

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **ACCIÓN DE TUTELA**
Accionante : **AMPARO DEVIA BERNAL**
Accionado : **CENTRO ZONAL REVIVIR DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**
Radicación No. : **11001-33-42-047-2020-00197-00**
Asunto : **ARTÍCULO 44 DE LA C.P, DERECHO A TENER UNA FAMILIA, DERECHO A LA EDUCACIÓN, DERECHO DE PETICIÓN, DERECHO A LA IGUALDAD Y AL DEBIDO PROCESO**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

Con fundamento en el art. 86 de la C.P., y los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000 y 1983 de 2017, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de tutela promovida por la señora **AMPARO DEVIA BERNAL**, quien actúa en calidad de madre de su hija menor de edad, Ximena Chavarrio Devia, contra el **CENTRO ZONAL REVIVIR DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, por presunta vulneración a los derechos contenidos en artículo 44 de la Constitución Política, derecho a tener una familia, derecho a la educación, derecho de petición, derecho a la igualdad y al debido proceso.

La cual se fundamenta en los siguientes:

1.1. HECHOS

1. La accionante y el señor Omar Chavarrio Álvarez son padres de la menor de 15 años de edad, Ximena Chavarrio Devia.
2. Desde hace 4 meses la menor Ximena Chavarrio Devia, ha sufrido violencia intrafamiliar por parte de su padre Omar Chavarrio Álvarez, con un grave incidente de maltrato y acoso presentado el 22 de junio de la presente anualidad, presenciado por su madre y sus otras dos menores hijas Stefany e Isabela Chavarrio Devia de 10 y 4 años respectivamente.
3. Ante tal caso de maltrato sobre la menor, la señora Amparo Devia Bernal, llamó a la Policía y presentó una queja en la Regional Zonal de Bienestar Familiar Centro Especializado REVIVIR, ubicado en el Barrio Salitre Greco en la ciudad de Bogotá.
4. El día 7 de agosto de 2020 en el Centro Zonal Especializado, se procedió darle apertura al proceso administrativo de restablecimiento de derechos bajo el número 1013103967, adelantado por la Defensora de Familia Adriana Patricia Chaparro Guzmán con el apoyo interdisciplinario de trabajadoras sociales y psicólogo, los cuales ordenaron el traslado de la menor a la calle 80, Barrio la Española con el fin de protegerla de su progenitor dándose recomendaciones sobre el cuidado de las otras dos hijas menores de edad.
5. Atendiendo a las directrices dadas por la entidad demandada la accionante se traslada de residencia a otra casa dentro del complejo residencial donde convive con el señor Omar Chavarrio Álvarez, con el fin de garantizar la custodia de sus otras dos menores hijas.
6. Actualmente la accionante paga arriendo y suscribió contrato por un año, siendo imposible trasladarse de la ciudad toda vez que sus hijas estudian en Bogotá.
7. La Defensora de Familia Adriana Patricia Chaparro Guzmán informó a la accionante que la menor sería entregada el 10 de agosto de 2020, circunstancia pospuesta hasta el 22 de agosto como consecuencia de una capacitación. Vencido el término anterior, no se le entregó la menor de edad a la accionante, pues se aduce por el ente tutelado que es ella la que ha permitido el maltrato presentado, argumento que no es de recibo para la

accionante, teniendo en cuenta que ella también ha sido víctima de violencia intrafamiliar.

8. Para la señora Amparo Devia Bernal el actuar de la funcionaria en calidad de Defensora de Familia ha sido arbitrario y violatorio de derechos fundamentales como el de educación, pues a la fecha la menor se encuentra separada de su madre y sus hermanas agravando su situación emocional, sin tener acceso a las clases virtuales en el Colegio Santiago de las Atalayas, sin derecho a visitas desde el 7 de agosto, no debiéndose por parte de la Defensora de Familiar retirar a todo el núcleo familiar de su hogar sino tomar medidas en relación al agresor, contraviniendo los pronunciamiento dentro de la T-292-04 y T-387 de 2016 pues no se debió tomar una medida tan drástica, sin tener en cuenta la estabilidad de su núcleo familiar revictimizando a la madre en calidad de denunciante.

1.3. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

La accionante sostiene que, con las medidas de protección ejecutadas dentro del trámite de restablecimiento de derechos a favor de la menor, a esta se le ha vulnerado los derechos fundamentales contenidos en el artículo 44 de la Constitución Política, derecho a tener una familia, derecho a la educación, derecho de petición, derecho a la igualdad y al debido proceso.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Como la solicitud reunió los requisitos de ley, se le dio curso a través del auto admisorio del 14 de agosto de 2020, se notificó su iniciación al DIRECTOR DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF - al CENTRO ZONAL REVIVIR, a través de la Defensora de Familia Ariana Patricia Chaparro Guzmán, para que informaran a este Despacho sobre los hechos expuestos y los derechos deprecados en la acción de tutela.

Adicionalmente se requirió al Centro Zonal Revivir para que aportara en el término del traslado los antecedentes dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos adelantado a favor de la menor Ximena Chavarrio Devia.

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

CENTRO ZONAL REVIVIR -I.C.B.F.-

Transcurrido el término de ley, la Defensora de Familia Ariana Patricia Chaparro Guzmán del Centro Zonal Revivir, informó a este Despacho sobre los trámites adelantados dentro de la petición con SIM 1761962085 a favor de la adolescente XIMENA CHAVARRÍO DEVIA de 15 años de edad, atendiendo a la denuncia realizada por su progenitora AMPARO DEVIA BERNAL en calidad de accionante dentro de las presentes diligencias a través de la línea 141 del ICBF que se registró en los siguientes términos:

“Se comunica la señora Amparo Devia Bernal identificada con C.C No. 40732933 en calidad de progenitora de Ximena Chavarrío Devia de 15 años de edad identificada con T.I No. 1015999710; manifiesta que, su hija es víctima de presunto acoso sexual, dado que, el progenitor, el señor, Omar Chavarrío Álvarez identificado con C.C No. 3131877 ingresa a la fuerza a la ducha y la saca cuando se está bañando totalmente desnuda, situación que se presenta de manera frecuente. Relata que, la señora Amparo lo ha confrontado, sin embargo, lo que recibe son palabras soeces y agresiones contra su integridad (reportado ante Comisaría de Familia). Adicionalmente, le ha mencionado al infante términos como si es que le está mostrando la vagina al vecino. Comenta que, Ximena ha usado shorts cortos frente al cual el progenitor verbaliza que el siente que se le está insinuando. Sumado a ello, el progenitor la maltrata física y psicológicamente desde el año pasado; agrega que le dice: “gonorrea, coscorria, la odio, la voy a reventar, el día de hoy la amenazó con cuchillo, le tiró un cuncho de tinto caliente en la cara”. Ante estos acontecimientos, la adolescente ha cambiado su comportamiento, ahora se muestra agresiva, temerosa de lo que sucede a su alrededor, ya no se quiere bañar, ni arreglar. Por último, refiere que sus otras dos hijas presencian lo que ocurre en el hogar, no obstante, no son maltratadas y la progenitora siempre vela por la protección de sus derechos. Brinda como datos de ubicación Carrera 88 C N° 45 A- 66 Sur, casa 81, en el barrio Las Margaritas, localidad de Kennedy, Conjunto Residencial Alameda San José Quinta Etapa, en la ciudad de Bogotá. Por lo anterior, se requiere pronta intervención del ICBF”

Con fundamento en lo anterior, la funcionaria procede a dar apertura al proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de la menor según lo normado en el artículo 3º de la Ley 1878 de 2018, haciendo las evaluaciones por parte del equipo psicosocial quienes determinaron en pro de la protección de la menor y de su integridad física remitirla a un Centro de Emergencia.

Advierte la entidad accionada, que si bien la señora Amparo Devia Bernal se ubicó en un hogar diferente al establecido por la familia, esta tomó en arriendo una casa en el mismo conjunto residencial donde habita el presunto agresor, sin tener en cuenta que uno de los compromisos adquiridos dentro del proceso de restablecimiento de derechos consistente en cambiar su lugar de residencia a la vivienda de sus padrinos de bautizo, situación que no se materializó debido a las posibles represalias que pudiera tomar el señor Omar Chavarrio Álvarez, contando con familiares únicamente en el municipio de Neiva.

En consecuencia, no es viable el reintegro de la adolescente a su entorno familiar, de otro lado, no es de competencia de la Defensora realizar el desalojo del señor Omar Chavarrio Álvarez según lo dispuesto en el Código de la Infancia y

Adolescencia y de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 1878 de 2018, que establece un término de 6 meses para resolver la situación jurídica de la menor.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Problema Jurídico

El Problema Jurídico se contrae a determinar si el Centro Especializado Revivir a través de la Defensoría de Familia adscrita al I.C.B.F, ha vulnerado los derechos contenidos en el artículo 44 de la Constitución Política, el derecho a tener una familia, derecho a la educación, derecho de petición, derecho a la igualdad y al debido proceso de la menor Ximena Chavarro Devia al ser remitida de manera preventiva a un centro de protección dentro del proceso de restablecimiento de derechos como consecuencia a la situación de violencia intrafamiliar presentada en hogar por parte de su padre Omar Chavarrio Álvarez.

4.2 La Acción de Tutela

La acción de tutela, considerada como una de las grandes innovaciones del Constituyente de 1991, con la cual se pretendió salvaguardar en una forma efectiva, eficiente y oportuna los derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo expedito que permite la protección inmediata de aquellos.

Este mecanismo, de origen netamente constitucional ha sido propuesto como un elemento procesal complementario, específico y directo cuyo objeto es la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

De esta manera el art. 86 de la C.P. lo consagró en los siguientes términos:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

La mentada disposición constitucional fue desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, en la que se dispuso además de los principios que la regían, su objeto y el procedimiento que ha de seguirse en los estrados judiciales.

Ha de advertirse que tanto en la norma constitucional como en la reglamentaria, el ejercicio de la citada acción está supeditado a la presentación ante el Juez Constitucional de una situación concreta y específica de violación o amenaza de vulneración, de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública, o en ciertos eventos definidos por la ley a sujetos particulares; además, el sujeto que invoca la protección debe carecer de otro medio de defensa judicial para proteger los derechos cuya tutela pretende, pues de existir estos la tutela es improcedente, excepto cuando se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al no ser suficientes los mecanismos ordinarios para lograr la protección reclamada.

4.2.1. La prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en el ordenamiento constitucional colombiano como expresión del principio del interés superior

La consideración de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos privilegiados de la sociedad, encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional a través de diversos instrumentos que les otorga un trato especial.

Entre los instrumentos internacionales a que se hace referencia, se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en el numeral 2 del artículo 25 establece que *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”*, y la Declaración de los Derechos del Niño que en el segundo de sus principios indica 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 condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹ dispone en el artículo 24 que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*. Así mismo, el numeral 3 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales², prevé que *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*. Y en el mismo sentido lo consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ al establecer que en el artículo 19 que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

Por su parte, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ se considera que dicho grupo poblacional **“necesita protección y cuidado especial”**.

Por ello, en el artículo 3 establece 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”*. En el artículo 3.1. dispone que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

El Constituyente de 1991 privilegió dicho tratamiento especial de los niños, las niñas y los adolescentes al elevar sus derechos a una instancia de protección superior y reconocer su particular condición de estar iniciando la vida y encontrarse en situación de indefensión, por lo que la familia, la sociedad y el Estado han de procurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución Política consagra la especial protección que debe brindar el Estado a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes en virtud de su condición de debilidad y extrema vulnerabilidad en razón de su corta edad e inexperiencia, deber de protección que también se encuentra desarrollado en los artículos 44 y 45 Superiores que establecen algunos de los derechos fundamentales de aquellos, y determina su prevalencia sobre los derechos de los demás.

¹ Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968.

² Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

³ Aprobada por la Ley 16 de 1972.

⁴ Este instrumento hace parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, integra el ordenamiento interno de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política.

El artículo 44 de la Constitución establece algunos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, identifica las personas y entidades que tienen a su cargo deberes frente a este grupo, y determina que los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre los de los demás.

El principio mencionado es desarrollado por el Código de la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 8° define el interés superior del niño, niña o adolescente como “*el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*”.

Ahora, el artículo 8 de **la Ley 1098 de 2006**, Código de la Infancia y la Adolescencia, define el interés superior del niño, la niña o el adolescente como “*el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*”, mientras que el artículo 9 subraya dicha prevalencia al disponer que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. 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.

En efecto, siempre se habrá de privilegiar el interés de dicho grupo poblacional, lo que significa que todas las medidas que les conciernen, “*deben atender a este sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que los menores de edad reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembros de la sociedad*”⁵.

En esta lógica de preservación y protección del interés prevalente de los niños, las niñas y los adolescentes, la Corte ha resaltado “*el trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los menores de edad. Es así como esta Corporación ha fijado unas reglas destinadas a asegurar que en el marco de procesos judiciales, las autoridades competentes propendan por la salvaguarda del bienestar de dichos sujetos*”⁶.

Para efectos de analizar cómo opera dicho interés superior, en Sentencia T-510 de 2003 la Sala de Revisión fijó unos estándares de satisfacción de este principio y los

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-767 de 2013.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2013.

clasificó como fácticos y jurídicos. Los primeros exigen que se analicen íntegramente las circunstancias específicas del caso, mientras que los segundos se refieren “a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”⁷, especialmente debido al riesgo que pueda generar la discrecionalidad que se requiere para hacer este tipo de valoraciones.

Según la sentencia referida, son criterios jurídicos para determinar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes: (i) la garantía del desarrollo integral del menor de edad; (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares de tal forma que si se altera dicho equilibrio debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; (vi) la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares; y (vii) la evasión de cambios desfavorables en las condiciones de los niños involucrados⁸.

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

4.2.2 El derecho de los menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella

De acuerdo con la normativa constitucional, el Estado debe amparar la familia como institución básica de la sociedad (art. 5), como derecho de todas las personas (art. 42), y como derecho fundamental de los niños a no ser separados de ella (art. 44).

Por su parte, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 indica 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. 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*”.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

⁸ Esta regla fue formulada en las Sentencias de la Corte Constitucional T-397 de 2004 y T-572 de 2010.

Al respecto, la Corte Constitucional ha protegido en reiteradas ocasiones, por vía de control concreto de constitucionalidad, el derecho de los menores de edad a la familia y la consecuente prohibición de ser 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 niños, lo que posibilita su estabilidad y facilita la confianza en sí mismos, la seguridad y los sentimientos de auto valoración*”⁹

Sin embargo, también ha establecido que esa protección no es absoluta, puesto que el derecho de los niños, niñas y adolescentes 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***”¹⁰. (negrilla fuera de texto).

En efecto, en sentencia T-510 de 2003 la Corte Constitucional detalló las pautas para la determinación en este sentido, así:

“3.2.4. Sobre el particular, la Sala enfatiza que al momento de establecer la idoneidad de un determinado grupo familiar, se han de tener en cuenta distintos tipos de circunstancias y razones que, dependiendo de su relevancia para el bienestar del menor individualmente considerado, serán más o menos determinantes de la decisión a tomar.

3.2.4.1. Así, en primer lugar, existen hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, dada su gravedad; tal es el caso de (a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños: “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

3.2.4.2. En segundo lugar, existen circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones. En esta segunda categoría se incluyen todos 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.

3.2.4.3. Por último, existen circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentado ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2016.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-997 de 2004.

ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño. Estas reglas son especialmente pertinentes para la resolución del caso bajo estudio”

4.2.3 El procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos

De conformidad con el artículo 44 de la Constitución, 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.

En el mismo sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que la familia tiene la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes y, además, el deber de asegurar a los niños su continuidad y permanencia en el ciclo educativo.

Adicionalmente, el artículo 41 de la misma normativa asigna al Estado distintos deberes, dentro de los cuales se encuentra el de asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que hayan sido vulnerados. En esa medida, el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos es el mecanismo que prevé la ley para asegurar a los niños, niñas y adolescentes sus garantías fundamentales.

32. En particular, el artículo 50 del Código de la Infancia y la Adolescencia indica que **“se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”**.¹¹ Además, el artículo 52 de la misma normativa establece que el restablecimiento de los derechos es responsabilidad del Estado, a través de las autoridades públicas, las cuales tienen la obligación de adelantar el trámite respecto de los menores de edad que se encuentran en **condiciones de riesgo o vulnerabilidad, para que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales**.

El ejercicio de aquella obligación estatal implica que, de manera inmediata, la autoridad competente compruebe el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y verifique¹²:

- El estado de salud física y psicológica.
- El estado de nutrición y vacunación.

¹¹ Ver sentencia Corte Constitucional T-044 de 2014 y T-075 de 2013.

¹² Artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

- *La inscripción en el Registro Civil de Nacimiento.*
- *La ubicación de la familia de origen.*
- *El entorno familiar y la identificación, tanto de elementos protectores, como de riesgo para la vigencia de los derechos.*
- *La vinculación al sistema de salud y seguridad social.*
- *La vinculación al sistema educativo.*

Con fundamento en los medios de prueba obtenidos en la etapa de verificación de derechos, las autoridades administrativas referidas pueden adoptar alguna de las medidas de restablecimiento previstas en el artículo 53 del código en cita:

1. *Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.*
2. *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.*
3. *Ubicación inmediata en medio familiar.*
4. *Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.*
5. *La adopción.*
6. *Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.*
7. *Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.*

Estas medidas por regla general son de carácter transitorio, pues deben ser modificadas o suspendidas en caso de que se alteren las circunstancias que les dieron lugar, artículo 103 del Código de la infancia y la adolescencia:

La autoridad administrativa que haya adoptado las medidas de protección previstas en este Código podrá modificarlas o suspenderlas cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas. La resolución que así lo disponga se notificará en la forma prevista en el inciso 3o del artículo anterior y estará sometida a la impugnación y al control judicial establecidos para la que impone las medidas.

Este artículo no se aplicará cuando se haya homologado por el juez la declaratoria de adoptabilidad o decretado la adopción.

En ese orden, las medidas de restablecimiento deben estar justificadas de manera explícita, y además deben ser razonables y proporcionadas. 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) para prevenir, garantizar y restablecer los derechos.

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 establecido que estas medidas deben:

“(i) ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos; (ii) deben además responder a una lógica de graduación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; (iii) por tanto, deben sujetarse al principio de proporcionalidad; (iv) se deben adoptar por un término razonable; (v) cuando impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar; (vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño; (vii); no pueden basarse únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia; y (viii) en ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño¹³.

En conclusión, cuando las autoridades administrativas decretan una medida de restablecimiento de derechos a favor de un menor de edad, 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, 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. Lo contrario podría conllevar, de manera paradójica, a la negación de los derechos que el Estado pretende proteger y a la admisión de la arbitrariedad como regla, en contra del derecho fundamental al debido proceso administrativo.

4.2.4 Debido proceso administrativo

El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, regulado en el Artículo 29 Superior, aplicable a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, en procura de que los habitantes del territorio nacional puedan acceder a mecanismos justos, que permitan cumplir con los fines esenciales del Estado.

Este derecho fundamental, para quienes tengan a su cargo el desarrollo de un proceso judicial o administrativo, implica la obligación de mantenerse al tanto de las modificaciones al marco jurídico que regula sus funciones, pues de lo contrario, su conducta puede acarrear la ejecución de actividades que no les han sido asignadas o su ejecución conforme con un proceso no determinado legalmente.

Frente a este particular, resulta adecuado referir lo señalado en el artículo 6º Superior, en cuanto dispone que todo servidor público responde por infringir la

¹³ Sentencia T- 276 de 2012; M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Constitución y la ley y por la "omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones", en concordancia con el ejecutar Artículo 121 del mismo texto, en el que se determina que aquellos pueden ejercer únicamente las funciones que se determinen en la Constitución y en la ley.

En tal virtud, el principio de legalidad es una restricción al ejercicio del poder público, en atención a la cual "las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos."¹⁴

Por otro lado, desde la perspectiva de los ciudadanos inmersos en una actuación administrativa o judicial, el debido proceso constituye una garantía para el acceso a la administración de justicia, de tal forma que puedan conocer las decisiones que los afecten e intervenir, en términos de igualdad y transparencia, para procurar la protección de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, el debido proceso se concibe como un escudo protector frente a una posible actuación abusiva de las autoridades, cuando estas se desvíen, de manera injusta, de la regulación jurídica vigente.¹⁵

La Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso comprende:

- "a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo.*
- b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley.*
- c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.*
- d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables.*
- e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo.*
- f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas."*¹⁶

¹⁴ Sentencia C-980 de 2010.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Sentencia C-980 de 2010.

En lo concerniente **al debido proceso administrativo**, debe señalarse que se encuentra regulado en el artículo 29 de la Constitución Política, en el cual se determina la aplicación del debido proceso en “*toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”; así como en el artículo 209 del mismo texto y en el numeral 1° del artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, normas en las que se regula como un principio fundamental de la función administrativa.

Frente a este particular, en la Sentencia C-980 de 2010, la Corte señaló que el debido proceso administrativo ha sido definido jurisprudencialmente como:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”¹⁷. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”¹⁸.

En la misma providencia, se determinó que las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo con la jurisprudencia sentada, son las siguientes:

“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”

Para las autoridades, el debido proceso administrativo implica una limitación al ejercicio de sus funciones, puesto que, en todo proceso desde su inicio hasta su fin, deben obedecer de manera restrictiva a los parámetros procedimentales determinados en el marco jurídico vigente. Con lo anterior se pretende eliminar todo criterio subjetivo que pueda permear el desarrollo de los procesos administrativos y, a su vez, evitar la conducta de omisión, negligencia o descuido en que puedan incurrir los funcionarios relacionados en el proceso.

En suma, esta garantía procesal consiste primero, en la posibilidad de que el particular involucrado en un procedimiento o proceso adelantado por la administración, **pueda ser escuchado y debatir la posición de la entidad correspondiente; segundo, presentar pruebas, solicitar la práctica de las que se considere oportuno y, de ser pertinente, participar en su producción; tercero,**

¹⁷ Sentencia T-796 de 2006.

¹⁸ *Ibidem*.

controvertir, por medio de argumentos y pruebas, aquellas que contra él se alleguen; cuarto, la posibilidad de interponer los recursos de ley y, quinto, la potestad de ejercer los medios de control previstos por el legislador.¹⁹

Uno de los requisitos para poder acceder a esta garantía procesal es tener conocimiento de la actuación surtida por la administración, en razón de ello, el principio de publicidad y, el procedimiento de notificación que de él se desprende, constituye un presupuesto para su ejercicio.

4.3. HECHOS PROBADOS

Para determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos de la accionante, el Despacho valorará las pruebas documentales relevantes que fueron debidamente aportadas al expediente, como son:

- Formato de apertura de investigación, proceso de protección, historia de atención 1013103957 de 7 de agosto de 2020, por medio del cual se apertura la investigación administrativa de restablecimiento de derechos a la menor Ximena Chavarrio Devia, *"a quién se le han vulnerado o amenazado, sus derechos a la calidad de vida y a un ambiente sano, a la integridad, etc, consagrados en los artículos 7,18 y 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia"*.
- Notificación personal del 7 de agosto de 2020, por medio del cual la Defensora de Familia Ariana Patricia Chaparro Guzmán notifica el auto de apertura de la Investigación del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor de la menor.
- Formato de valoración Socio Familiar efectuado el 07 de agosto de 2020, realizada por video llamada desde el centro especializado Revivir, realizado por la trabajadora social Nidia Johanna Alvarado Rocha, encontrando factores de riesgo, enmarcados en situaciones de afectación psicosocial, causadas por una dinámica familiar no favorable en el bienestar integral y calidad de vida de la adolescente.
- Formato informe de valoración psicológica de verificación de derechos, Número de petición: 1761962085- XCD, realizado por el profesional Daniel Andrés Ruiz, Psicólogo, egresado de la Universidad Católica Luis Amigo de Colombia, en Bogotá año 2016. Tarjeta Profesional Colegio Colombiano de Psicólogos 170510, quien recomienda, movilización a centro de emergencia hasta tanto la progenitora se ubique en una nueva residencia donde garantice cubrimiento de necesidades básicas y protección integral.

¹⁹ C-034 de 2014.

- Comunicación de la Coordinadora, Centro de Emergencia Tavid, al correo electrónico de la accionante donde se informa que actualmente no se puede contar con visitas presenciales en el Centro de Emergencia, teniendo contacto a través de los números 3837510 y al correo electrónico fundaciontavid@gmail.com.
- Constancia de radicación telefónica CZ Revivir, a través de la cual se toma la petición de la accionante en calidad de progenitora de Ximena Chavarrio Devia bajo el N° 1761962085, del 6 de agosto de 2020.
- Correos electrónicos dirigidos por la accionante al Despacho donde se informa que no le ha sido posible ver a la menor.

4.4. CASO CONCRETO

La señora **AMPARO DEVIA BERNAL** en calidad de madre de la menor Ximena Chavarrio Devia considera vulnerados los derechos de su hija contenidos en el artículo 44 de la Constitución Política, derecho a tener una familia, derecho a la educación, derecho de petición, derecho a la igualdad y al debido proceso por parte de la Defensora de Familia Ariana Patricia Chaparro Guzmán, adscrita al Centro Especializado Revivir de la Regional Bogotá del I.C.B.F, quien ordenó de forma arbitraria como medida de restablecimiento de Derechos de las consagradas en el artículo 53 del Código de Infancia y Adolescencia del numeral 4°, el traslado de la menor a un centro de emergencia.

Ahora bien, de las pruebas documentales aportadas al expediente se tiene que la señora AMPARO DEVIA BERNAL, es madre de las menores Estefany e Isabella de 10 y 4 años de edad respectivamente y de la menor Ximena Chavarrio Devia, de profesión modista, actualmente con lugar de residencia en la carrera 88 C N° 45 A 66 sur, en unión libre con el señor Omar Chavarrio Álvarez padre de sus hijas.

El día 20 de junio de 2020 a través de la línea telefónica institucional dispuesta por el I.C.B.F, la accionante presenta informe de violencia intrafamiliar por parte del señor Omar Chavarrio contra su hija mayo Ximena Chavarrio Devia, en el que resalta violencia, agresión física, verbal y acoso sobre la menor.

Dicho trámite, fue trasladado por competencia a la Defensora de Familia Adscrita al Centro Especializado Revivir, Ariana Patricia Chaparro Guzmán quien en virtud de las facultades legales establecidas en la ley 1098 de 2006, en concordancia con las normas de infancia y adolescencia procede a iniciar proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de la adolescente mediante auto del 07 de agosto de 2020 ordenando según el artículo 1° de la ley 1878 de 2018, Código de

Infancia y Adolescencia, practicar valoración socio familiar inicial, valoración profesional en el área de nutrición y psicología.

De las anteriores valoraciones se encuentra acreditado en el expediente entrevista familiar y observación, realizada al núcleo familiar de la menor con el fin de analizar redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de derechos de la adolescente extrayéndose de las entrevistas efectuadas a los padres de la joven enfrentamientos recurrentes de las partes, separados hace más de 3 años, con antecedentes de 1 año de violencia intrafamiliar de tipo física, verbal y psicológica, tornándose en una convivencia de familia disfuncional, con enlaces de una red familiar no continúa con la mayoría de parientes y familia en la ciudad de Neiva.

Como factores de vulneración o riesgo para la menor, se encuentran actos de acoso sexual manifestados por su progenitor, reportes actos de violencia intrafamiliar (maltratos físicos, psicológicos y verbales) con manifestaciones de humillaciones y amenazas, y consecuencias de afectación emocional expresadas en agresividad y temor.

Es así como la trabajadora social Nidia Johanna Alvarado Rocha, conceptúa haciendo un análisis profesional de la situación socio familiar de la menor que ***“se encuentran factores de riesgo, enmarcados en situaciones de afectación psicosocial, causadas por una dinámica familiar no favorable en el bienestar integral y calidad de vida de la adolescente, con procesos de atención ya expuestos en compromisos ante entidades administrativas como fiscalía y comisaría de familia, que no son fueron cumplidas por las partes y siguen siendo promotoras de violencia y amenaza interrumpiendo el goce pleno de la estabilidad y tranquilidad que debe proveer un hogar”***.

Ahora bien, el profesional Daniel Andrés Ruiz, Psicólogo, egresado de la Universidad Católica Luis Amigo de Colombia, realizó una valoración psicológica a la menor con el objetivo de estudiar sus áreas de desarrollo (emocional/afectiva, cognitiva/adaptativa, lenguaje y sensorio/motriz), salud mental e identificación, tanto de elementos protectores como de riesgo para la garantía de sus derechos.

Dentro de los aspectos analizados se realizó un examen mental directo a Ximena Chavarrio Devia para establecer su estado mental, las manifestaciones comportamentales, afectivas y cognitivas como efectos y características del problema y como expresiones de la personalidad, se cuestiona también a la señora Amparo Devia en calidad de garante, **concluyéndose por el especialista que es necesaria la medida de protección a un centro de protección, además de la suscripción de un compromiso con la accionante para el abandono de su residencia**

actual, para de esta manera evitar el contacto directo con el progenitor, condicionándose el reintegro de la adolescente a su núcleo familiar solamente si se garantiza cubrimiento de necesidades básicas y protección integral.

De las pruebas documentales obrantes en la acción tutelar, este Despacho advierte que la entidad accionada dio estricto cumplimiento al artículo 52 de la ley 1098 de 2006²⁰, observando los criterios jurídicos trazados por la Corte Constitucional para determinar el interés superior de la adolescente, estudiándose frente al caso particular (i) la garantía del desarrollo integral de la menor, (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, (iii) la protección frente a riesgos prohibidos, (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares cuya alteración se encuentra sustentada en el cuidado integral y protección de la fuente directa de riesgo que en este caso es el señor Omar Chavarrio Álvarez, (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo, (vi) justificándose en todo momento con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares.

Así entonces, del informe defensivo y los argumentos deprecados por la señora Amparo Devia Bernal es imperioso concluir que la decisión tomada por la Defensora de Familia adscrita al Centro Especializado Revivir de la Regional Bogotá, carece de arbitrariedad o capricho, no atenta contra los derechos fundamentales de Ximena Chavarrio Devia, porque existe un peligro latente para ella dentro de su núcleo familiar.

Adicionalmente, la accionante no cumple con los acuerdos de traslado de vivienda con el fin de impedir el contacto de su hija con su padre, pues, si bien refiere haber tomado en arriendo un apartamento, este lo alquila dentro del mismo conjunto residencial del progenitor, no siendo de recibo los argumentos para incumplir con el acuerdo como la falta de recursos económicos o que tomó el alquiler por un año, toda vez, que como bien se precisó, los derechos de los niños prevalecen por encima de los derechos de los demás, pues son sujetos de especial protección por el Estado, imponiéndose dicha carga sobre las entidades competentes que velan por un interés superior.

²⁰ “En todos los casos, la autoridad competente deberá, de manera inmediata, verificar el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, consagrados en el Título I del Libro I del presente código. Se deberá verificar: 1. El Estado de salud física y psicológica. 2. Estado de nutrición y vacunación. 3. La inscripción en el registro civil de nacimiento. 4. La ubicación de la familia de origen. 5. El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos. 6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social”.

En consecuencia, existen riesgos ciertos para la vida, integridad física y salud de la adolescente Ximena Chavarrio Devia, con antecedentes de abuso físico, sexual y psicológico en la familia imponiéndose por la entidad competente I.C.B.F a dar cumplimiento al artículo 44 superior a través de los mecanismos creados por la ley.

No debe perderse de vista, que este proceso de restablecimiento de derechos y las medidas preventivas tomadas, se encuentran condicionadas a la restauración de la dignidad, integridad y capacidad de ejercicio de los derechos vulnerados a la menor, por tanto, al cumplirse con los acuerdos pactados con la Defensoría de Familia esta entidad debe procurar la unidad familiar entre su madre y hermanas.

De otro lado, no es posible acceder a la pretensión de desalojo requerida por la tutelante en relación con el señor Omar Chavarrio Álvarez, dentro de este proceso administrativo, en razón, a que los Defensores de Familia tienen como funciones la prevención, protección, garantía y restablecimiento de los derechos de forma **exclusiva sobre los niños, niñas y los adolescentes**, no encontrándose dentro de las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la ley de infancia y adolescencia ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima.

Dicha facultad fue otorgada por el legislador al Comisario de Familia y al Juez de conocimiento, siendo procedente cuando un miembro del núcleo familiar ha sido víctima de violencia o maltrato, emitiéndose en tal caso providencia motivada ordenándose al agresor el desalojo de la casa de la víctima una vez probada que su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros del núcleo familiar²¹; a su vez, conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 294 de 1996 modificado por el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, **quien está siendo víctima podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente.**

En este punto es importante hacer referencia a las Comisarías de Familia, definidas en la ley 1098 de 2006 como entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema

²¹ Ver ley 294 de 1996 artículo 5º modificado por el artículo 2o. de la Ley 575 de 2000, además, con la Ley 1257 de 2008 se orientó la violencia intrafamiliar desde la perspectiva de género, creando una serie de normas orientadas a proteger a todas aquellas mujeres víctimas de violencia y estableciendo medidas de protección adicionales a las establecidas en las leyes arriba mencionadas. Sumado a esto, el Decreto 4799 de 2011 reglamentó las precitadas normas e incluso dictó directrices que permitiesen a las Comisarías de Familia enmarcar sus funciones jurisdiccionales en el ámbito de la violencia intrafamiliar.

Nacional de Bienestar Familiar, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley (Art. 83). Enlistando dentro sus principales funciones las siguientes:

“Art. 86. “FUNCIONES DEL COMISARIO DE FAMILIA. Corresponde al comisario de familia:

1. Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.

2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos (...)

4. Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar. (...)

8. Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito

Lo anterior permite colegir que la competencia asignada a estas entidades está circunscrita, en primer término, a **“situaciones de violencia intrafamiliar”**; mientras que la definición consagrada en el artículo 79 del referido código junto con las funciones otorgadas a las Defensorías de Familia, relativas a la prevención, garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, no están circunscritas a esas específicas situaciones de violencia familiar.

En efecto, el Decreto 4840 de 2007, en su artículo 7, prevé el criterio diferenciador de competencias entre estas entidades así:

“ARTÍCULO 7o. COMPETENCIAS DEL DEFENSOR DE FAMILIA Y DEL COMISARIO DE FAMILIA. *Cuando en un mismo municipio concurren Defensorías de Familia y Comisarías de Familia, el criterio diferenciador de competencias para los efectos de restablecimiento de derechos, se regirá por lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, así:*

*El **Defensor de Familia** se encargará de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en las circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración de derechos **diferentes** de los suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar.*

*El **Comisario de Familia** se encargará de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, en las **circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar.** Para ello aplicará las medidas de protección contenidas en la Ley 575 del 2000 que modificó la Ley 294 de 1996, las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006 y, como consecuencia de ellas, promoverá las conciliaciones a que haya lugar en relación con la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas”. (Negrillas y sublíneas fuera de texto).*

En este aspecto, es importante hacer referencia al pronunciamiento proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ocasión de un

conflicto de competencias administrativas suscitadas entre una Comisaría de Familia y la Defensoría de Familia y, lo que la ley define por violencia intrafamiliar, en el que discurrió²²:

*“Como puede apreciarse, el artículo 7 del decreto 4840 en cita, estableció de manera expresa el criterio diferenciador de competencias entre las instituciones en comento, por el cual **en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos en el contexto de violencia intrafamiliar, es la Comisaría de Familia la encargada de prevenir, garantizar y restablecer tales derechos adoptando las medidas de prevención y restablecimiento pertinentes; Mientras que la intervención de la Defensoría de Familia no se relaciona con la amenaza o vulneración de los derechos dentro de circunstancias de violencia intrafamiliar.** (Destacado por el despacho).*

Ahora bien, el código de la Infancia y la Adolescencia no contiene la definición de la violencia intrafamiliar. De manera que en aplicación de la regla de interpretación de las leyes, según la cual cuando el legislador ha definido las palabras para ciertas materias, ése será su significado, la Sala se remite a la definición consagrada en el artículo 4º de la ley 294 de 1996, modificado por el artículo 1º de la ley 575 de 2000 y el artículo 16 de la ley 1257 de 2008, conforme al cual:

“ARTICULO 4o. Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente.”

Lo anterior, permite a este Despacho inferir que la competencia para conocer de la denuncia instaurada por la madre de la adolescente, teniendo el presupuesto de violencia intrafamiliar, recae en el ámbito de competencia en la Comisaría de Familia, institución que como quedó reseñado anteriormente, cuenta con amplias potestades de amparo frente a la hija adolescente de la accionante.

En este orden y, como quiera que la Defensora de Familia, adquiere una competencia a prevención, habida cuenta que es la primera autoridad que tuvo conocimiento del asunto, quien deberá adelantar el diligenciamiento conforme al procedimiento y términos determinados en la ley, este Despacho dispondrá el traslado de la presente acción de tutela contenido en el expediente digital a la Comisaría de Familia de la Localidad de Kennedy, para que de considerar que este asunto se encuentra enmarcado dentro de su órbita de competencia, asuma su conocimiento. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 99 de la Ley 1878 de 2018²³.

²² Definición de competencias administrativas, del 7 de julio de 2011, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, Radicado 11001-03-06-000-2011-00031-00(C) Actor: Comisaria De Octava De Familia De Bogotá Kennedy 1 Demandado: Defensoria De Familia - Centro Zonal Kennedy

²³ **PARÁGRAFO 3.** En caso de conflicto de competencia entre autoridades administrativas, el proceso de restablecimiento de derechos deberá ser tramitado a prevención por la primera autoridad que tuvo conocimiento del asunto, hasta tanto el juez de familia resuelva el conflicto.

El juez de familia tendrá un término de quince (15) días para resolver el conflicto de competencia que se presente y en caso de no hacerlo incurrirá en causal de mala conducta.

Como quiera que la Defensora de Familia continúa con la competencia a prevención, mientras la entidad Distrital -Comisaría de Familia- se pronuncia, se impone a la instancia hacer las siguientes precisiones:

En cuanto al derecho de educación de la menor, en las presentes diligencias se encuentra demostrado que Ximena Chavarrio Devia cursa décimo año en el Colegio Distrital, Santiago de las Atalayas (IED), sin que a través del informe presentado por la Defensora de Familia del I.C.B.F en esta acción de tutela, se pueda advertir la satisfacción integral y continua frente al derecho fundamental a la Educación de la menor; igualmente, en cuanto a las visitas reguladas por el Centro de Emergencia Tavid, Fundación de Esperanza de Amaly, Centro de Emergencia en el cual actualmente reside la adolescente, se evidencia que con motivo a la crisis económica, social y de salud pública derivada por el COVID-19 se han restringido las visitas como medida de bioseguridad, no obstante, se deberá garantizar teniendo en cuenta los protocolos de salud pública, el derecho constitucional a la unidad familiar de la adolescente, permitiendo el contacto físico con su madre, en pro de cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares, ya que en ningún momento los encuentros virtuales pueden reemplazar las visitas presenciales, efectuando de forma permanente hasta el restablecimiento de los derechos de la menor y mínimo una vez por semana el acceso a las visitas por parte de la señora Amparo Devia Bernal.

En consecuencia, este Despacho ordenará al I.C.B.F a través **de la Defensora de Familia Ariana Patricia Chaparro Guzmán**, que dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas siguientes** a la notificación de esta providencia, i) *disponga de los elementos necesarios, como computador, internet, conectividad, material académico entre otros, para el acceso libre y permanente dentro del proceso académico programado en el Colegio Santiago de las Atalayas (IED) a favor de la menor Ximena Chavarrio Devia en calidad de estudiante de décimo grado*, ii) *garantizar visitas presenciales mínimo una (1) vez por semana por parte de la señora Amparo Devia Bernal en calidad de madre de la aquí agenciada, siguiendo un adecuado protocolo de bioseguridad que garantice de forma integral su derecho fundamental a la unión familiar.*

En atención a la solicitud de amparo frente al derecho fundamental de igualdad, petición y debido proceso, este Despacho advierte que con la demanda de tutela no se acompañó prueba, ni siquiera sumaria que permita presumir la vulneración de estos derechos, por lo que habrá que denegarse su tutela.

En caso de declararse falta de competencia respecto de quien venía conociendo a prevención, lo actuado conservará plena validez, incluso la resolución que decida de fondo el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONCEDER PARCIALMENTE la tutela por la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 44 de la Constitución Política, a tener una familia y no ser separada de ella y, a la educación, presentada por la accionante, señora Amparo Devia Bernal y a favor de la adolescente Ximena Chavarrio Devia identificada con T.I 1015999710 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR al **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -I.C.B.F-** a través de la **Defensora de Familia Ariana Patricia Chaparro**, adscrita al Centro Zonal Especializado Revivir, que dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas siguientes**, a la notificación de esta providencia, **i)** disponga de los elementos necesarios, como computador, internet, conectividad, material académico entre otros, para el acceso libre y permanente dentro del proceso académico programado en el Colegio Santiago de las Atalayas (IED) a favor de la menor Ximena Chavarrio Devia en calidad de estudiante de décimo grado en dicho centro educativo, **ii)** garantizar visitas presenciales mínimo, una (1) vez por semana por parte de la señora Amparo Devia Bernal en calidad de madre de la adolescente, siguiendo un adecuado protocolo de bioseguridad como medida preventiva de contagio por COVID-19 que garantice de forma integral su derecho fundamental a la unión familiar.

TERCERO: Por Secretaría **dese traslado de la acción de tutela contenido en el expediente digital a la Comisaría de Familia de la Localidad de Kennedy**, para que de considerar que este asunto se encuentra enmarcado dentro de su órbita de competencia, asuma su conocimiento. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 99 de la Ley 1878 de 2018, conforme se advirió en la parte motiva.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a la señora Amparo Devia Bernal en calidad de accionante, a la entidad accionada y al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuere impugnada la presente decisión judicial, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

**LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 47 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e27e1d2819c313c4159f1fe37e4909086522c8ef5bb42c1f3ebd930aa85c3eb6

Documento generado en 27/08/2020 11:15:24 p.m.