuencia, dejó sin efectos la sentencia de homologación y envió el expediente de nuevo a la Comisaría de Familia.

También enfatizó que, al momento de valorar las pruebas y en concreto el informe de la asociación, el comisario tenía la obligación de considerar 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"*. De esta manera, debía tener en cuenta que, más allá del derecho genérico que tienen los niños a compartir con sus padres, **dicho mandato debía ponderarse con los derechos que le asistían a la niña de que se velara por su efectiva protección y de reducir el riesgo de amenaza respecto de su integridad.** En ese sentido, la Sala de Revisión ordenó al comisario accionado valorar la pertinencia del contacto entre niña y padre conforme lo dictaba el principio del interés superior del menor de edad, aun cuando su padre no había sido condenado penalmente.

91. Por su parte, las autoridades administrativas encargadas de llevar a cabo el proceso de restablecimiento de derechos tienen la facultad de ordenar o no visitas entre niños y familiares que presuntamente los han violentado. Esta decisión debe basarse en el análisis de si dicho trato ayuda a que el niño, niña o adolescente pueda superar lo sucedido. En definitiva, esta medida se adopta si protege integralmente al menor de edad, previene cualquier amenaza o riesgo y satisface todos sus derechos, en virtud de los artículos 7º[369], 8º[370] y 9º[371] del

---

[369] *"Protección Integral. Se entiende por (...) el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior (...)*

[370] *"Interés superior de los niños, niñas y adolescentes (...), el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".*

[371] *"Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los*

Código de Infancia y Adolescencia. Por esa razón, las autoridades administrativas examinan el material probatorio y las consecuencias que podrían generar las visitas en la estabilidad emocional y psicológica del menor de edad, con independencia de que el familiar tenga derecho a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe lo contrario[372].

92. Concretamente, el ICBF en su *"Lineamiento técnico para la atención a niños, niñas y adolescentes con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, víctimas de violencia sexual",* aclara que su atención está basada en varios enfoques, entre ellos el de derechos. En particular, este último *"parte de reconocer los derechos humanos como el principio rector e imperativo ético para alcanzar la dignidad humana, entendiendo que para esto, se requiere la garantía de los derechos desde la integralidad entre los derechos individuales y los intereses colectivos"*[373]. Así las cosas, con base en este planteamiento, el ICBF busca garantizar el ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes conforme a sus particularidades y necesidades específicas. Todo esto, en un marco de la igualdad, la no discriminación y el respeto por la dignidad humana[374]

Con base en lo anterior, al atender las circunstancias fácticas únicas que rodean a cada menor de edad, el ICBF señala que incorporar el enfoque de derechos en la atención especializada a niños, niñas y adolescentes implica:

i Primar sus derechos sobre los de los demás.

ii Prestar oportuna, diferencial y diligentemente los servicios que aporten a la resignificación de los hechos victimizantes y al restablecimiento efectivo de los derechos inobservados, amenazados o vulnerados.

iii Adoptar medidas de protección que **no pongan en riesgo los derechos fundamentales del menor de edad.**

iv **Asegurar la no revictimización del niño, niña o adolescente** en el proceso de atención y restablecimiento de derechos.

v **Garantizar la protección del derecho a la dignidad humana del menor de edad[375].**

---

derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.
En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente".

[372] ICBF, Memorando 20202000000024823 del 12 de febrero de 2020: suspensión de visitas en casos de violencia sexual. Citado por el ICBF en la intervención que allegó en sede de revisión.

[373] ICBF (2018). *Lineamiento técnico para la atención a niños, niñas y adolescentes con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, víctimas de violencia sexual,* pág.72. Disponible en: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/lineamiento_violenciasexual_17042018.pdf

[374] Ibidem.

[375] Ibidem, pág.73.

En consecuencia, esta entidad afirma que es primordial ponderar y analizar cuál medida es proporcional a la situación amenazante, con base en el riesgo presente y la protección que necesite el niño, niña o adolescente. Para ello, la decisión debe estar respaldada en el material probatorio y contemplar las consecuencias que podrían comprometer la estabilidad emocional y psicológica del menor de edad.

Por lo anterior, en sede de revisión de los expedientes de la referencia, el ICBF afirmó que las actuaciones que realiza en el marco de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos **son independientes del resultado del proceso penal que se lleve a cabo contra el presunto agresor**[376]**.** Esto, en la medida en que la finalidad de las autoridades administrativas es proteger los derechos prevalentes de los menores de edad y evitar los riesgos que los amenacen. En ese sentido, sus decisiones son autónomas y no dependen de que se logre o no probar la responsabilidad penal, pues no necesariamente significa que *"se haya llegado a la verdad real del caso"*[377].

93. Ciertamente, como lo expusieron algunos de los intervinientes en el asunto de la referencia, en Colombia son pocas las investigaciones sobre delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales que resultan en una sanción penal. Por ejemplo, en 2017 y 2018, la Fiscalía realizó dos reportes en los que expuso que, de la totalidad de denuncias por la presunta comisión de delitos sexuales, el 90% estaban en etapa indagatoria, el 5,7% en juicio, 2,5% en investigación, el 0,1% tuvieron terminación anticipada y el 1,2% estaban en ejecución de penas[378]. Sobre lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho informó que, en un período de cuatro años, la indagación se mantuvo como etapa constante[379]. En efecto, tan solo el 20% de los procesos judiciales ya se encontraban en etapa de imputación, acusación o condena[380]. Adicionalmente, observó que primaban las cifras de sindicados sobre condenados. Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura indicó que, para el período de enero a septiembre de 2017, el acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años tenían niveles de imputación del 23% y el 26%, respectivamente. Además, indicó que el porcentaje de sentencias respecto de la cantidad de egresos de cada delito contra la libertad, integridad y formación sexuales era bajo. Concretamente, solo el 14% de los procesos de acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años y el 12% de aquellos contra actos sexuales con menor de 14 años concluyeron con una sentencia judicial, ya sea condenatoria o absolutoria[381].

De lo anterior, la Procuraduría General de la Nación no evidenció un avance procesal importante de los procesos contra delitos sexuales, lo cual derivaba en

---

[376] Expediente T-7.995.814. FERNANDO ALONSO TOVAR URICOECHEA. *Respuesta Oficio OPT-A-1334/2021 - Expediente T-7.995.814.* Fecha de envío: 11 de mayo de 2021, a las 22:07. Documento adjunto: *"20211045000087651",* pág.7.
[377] Idem.
[378] Idem.
[379] Ibidem, pág.22.
[380] Ibidem, pág.27.
[381] Ibidem, pág.29.

un indicador de inefectividad de la justicia[382]. Tampoco observó que las autoridades priorizaran los delitos contra los menores de edad[383]. Finalmente, llamó la atención sobre los 411 casos cerrados por preclusión y los 221 por prescripción, como formas principales de conclusión *"anticipada"* del proceso[384].

94. En virtud de este panorama, el ICBF adujo que otorga medidas de restablecimiento conforme lo prescriben las pruebas que se alleguen al proceso administrativo, las necesidades particulares del niño y su obligación de prevenir y atender de manera prevalente las diferentes formas de violencia que atenten contra el derecho a la vida y la calidad de vida de los menores de edad. Lo anterior, debido a que las dinámicas propias de un proceso penal no son trasladables a un escenario en el que, primordialmente, la autoridad busca proteger integralmente al niño, mas no reaccionar a una eventual sanción o absolución que se presente en materia penal. En especial, cuando, en ocasiones, no se logra reunir el acervo probatorio para demostrar los hechos constitutivos de una violencia sexual infantil[385].

95. En suma, el derecho a la presunción de inocencia tiene límites en los procesos penales relacionados con casos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes. Asimismo, en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, dicho principio cede su ámbito de protección ante la protección integral que requiere el menor de edad. En especial, cuando uno de los objetivos primordiales es prevenir cualquier riesgo que amenace la integridad física y psicológica del niño. Particularmente, las autoridades investigadoras y judiciales deben ejercer sus facultades para disminuir la brecha entre la verdad procesal y real. Además, si quien cometió la supuesta conducta punible es un familiar de la víctima, puede discutirse la posibilidad de celebrarse visitas o reanudar el contacto para mantener el vínculo filial, sin que aquella decisión dependa del resultado del proceso penal. Las autoridades deben verificar que no exista el riesgo de afectar la estabilidad mental y emocional del niño. Si de la evaluación y el material probatorio deducen que con el contacto no se podrá proteger integralmente al menor de edad, prevenir cualquier amenaza o riesgo y satisfacer todos sus derechos, tienen la facultad de suspenderlas. Esta actuación no depende del principio de presunción de inocencia en cabeza del procesado. Lo anterior, porque el objetivo de las visitas es garantizar el interés superior del niño.

Caso Concreto

96. Corresponde a la Sala resolver si el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, con ocasión del fallo proferido el 17 de enero de 2020 –mediante el cual homologó la Resolución No. 384 de 2018 y, por ende, suspendió las visitas supervisadas entre el señor JMBR y sus hijos–, incurrió en un defecto por

---

[382] Ibidem, pág.22.
[383] Ibidem, pág.29.
[384] Idem.
[385] ICBF (2020). Memorando 202020000000024823, citado por aquella entidad en sede de revisión.

violación directa de la Constitución. Concretamente, debe verificar si ese fallo desconoció el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella de los niños y el principio de presunción de inocencia en cabeza del accionante. Lo anterior, porque no aseguró un contacto entre los niños y su padre a través de las visitas.

97. Para evaluar aquel fallo, la Sala *i)* resumirá los argumentos que esgrimió el juez accionado para homologar la Resolución No. 384 de 2018; *ii)* recordará el marco constitucional de protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; *iii)* explicará cómo se resuelve la tensión entre el principio a la presunción de inocencia y el interés superior del niño dentro de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, conforme lo plantearon los jueces de instancia; *iv)* analizará las pruebas allegadas en sede de Revisión, con base en los mandatos constitucionales que guían la adopción de medidas a favor de los menores de edad y, por último, *v)* concluirá si el despacho accionado desconoció la Constitución.

Sentencia del 17 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá

98. En la providencia acusada por el actor, el juez accionado primero realizó un recuento de las razones por las cuales la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá expidió la Resolución No. 384 de 2018. En concreto, la autoridad administrativa observó que, en el momento y gracias al seguimiento que realizó el ICBF, los derechos de los niños involucrados estaban garantizados. De hecho, con ocasión de la intervención de la Fundación Creemos En Ti, el hermano mayor superó los eventos traumáticos de los que habría sido víctima[386]. Adicionalmente, suspendió provisionalmente las visitas porque le dio prevalencia al interés superior de los menores de edad sobre el derecho de visitas en cabeza de su progenitor. Particularmente, la funcionaria consideró que, hasta que no se resolviera el proceso penal en contra del señor JMBR, era deber del Estado evitar exponer a los niños *"a situaciones que les generen estrés como sería tener contacto con su presunto agresor sexual, o a la repetición de la conducta vulneradora, así como generar inestabilidad emocional en los niños y la intensificación de los síntomas que presentaron al momento de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos"*[387]. De este modo, en caso de que el padre fuese considerado culpable, debían adelantarse las acciones pertinentes para la privación de la patria potestad. De lo contrario, ordenó remitir a los niños a intervención terapéutica, con el objetivo de lograr la construcción del vínculo afectivo dentro del subsistema paternofilial.

99. Con base en este resumen, el Juez Segundo de Familia evaluó si dicho análisis seguía lo establecido por las normas constitucionales y el Código de la Infancia y la Adolescencia. Primero, recordó que, conforme a los artículos 5° y

---

[386] Ibidem, folio 248.
[387] Ibidem, folio 249.

42 de la Constitución, el Estado tiene la obligación de proteger a la familia, al ser el núcleo esencial de la sociedad[388]. Asimismo, resaltó que el artículo 44 superior señala que los menores de edad tienen el derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella. Así las cosas, aquella autoridad judicial dedujo que *"los padres están en la obligación de garantizar y brindar una estabilidad emocional y física a los hijos, de tal forma que se le proporcione una unidad familiar para su desarrollo"*[389]. Asimismo, advirtió que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. En esa medida, tenían la garantía de no ser separados de su familia[390]. Sin embargo, cuando los padres no brindan bienestar a sus hijos, el juez aclaró que, entonces, la autoridad competente tiene la obligación constitucional de intervenir, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los niños[391]. En ese sentido, señaló que, conforme al artículo 51 del Código de la Infancia y la Adolescencia, *"cuando el Defensor de Familia tenga conocimiento de la posible vulneración de los derechos fundamentales de los niños, debe iniciar la respectiva actuación administrativa para esclarecer las circunstancias de la irregularidad y tomar las necesidades necesarias (...)"*[392].

100. Al definir este marco normativo, el juez accionado procedió a estudiar el caso concreto. Particularmente, observó que los derechos de los niños en cuestión estaban garantizados. Además, encontró que la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá suspendió las visitas supervisadas entre el señor JMBR y sus hijos porque le dio prevalencia al interés superior de los infantes. Concretamente, tuvo en cuenta que contra el padre se adelantaba un proceso penal por los delitos de acceso carnal con menor de 14 años, en concurso heterogéneo con violencia intrafamiliar. En esa medida, hasta tanto no se resolviera el mismo, la defensora consideró inadecuado exponer a los niños a situaciones que les generara estrés, como tener contacto con su presunto agresor. Lo anterior, puesto que podía afectar su estabilidad emocional e intensificar los síntomas que presentaban al inicio del proceso de restablecimiento de derechos[393].

En virtud de los principios de protección integral, interés superior y prevalencia de los derechos de los niños, el Juez Segundo de Familia concluyó que la decisión adoptada por la autoridad administrativa había sido adecuada. Lo anterior, debido a que era cierto que en el trámite administrativo no pudo probarse que el señor JMBR hubiese abusado sexualmente de sus hijos. Sin embargo, la Defensora de Familia evidenció en uno de los niños comportamientos típicos de menores de 3 años víctimas de abuso sexual que ameritaron intervención terapéutica. Con esta actuación, la autoridad administrativa garantizó los derechos del infante[394].

---

[388] Ibidem, folios 242-243.
[389] Idem.
[390] Ibidem, folio 244.
[391] Idem.
[392] Ibidem, folio 245.
[393] Ibidem, folios 248-249.
[394] Ibidem, folio 250.

En este escenario, el juez señaló que, si bien el actor goza del derecho de presumirse su inocencia hasta que se demuestre lo contrario, los riesgos no podían irrogarse sobre los niños, quienes son sujetos de especial protección constitucional. De este modo, como autoridad judicial tenía la obligación de hacer primar el interés superior de los infantes, que se materializaba en *"no someterles –por las visitas, así sean supervisadas, con su presunto agresor– a situaciones de estrés y ansiedad que podrían dar al traste con la intervención terapéutica que recibió el niño (…) y desencadenar con más fuerza los traumas ya superados por los hechos de que habría sido víctima, sobre la presunción de inocencia radicada en cabeza del progenitor*[395] *"*.

Por ende, resolvió homologar la Resolución No. 384 de 2018. Lo anterior, porque suspender las visitas hasta tanto se resolviera el proceso penal contra el señor JMBR se ajustaba a derecho. Además, era una medida que tomaba en cuenta las circunstancias especiales de los niños y efectivizaba la prevalencia de sus derechos.

Marco constitucional de protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

101. Con el fin de examinar el fallo reseñado, la Sala reitera el marco de protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En concreto, este principio exige del Estado, la familia y la sociedad actuar con la debida diligencia para prevenir violaciones a los derechos prevalentes de los menores de edad, protegerlos de violencias en su contra y responder ante las necesidades particulares que tengan. De esta obligación, se desprende el deber de aplicar la norma o adoptar la decisión más favorable al menor de edad. En especial, si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

102. De esta manera, los funcionarios administrativos y judiciales deben contrastar las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles del niño con los criterios generales que promueven el bienestar infantil, analizar las pruebas conforme sea lo más conveniente para él y cerciorarse de proferir una decisión que no afecte o ponga en peligro sus derechos. En los casos en que haya ocurrido un presunto abuso sexual, las autoridades tienen la obligación de adoptar las medidas apropiadas para protegerlos contra las graves consecuencias físicas y psicológicas que genera este comportamiento. Concretamente, deben actuar con la debida diligencia para **prevenir** estas conductas y **proteger** a los menores de edad que han sido víctimas de un abuso sexual.

103. En definitiva, las competencias de las autoridades para garantizar los derechos de los menores de edad deben girar en torno al principio *pro infans*, cuya estructura es mixta. Por un lado, como principio, parte de la verificación de una circunstancia que afecta el interés superior del niño. Por otra, como regla, **exige de las autoridades adoptar las medidas necesarias que protejan los**

---

[395] Ibidem, folios 251-252.

derechos prevalentes de los menores de edad y eviten riesgos que en un futuro puedan concretarse en un daño contra su integridad.

104. En suma, en virtud de la esfera de protección que brinda el interés superior del menor de edad, las autoridades judiciales y administrativas deben proteger de la mejor manera posible sus derechos. Esto, aun si otras garantías ceden parte de su poder normativo, como por ejemplo, el principio de presunción de inocencia.

Tensión entre el principio de presunción de inocencia y el interés superior del niño planteada por los jueces de instancia en el caso concreto

105. En el presente caso, el accionante y los jueces de tutela que concedieron el amparo de sus derechos sustentaron su postura en un conflicto que presuntamente existe entre dos postulados. Por un lado, el interés superior del niño materializado en la suspensión de las visitas hasta tanto no concluya el proceso penal adelantado contra el señor JMBR y, por otro, el derecho a la presunción de inocencia del actor, lo que exigía garantizar el contacto entre el padre y sus hijos. Precisamente, la argumentación de los jueces de instancia para conceder la tutela de la referencia giró en torno a esta última garantía. En concreto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca, en primera instancia, consideró que la autoridad judicial accionada únicamente tuvo en cuenta situaciones irregulares contrarias a la protección de los niños, niñas y adolescentes para homologar la Resolución No. 384 de 2018. En ese sentido, afirmó que le endilgó al tutelante la comisión de presuntos delitos sin que hubiese sido debidamente condenado por un juez penal. Por consiguiente, vulneró el derecho a la presunción de inocencia del actor, al suponer que sería un peligro para sus hijos sin que estuviera probado.

En segunda instancia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia observó que el Juzgado Segundo de Familia no tuvo en cuenta la decisión tomada por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén. En particular, que hubiese concedido las visitas en virtud de que el accionante no había sido condenado. Además, el despacho accionado únicamente evaluó el testimonio de un psicólogo forense. Este elemento, por sí solo, no permitía predicar la *"certeza"* de la comisión de la conducta punible y, por lo tanto, no era prueba suficiente para despojar al padre de las visitas. A juicio de ese juez de tutela, era necesario adelantar un estudio que determinara si la presencia del padre, en efecto, afectaba el comportamiento de los niños. Debido a que la madre no llevó a los niños al Centro Zonal de Usaquén para celebrar las visitas supervisadas, este hecho no pudo comprobarse.

106. Con base en lo expuesto, la Sala considera que, si bien en el marco del proceso penal el peticionario tiene derecho a la presunción de inocencia, esta garantía no es absoluta. Específicamente, tanto las dinámicas procesales del trámite penal como el **ámbito de protección de esta garantía no son trasladables a un proceso administrativo de restablecimiento de derechos y a su sentencia de homologación**, en el que está de por medio la protección

de un niño que ha sido víctima de un presunto abuso sexual. Lo anterior, por las siguientes razones: por un lado, el objetivo de un proceso penal es investigar si el procesado cometió o no una conducta punible, con el fin de establecer si es necesario imponer una condena. En ese sentido, las funciones del juez penal se enmarcan en los actos que supuestamente ha realizado el indiciado.

Por otro lado, en el curso de un proceso de restablecimiento de derechos, la finalidad de la autoridad administrativa es adoptar las medidas que salvaguarden en la mejor medida posible a los menores de edad de amenazas o vulneraciones a sus derechos. Lo anterior, conforme a los principios de protección integral, interés superior y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por consiguiente, tiene la obligación constitucional de **evitar** cualquier amenaza a la integridad del menor de edad, **garantizar la satisfacción integral** de su desarrollo y **adoptar medidas en las que primen sus derechos** en relación con los de los demás. Lo anterior, una vez realice un examen integral de la situación particular del niño. En esa medida, las funciones de aquella autoridad **no están destinadas a sancionar a un presunto agresor**. Por el contrario, son **preventivas y garantistas** del interés superior del niño. Su objetivo esencial es amparar a los niños, niñas y adolescentes de los eventos que puedan lesionar sus derechos prevalentes, y proteger su dignidad. Por esa razón, el ámbito de protección del principio de presunción de inocencia cede su fuerza normativa en este escenario.

107. Por lo anterior, cuando se adelanta un proceso de restablecimiento de derechos y uno de los padres del niño es acusado de abusar sexualmente de él, esta Corporación ha ordenado a las autoridades competentes ponderar el derecho genérico a tener una familia y no ser separado de ella con la necesidad de garantizar la efectiva protección del niño y de reducir las amenazas a su integridad. En tal sentido, incluso cuando el presunto agresor ha sido absuelto penalmente, el ICBF ha puesto de presente lineamientos que –más allá de tomar en cuenta este resultado– obligan a la entidad a evaluar la situación concreta. Esto, con el fin de esclarecer si el contacto entre el niño y su presunto agresor compromete su estabilidad emocional y psicológica. En consecuencia, se trata de una situación que no está condicionada al resultado del proceso penal. En el evento en que dicho contacto represente un riesgo para la integridad del niño, la autoridad administrativa debe evitarlo con base en el mandato constitucional de prevalencia del interés superior del niño y del principio *pro infans*.

108. En ese sentido, las dinámicas de un proceso penal difieren de aquellas que son propias de uno administrativo y judicial que buscan proteger la integridad de un menor de edad. En concreto, porque el principio de presunción de inocencia, tal y como se garantiza dentro de un proceso penal, puede llegar a desnaturalizar las finalidades del proceso de restablecimiento de derechos. Eventualmente, podría atentar contra los derechos prevalentes de los niños, al exponer su psiquis y su integridad mientras se resuelven las causas penales. En efecto, en los casos en que se investiga la comisión de un delito sexual, las dificultades de reunir los elementos probatorios del hecho punible pueden derivar en la preclusión o prescripción del proceso. **Aun si el juez profiere una**

sentencia absolutoria, el contacto del niño con el supuesto agresor puede poner en riesgo sus derechos. De esta manera, si bien las resultas del proceso penal pueden ser relevantes en los procesos de familia en los que se protegen los derechos de los niños agredidos sexualmente, no son condición para habilitar automáticamente el vínculo filial. Conforme a lo expuesto, la Sala reitera que las actuaciones de las autoridades de familia deben estar regidas por los principios del interés superior del niño y *pro infans*. De esta manera, sus decisiones no están condicionadas por la presunción de inocencia ni por los resultados del proceso penal. Particularmente, por las decisiones absolutorias.

Así las cosas, una sentencia penal absolutoria, por sí sola, no es suficiente para reactivar el vínculo entre el niño y quien hubiese sido su presunto agresor. Por el contrario, las autoridades de familia son responsables de evaluar la situación, con el fin de esclarecer si dicho contacto amenaza con atentar la integridad del menor de edad o no, al margen de la conducta del adulto. En atención a este objetivo primordial, las decisiones de las autoridades administrativas son autónomas y, por lo tanto, independientes de los criterios judiciales adoptados en un proceso penal por la comisión de un delito contra la libertad e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes.

109. En definitiva, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos busca proteger integralmente a los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, la autoridad administrativa es responsable de actuar oportunamente y con celeridad para prevenir cualquier riesgo que pueda afectar los derechos prevalentes de los menores de edad. También debe protegerlos de las situaciones que hayan atentado contra su integridad. En el evento en que presuntamente hayan sido víctimas de violencia sexual, el contacto entre el niño y el familiar sospechoso de la comisión del delito está supeditado a una evaluación concreta, sin que esté condicionada a la sentencia absolutoria de un proceso penal. En particular, la autoridad está en la obligación de analizar las circunstancias particulares que rodean al niño e interpretar el acervo probatorio con base en sus necesidades específicas. Por esta razón, las decisiones que adopte son independientes del proceso penal que se adelante en contra del presunto agresor. Lo anterior, debido a que, con independencia de lo que se logre establecer en el ámbito penal –en especial, la absolución–, el objetivo del proceso de restablecimiento de derechos es evitar todo riesgo que amenace la integridad del niño y garantizar su no revictimización. Por esta razón, una sentencia absolutoria, por sí sola, no es suficiente para activar automáticamente el contacto entre el niño y su familiar.

El juzgado accionado no incurrió en un defecto por desconocimiento de la Constitución

110. En virtud del marco anteriormente descrito, la Sala encuentra que el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá actuó según lo ordena el interés superior de los menores de edad. En primer lugar, las pruebas recaudadas acreditaban que los hijos de los señores JMBR y AMBR mostraban comportamientos y síntomas de niños víctimas de violencia sexual. Las

historias clínicas de los niños evidenciaban que nunca se estableció cuál fue la causa de la amebiasis que sufrieron. Además, uno de los pediatras que los atendió y una funcionaria de policía judicial sospecharon la ocurrencia de un abuso sexual. Lo anterior, debido a las lesiones que encontraron en los menores de edad y la poca probabilidad de que hubiesen adquirido la enfermedad mediante la ingesta de alimentos contaminados. Asimismo, un psicólogo forense y una psiquiatra encontraron en uno de los hermanos conductas típicas de menores de 3 años que han sido víctimas de abuso sexual. También, al menos uno de los niños percibe al padre de forma ambivalente y en él se encontraban elementos de confusión, *"tales como (...) el desnudo aplastante de la figura masculina, las referencias a que se tape u obstruya el lavamanos con sustancia babosa y la negación de una solución para que lo que se mete salga de allí (...)"*. Por último, los profesionales que le hicieron seguimiento a los infantes concordaron en que la sintomatología gastrointestinal y las afecciones psicológicas de los niños desaparecieron progresivamente, al dejar de verse con su padre.

Adicionalmente, esta Corporación recibió conceptos psicológicos de distintas universidades y entidades especializadas en el tratamiento de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual. Estos señalan que los síntomas que presentan menores de edad abusados sexualmente son variados, dentro de los cuales se encuentran: cambios súbitos de comportamiento, irritabilidad, lesiones en las áreas genital y anal, trastornos del sueño, dolores gastrointestinales, conductas regresivas y comprensión de conductas sexuales particulares que no deben ser de conocimiento del niño. Aquellos guardan similitud con algunos síntomas presentes en uno o ambos hijos de los señores JMBR y AMBR. En particular, el hijo mayor sufrió cambios súbitos de comportamiento, trastornos del sueño y conductas regresivas. Además, realizó ciertas conductas hipersexualizadas que no debían ser de su conocimiento. La hermana menor de 6 meses presentó síntomas físicos asociados a lesiones en las áreas genital y anal y a la amebiasis, sobre la cual, los especialistas han aclarado que puede presentarse como consecuencia de un abuso o violencia sexual.

Finalmente, estas instituciones recomendaron no celebrar visitas entre un menor de edad y su presunto agresor, puesto que los encuentros pueden generar síntomas asociados al estrés postraumático. Estos pueden desencadenarse como reacciones disociativas –en las que el niño siente y actúa como si se repitieran los sucesos traumáticos–, malestar psicológico intenso o prolongado al exponerse al abusador y reacciones fisiológicas intensas que guardan similitud con los sucesos traumáticos[396].

111. Conforme a lo anterior, la Sala concluye que los niños atendidos por el ICBF se encontraban en las siguientes circunstancias: Primero, las pruebas recaudadas indican que los niños pudieron haber sido sometidos a eventos que

---

[396] Expediente T-7.995.814. ÁREA CURRICULAR DE PSICOLOGÍA Y PSICOANÁLISIS. *RESPUESTA OFICIAL AL OFICIO OPT-A-612-2021 DE CORTE CONSTITUCIONAL*. Fecha de envío: 6 de mayo de 2021, a las 9:01. Documento adjunto: *"Respuesta oficial al oficio OPT-A-612-2021 de la Corte Constitucional"*, pág.7.

atentaron contra su desarrollo físico, mental y emocional. Segundo, los síntomas que sufrieron coinciden con aquellos que han sido identificados por especialistas en violencia sexual infantil. Tercero, el hermano mayor percibía a la figura paterna de forma ambivalente. Cuarto, los síntomas que sufrieron desaparecieron gradualmente una vez fueron separados de su padre. Por último, los niños actualmente se encuentran estables y felices.

112. Por ende, en virtud del interés superior del menor de edad y el principio *pro infans*, era imperativo que las autoridades judiciales y administrativas que atendieron a estos dos infantes los alejaran de las posibles fuentes de riesgo. También, tenían la obligación de prevenir cualquier evento futuro que afectara o amenazara su estabilidad. En concreto, debían evitar que los derechos de los niños estuvieran en riesgo por el contacto con su padre, incluso si los indicios de una presunta violencia sexual diferían en cada uno de los infantes. En particular, las autoridades administrativas y judiciales observaron conductas hipersexualizadas en uno de los niños, mientras que en su hermana tan solo encontraron presuntos síntomas físicos de un abuso sexual. Independientemente de esta diferencia, la situación que comparten los hermanos supone un escenario de riesgo que las autoridades administrativas y judiciales deben evitar, con el fin de garantizar su interés superior. Finalmente, las autoridades eran responsables de adoptar las medidas que protegieran en el mayor grado posible a los niños, con el fin de no causar en ellos actos regresivos y, por el contrario, pudieran crecer en un ambiente armonioso. Lo expuesto, en atención al impacto que los presuntos accesos carnales sexual tuvieron y pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo cuando se trata de niños de temprana edad.

113. Por consiguiente, la sentencia que homologó la decisión de la defensora de familia de suspender las visitas entre el señor JMBR y sus hijos no incurrió en el defecto alegado. Por el contrario, materializó los postulados superiores. Lo anterior, debido a la aplicación del mandato constitucional que se deriva del artículo 44 superior y el principio *pro infans*. Los derechos de los niños atendidos por el ICBF a vivir en un ambiente que les brinde amor, confianza cuidado; a la salud física, mental y emocional y, en suma, a su felicidad, son prevalentes sobre cualquier otra garantía que esté en juego. Por esa razón, la Sala de Revisión no desconoce que el accionante goza del derecho genérico a que se presuma su inocencia mientras no sea declarado culpable. No obstante, este principio no condiciona las funciones preventivas de las autoridades administrativas y judiciales que tienen la responsabilidad de proteger a los niños. El hecho de que no haya *"certeza"* de que haya abusado sexualmente de los niños, como lo advirtió el juez de tutela de segunda instancia, no es razón suficiente para restablecer el vínculo paternofilial. Lo anterior, debido a que **la adopción de medidas que restablezcan los derechos de los infantes no busca establecer su responsabilidad penal**. En su lugar, las autoridades competentes procuran proteger a los niños de cualquier amenaza que atente contra sus derechos. En esa medida, **deben evitar la consumación de cualquier riesgo que pueda vulnerar sus derechos prevalentes**. Por consiguiente, si evidencian que estos menores de edad fueron sometidos a actos ultrajantes y totalmente contrarios a sus derechos, tienen la obligación de adoptar las medidas que

restablezcan su dignidad humana y aseguren su no revictimización. En su caso, esto significa alejarlos de quien se sospecha que cometió contra ellos un abuso sexual y sobre quien, al menos uno de los niños, tiene un concepto ambivalente y le genera cuadros de ansiedad.

114. Ahora bien, las visitas ordenadas por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén eran supervisadas. En ese sentido, podría aducirse que, de esa manera, la autoridad administrativa garantizó el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, así como su derecho a la salud. A este respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que, como la señora AMBR no acudió a aquellas visitas junto con sus hijos, no pudo establecerse si el accionante constituía o no un peligro para ellos. Sin embargo, la Sala reitera que las funciones de las autoridades administrativas son **preventivas** y **garantistas** de los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes. Además, lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del menor de edad. En el presente caso, permitir las visitas entre los infantes y su padre puede generar síntomas asociados al estrés postraumático. Por esa razón, la supervisión de las visitas no garantiza que la estabilidad de los menores de edad se mantenga, pues el mero contacto puede afectarlos, ya sea que estén supervisado o no. En esa medida, es primordial alejar a los niños de su presunto agresor, en tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella no supone una integración nominal a un núcleo familiar. Por el contrario, implica que la familia a la que pertenezca el menor de edad esté en la capacidad de brindarle amor, cuidado y las condiciones necesarias para que crezca plenamente. En el presente caso, el accionante aduce que la protección del interés superior de sus hijos se traduce en salvaguardar la unidad familiar. Empero, no es claro que el señor JMBR tenga la capacidad de otorgarle a los niños un ambiente sano en el que puedan desarrollarse. Por consiguiente, contrario a lo aducido por el juez de tutela de segunda instancia, acudir al Centro Zonal de Usaquén para celebrar visitas supervisadas no era una medida idónea para restablecer los derechos de los niños.

En ese sentido, si bien no hay certeza de la responsabilidad del accionante, las pruebas valoradas por los jueces de instancia contenían indicios sobre el efecto negativo que podría generar en los infantes un potencial contacto con su padre. En este punto, contrario a lo que ocurriría en un proceso penal, en el trámite administrativo y judicial de protección de los derechos de los niños en este asunto, aquella debe ser resuelta a favor del interés superior del menor de edad y de los principios *pro infans* y de prevención.

115. En virtud de lo anterior, la Sala de Revisión concluye que el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá no incurrió en una *violación directa de la Constitución*. Por el contrario, se ciñó al principio *pro infans* y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes para homologar la Resolución No. 384 de 2018. En concreto, encontró la existencia de riesgos ciertos para la

integridad y salud de los menores de edad. Por lo tanto, los alejó de su padre, al ser la solución que otorgaba mayores garantías a los menores de edad.

En atención a lo expuesto, esta Sala revocará la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca y concedió el amparo del derecho al debido proceso del actor. En su lugar, negará la protección de los derechos de defensa y a la presunción de inocencia del señor JMBR.

Adicionalmente, dejará sin efectos la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021, mediante la cual el juzgado accionado resolvió revocar parcialmente la Resolución No. 384 de 2018 y, en su lugar, fijó visitas virtuales entre el señor JMBR y sus hijos.

Por último, la Sala de Revisión observa que, en la Resolución No. 384 de 2018, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá ordenó enviar a los niños a intervención terapéutica especializada, *"con el objetivo de lograr la construcción del vínculo afectivo dentro del subsistema paterno-filial y* [remitir la red familiar a] *orientación frente a la mediación de conflictos entre los padres con el propósito de contribuir al bienestar de los hijos"*[397]. Lo anterior, en caso de que el señor JMBR fuese absuelto penalmente. De este modo, en el numeral tercero del resuelve, esa providencia establece: *"Una vez se establezca* [la responsabilidad penal del señor JMBR] *adelántense las acciones judiciales y administrativas a las que haya lugar de acuerdo con lo señalado en las consideraciones del presente proveído"*[398]. En relación con este asunto, la Sala recuerda que las medidas que se adoptan dentro de un proceso de restablecimiento de derechos buscan garantizar la integridad de los niños, niñas y adolescentes. Por lo anterior, el ICBF debe ponderar y analizar cuál medida es proporcional a la situación amenazante, con base en el riesgo presente y la protección que necesite el menor de edad. Para ello, la decisión debe estar respaldada en el material probatorio y contemplar las consecuencias que podrían comprometer la estabilidad emocional y psicológica del menor de edad, con independencia de si el presunto agresor es absuelto o no penalmente.

Por consiguiente, la Sala encuentra que la medida anteriormente mencionada debe ajustarse para que garantice efectivamente los derechos de los niños**.** Lo anterior, en la medida en que es necesario resolver que, si el accionante es absuelto, el eventual contacto que tenga con sus hijos debe presentarse después de que la autoridad competente asegure que no se afectarán los derechos de los menores de edad. En ese sentido, modificará el numeral 1° de la sentencia del 17 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá[399], en el sentido de ordenar al ICBF que, si el accionante es absuelto,

---

[397] Expediente T-995.814. Cuaderno principal, folio 210, tal como consta en la Resolución No. 384 de 2018.
[398] Ibidem, folio 211.
[399] *"PRIMERO: HOMOLOGAR en todas y cada una de sus partes la Resolución Número 384 de 12 de diciembre de 2018, proferida por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (...)"*

realice una evaluación previa, mediante la cual verifique si la reconstrucción del vínculo paternofilial garantiza el interés superior de los niños. En concreto, que el contacto entre padre e hijos no suponga un riesgo a la integridad física y mental de los niños.

Asunto adicional: La escisión del escrito de tutela presentado por el señor JMBR y la remisión tardía de uno de los expedientes

116. Ahora bien, la Sala recuerda que el expediente de tutela T-7.995.814 que fue remitido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca, inicialmente le correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Empero, mediante Auto del 3 de marzo de 2020[400], esta autoridad decidió escindir el proceso de tutela en dos y, de esta manera, *i)* avocó conocimiento únicamente respecto de lo actuado por la Fiscalía 234 seccional de la Unidad de Delitos Sexuales, la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá y, *ii)* remitió copia de la tutela a la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca, para que resolviera el proceso respecto de las demás entidades accionadas.

117. En relación con este asunto, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido de manera pacífica y reiterada, *i)* que el juez de tutela tiene el deber de resolver los asuntos que se ponen a su conocimiento, respecto *de todos* los sujetos involucrados y las pretensiones que se le propongan, siempre que sea el funcionario competente. *ii)* En caso de conflicto sobre la competencia funcional, este se resuelve a través del *fuero de atracción,* que permite que sea siempre el superior a las demás autoridades judiciales involucradas, de acuerdo con los sujetos procesales demandados, quien resuelva de una manera unívoca e integral la tutela, en caso de duda. *iii)* Esto, con el fin de garantizar los principios de oficiosidad, prevalencia del derecho sustancial, celeridad, eficacia y economía que rigen los procesos de tutela[401].

118. Conforme a lo previamente mencionado, la solicitud de amparo presentada por el señor JMBR debió haberse conocido por el juez competente, conforme a los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991.

---

[400] Expediente T-8.216.909, cuaderno principal, actuación de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, folio 5.

[401] Por ejemplo, en el Auto 361 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, esta Corporación recordó que *"[l]a acción de tutela está instituida como un mecanismo preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales. Por ello, los jueces de amparo están obligados a presentar remedios judiciales que, además de estar ajustados a la Constitución, garanticen* ***una solución completa*** *al problema jurídico analizado"*. En el Auto 270 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán, sostuvo que los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991 son los únicos que fijan los parámetros relativos a la competencia. Además, aclaró que, en los casos en los que se demanda a varias autoridades administrativas o judiciales, lo que corresponde es aplicar el fuero de atracción. Lo anterior, debido a que "*cuando la acción de tutela se promueva contra más de una autoridad y éstas sean de diferente nivel, el reparto se hará al Juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas establecidas*" en el mismo Decreto 1382 de 2000. Finalmente, en el Auto 067 de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, la Corte determinó que en virtud de la oficiosidad que subyace a los procesos de amparo, los jueces deben *"orientar el procedimiento para dar una solución a la totalidad de las pretensiones de la solicitud de tutela, como un todo inescindible"*, por lo cual, deben evitar el *"fraccionamiento de sujetos procesales, hechos vulneradores o pretensiones que, en todo caso, supone la separación del extremo pasivo de las solicitudes de amparo"*.

Aquel debió vincular a todas las entidades accionadas y con interés en el trámite de la tutela de la referencia, en aras de que ejercieran su derecho de contradicción y de defensa.

No obstante, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá no lo hizo. Como consecuencia de esta actuación, no dio una solución completa al caso y generó más de un fallo judicial por una misma causa. Así, provocó múltiples soluciones a un mismo escrito de tutela, proferidas por más de una autoridad, lo cual desconoció los principios de celeridad, oficiosidad y eficacia de la acción de tutela.

Además, esa Sala tampoco remitió el expediente en los términos debidos. Lo anterior, porque tenía la obligación de remitir el proceso de tutela a la Corte a partir del 31 de julio de 2020, una vez el Consejo Superior de la Judicatura dio el aval para que los despachos del país remitieran los expedientes de tutela que no habían sido enviados con ocasión de la propagación del COVID-19, en formato digital[402]. No obstante, remitió el expediente una vez la Magistrada Ponente se lo solicitó mediante el Auto del 8 de marzo de 2021, lo cual refleja un alto grado de desidia de parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

De esta manera, aquel despacho también entorpeció la revisión del caso por parte de esta Corporación. Esto fue así, pues mientras se surtía el proceso de selección del expediente T-8.216.909 para dar una solución de fondo al escrito de tutela presentado por el señor JMBR, la Sala Sexta de Revisión se vio en la obligación de suspender términos en dos ocasiones[403]. Por lo tanto, la protección de los derechos presuntamente vulnerados –no solo del accionante sino también de dos menores de edad–, se mantuvo en vilo debido a la negligencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

119. En consecuencia, esta Sala de Revisión compulsará copias a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bogotá, para que investigue las actuaciones realizadas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, particularmente, que haya escindido un solo proceso de tutela en dos y haya remitido el expediente un año después de haber fallado.

Síntesis de la decisión y órdenes a proferir

120. Le correspondió a la Sala Sexta de Revisión de la Corte determinar si la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos, la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos Sexuales, la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF y el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá vulneraron los derechos de defensa y a la presunción de inocencia del

---

[402] Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo PCSJA20-11594, artículo 1°.
[403] En efecto, mediante los Autos 143 y 261 de 2021, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional suspendió los términos para revisar el expediente T-7.995.814 por 2 meses y 25 días hábiles respectivamente.

señor JMBR, y a tener una familia y no ser separados de ella de sus dos hijos menores de edad.

121. Como cuestión previa, la Sala advirtió que acaeció una carencia actual de objeto por hecho sobreviniente. Lo anterior, debido a que el actor solicitó ordenar *i)* a la Fiscalía 234 seccional de la Unidad de Delitos Sexuales levantar la reserva de la solicitud que remitió a la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos. Esto, con el fin de otorgar a la señora AMBR y a sus hijos una medida de protección y; *ii)* a esta última entidad revisar el protocolo que siguió para otorgar dicha medida a su expareja e hijos. Luego, con ocasión de una decisión judicial posterior en sede de tutela, la Oficina accionada contestó, de manera fundada, si podía revisar el procedimiento que practicó, conforme a la petición remitida por la fiscalía que llevaba el caso en contra del actor. En ese orden de ideas, el accionante perdió interés en el objeto de la tutela que estudió la Sala de Revisión. Lo expuesto, al acudir ante la Fiscalía General de la Nación y a una tutela posterior para que sus pretensiones fueran resueltas.

122. Seguidamente, la Sala concluyó que la acción de tutela, respecto de la pretensión de revocar la Resolución No. 186 de 2019, por medio de la cual la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá otorgó permiso de salida a sus hijos, no cumplía con el requisito de subsidiariedad. En concreto, el señor JMBR pudo oponerse a esta decisión notificada por estado ante el juez de familia. Por ende, contaba con un mecanismo de defensa judicial para perseguir su pretensión.

123. Ahora bien, el accionante también alegaba que el fallo del Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá –mediante el cual homologó la Resolución No. 384 de 2018–, había *violado directamente la Constitución.* Por esa razón, la Sala entró a analizar de fondo si esto era así. En relación con este asunto, revisó las pruebas relacionadas con el presunto abuso sexual que sufrieron los hijos de los señores JMBR y AMBR. Como resultado, concluyó que se habían presentado hechos que habían afectado su integridad y salud mental. Sin embargo, actualmente estaban estables y felices. Por lo anterior, la Sala de Revisión concluyó que el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá no violó directamente la Constitución. Por el contrario, profirió un fallo conforme a lo establecido en el artículo 44 superior y el principio *pro infans.* Lo anterior, por cuanto verificó que la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá argumentó suficientemente la necesidad de suspender las visitas supervisadas entre el actor y sus hijos. En particular, el juzgado accionado encontró que la autoridad administrativa tuvo en cuenta los eventos que afectaron la salud física y mental de los niños. Además, uno de ellos necesitó de intervención terapéutica para superar dichos eventos traumáticos. Finalmente, los síntomas que se presentaron con ocasión del presunto abuso sexual desaparecieron progresivamente cuando los niños fueron alejados de su padre. En consecuencia, la Sala resolvió revocar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el fallo de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca y concedió el amparo del derecho al debido proceso del actor. También, resolvió

dejar sin efectos la sentencia del 12 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, mediante la cual revocó parcialmente la Resolución No. 384 de 2018 y, en su lugar, fijó visitas virtuales a favor del señor JMBR y sus hijos. Finalmente –en caso de que el accionante fuera absuelto en el proceso penal adelantado en su contra–, modificó el fallo, en el sentido de ordenar al ICBF evaluar previamente si la reconstrucción del vínculo paternofilial garantizaba el interés superior de los niños. En concreto, que el contacto entre padre e hijos no implicara un riesgo a la integridad física y mental de los menores de edad.

124. Por último, la Sala Sexta de Revisión encontró que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá *i)* escindió una única acción de tutela, conforme a las entidades accionadas. Con esto, generó más de un fallo por una misma causa y provocó múltiples soluciones a un mismo escrito de tutela. Además, *ii)* remitió el expediente de tutela a la Corte 9 meses después de lo establecido por el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11594. Por ende, la Sala de Revisión compulsó copias a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bogotá, para que investigara las actuaciones realizadas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de única instancia proferida el 12 de marzo de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en su lugar, **DECLARAR** la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente en relación con las pretensiones dirigidas contra la Fiscalía 234, seccional Bogotá, de la Unidad de Delitos Sexuales y la Oficina de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación en el expediente **T-8.216.909,** de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. Asimismo, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** dicha providencia en cuanto declaró la improcedencia del amparo en lo que respecta a la pretensión dirigida contra la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá.

Segundo.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 31 de julio de 2020 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó el fallo de primera instancia proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca y concedió el amparo del derecho al debido proceso del señor JMBR. En su lugar, **NEGAR,** por las razones expuestas en esta providencia, la protección de los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia del señor JMBR respecto del expediente **T-7.995.814.**

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 12 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, mediante la cual resolvió revocar parcialmente la Resolución No. 384 de 2018 y, en su lugar, fijó visitas virtuales a favor del señor JMBR y sus hijos.

Cuarto.- MODIFICAR la sentencia del 17 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, en el sentido de **ORDENAR** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –en caso de que el señor JMBR sea absuelto en el proceso penal con número de radicado No.110016000721201700610–, evaluar previamente si la reconstrucción del vínculo paternofilial garantiza el interés superior de los niños. En concreto, que el contacto entre padre e hijos no suponga un riesgo a la integridad física y mental de los menores de edad.

Quinto.- COMPULSAR copias de los expedientes **T-7.995.814** y **T-8.216.909** a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bogotá, para que, dentro de sus competencias, investigue las actuaciones realizadas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, particularmente, que haya escindido un solo proceso de tutela en dos y haya remitido el expediente **T-8.216.909** a la Corte Constitucional 9 meses después de lo debido.

Sexto.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General