

TEMA: DEBIDO PROCESO - El mismo constituye una garantía que impone la obligación de resolver situaciones jurídicas mediante decisiones razonadas, previniendo desvíos, arbitrariedades o abusos./ **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS** - Debe agotarse bajo los lineamientos de la autoridad en la materia, no se puede recurrir a la acción tutelar para imponer al fallador una determinada interpretación de las normas procesales aplicables al asunto sometido a su estudio o una específica valoración probatoria, a efectos de que su raciocinio coincida con el de las partes.

HECHOS: En la tutela la accionante solicitó tutelar los derechos fundamentales de accionante, así como los derechos fundamentales de la hija menor, que se Revoquen las medidas de protección que actualmente van en detrimento de los derechos de la madre y de su hija y, entre otras cosas, que se disponga el reencuentro inmediato entre la madre y su hija, excluyendo la injerencia de la familia paterna y reestablecer el vínculo materno filial, contando con el respaldo de un equipo multidisciplinario capacitado. El a quo negó el amparo solicitado tras considerar que a través de la Resolución 34 del 13 de abril de 2.023 se declaró la vulneración los derechos de la menor. La actora impugnó señalando que desde 2.017 fue separada ilegalmente de su hija, y que los mecanismos judiciales ordinarios para la protección de sus derechos no están resultando idóneos ni eficaces, y en cuanto a la solicitud de restitución internacional, fue declarada improcedente por el ICBF. De allí que el problema jurídico se centre en determinar si el procedimiento de restablecimiento de derechos realizado a la menor, vulnera el debido proceso o si por el contrario la tutela es improcedente para acatar lo deprecado.

TESIS : En relación al debido proceso, está salvaguardado en el artículo 29 de la Carta Política, y se debe respetar en todo tipo de actuaciones judiciales y/o administrativas, el mismo constituye una garantía que impone la obligación de resolver situaciones jurídicas mediante decisiones razonadas, previniendo desvíos, arbitrariedades o abusos. La igualdad (art. 13 ídem), vista al interior del procedimiento, hace referencia a "... la homogeneidad en las herramientas de persuasión que tienen las partes para convencer de sus pretensiones al tercero llamado a resolver su controversia.". (Corte Constitucional, sentencia C-345-19). (...) En cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, están consagrados en el artículo 44 Constitucional, así como en los múltiples instrumentos internacionales ratificados por Colombia⁷; por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2.006) aplica a los menores nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio Nacional (art. 4), siempre prevaleciendo su interés superior (arts. 8 y 9), protegiéndoseles, entre otras, del abandono físico y emocional, explotación de cualquier índole, secuestro, torturas o desplazamiento (art. 20). Todo esto a cargo de la familia, la sociedad y el Estado (art. 43), reconociéndose su relevancia Constitucional. Por su puesto, también se garantiza el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, este comprende tener y crecer en su seno, ser acogidos y no expulsados (art. 22) El proceso (el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos) puede ser judicial o administrativo, este último adelantado por los Defensores de Familia del ICBF o los Comisarios de Familia (arts. 79 y 96 Ley 1098 de 2.006), y si estos determinan la existencia de una situación irregular, han de tomarse medidas de restablecimiento, y si bien procede el recurso de reposición, en últimas lo decidido requiere del trámite de homologación ante el Juez de Familia, tal como deriva del artículo 100 ídem y el artículo 21.18 procesal civil. (...)De lo expuesto se tienen dos conclusiones, una, el que las reclamaciones vía tutela se presentan son infundadas, pues se

dirigena cuestionar un proveído ajustado a derecho; y dos, de lo subrayado se tiene que el trámite administrativo no ha terminado, lo cual se corrobora en el artículo 103 de la Ley 1098 de 2.006, donde se precisa que una vez declarada la vulneración de derechos, la autoridad administrativa hará seguimiento por un término que no exceda seis (6) meses, tiempo en el que determinará si procede el cierre del proceso(...) lo decidido dentro del PARD no puede entenderse como una afectación al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, recuérdese que esta prerrogativa no es absoluta, sin que lo argüido por la accionante sobre su actual situación económica, o el resultado desfavorable frente a la solicitud de restitución internacional sea razones para acceder a sus pedidos, se itera, el trámite está en curso y debe agotarse bajo los lineamientos de la autoridad en la materia, quien ha evidenciado situaciones a la fecha implican que la niña no resida con sus progenitores o su tía, estando claro que: "... no se puede recurrir a la acción tutelar para imponer al fallador una determinada interpretación de las normas procesales aplicables al asunto sometido a su estudio o una específica valoración probatoria, a efectos de que su raciocinio coincida con el de las partes ... ". STC12482-2023.

MP. JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

FECHA: 06/12/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE TUTELA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, seis (6) de diciembre de dos mil veintitrés (2.023)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
TUTELA: 05001 31 03 018 2023 00334 02

Accionante: ISABEL ANTONIETA RINALDO ANDAZORA, en nombre propio y en representación de su menor hija.
Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF).
Extracto: No se advierte la vulneración de los derechos reclamados, además que las actuaciones de las autoridades accionadas y vinculadas, se avienen al debido proceso, donde en todo caso al interior del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), se han atendido los intereses superiores de la menor. Confirma.

ASUNTO A TRATAR

Resuelve el Tribunal la impugnación interpuesta por la parte actora, contra la sentencia calendada el siete (7) de noviembre de dos mil veintitrés (2.023), proferida por el JUZGADO DIECIOCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD de Medellín

ANTECEDENTES

ISABEL ANTONIETA RINALDO ANDAZORA presentó acción de tutela en nombre propio y en representación de su hija KAL¹, con las siguientes pretensiones:

¹ Para el efecto véase folio 630 principal, aunque en las diligencias realizadas ante el ICBF también se le ha nombrado como KAR, tal como se observa a folio 897 ídem.

- “1. Solicito respetuosamente que este Honorable Juzgado Constitucional TUTELAR los derechos fundamentales de la señora Isabel Antonieta Rinaldo Andazora, así como los derechos fundamentales de la menor KAR.*
- “2. Solicito respetuosamente que se REVOQUEN las medidas de protección que actualmente van en detrimento de los derechos de la madre y de su hija.*
- “3. Respetuosamente solicito que se disponga el REENCUENTRO INMEDIATO entre la madre y su hija, excluyendo la injerencia de la familia paterna y REESTABLECER EL VÍNCULO MATERNO FILIAL, contando con el respaldo de un equipo multidisciplinario capacitado.*
- “4. Solicito respetuosamente que se ORDENE EL TRASLADO INMEDIATO al país de Venezuela de la menor KAR, junto a su madre, en estricto cumplimiento de las decisiones emitidas por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en su Sala Constitucional, en sentencia del 14 de mayo de 2019.*
- “5. Solicito respetuosamente que se ORDENE A Migración Colombia otorgar un salvoconducto que permita la salida del país de la menor KAR y de su madre, la señora Isabel Rinaldo.*
- “6. Solicito respetuosamente que se ORDENE AL Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) disponer de un procedimiento legal y constitucional que facilite el reencuentro efectivo entre la señora Isabel Rinaldo y su hija menor, KAR.*
- “7. Solicito respetuosamente que, de manera provisional, se IMPONGA LA PROHIBICIÓN de cualquier contacto con la tía paterna o el padre de la menor, en aras de salvaguardar la seguridad de la menor mientras se restablecen sus derechos en el proceso del Tribunal Supremo de Venezuela.*
- “8. Solicito respetuosamente que se IMPULSEN LAS DEMÁS ACCIONES LEGALES pertinentes en relación con el caso, considerando la presunta comisión de actos delictivos en contra de la menor KAR por parte de su familia paterna, concretamente Pedro Alba Linares, su padre, y Nayda Alba Linares, su tía.*
- “9. Se solicita respetuosamente que se tomen las MEDIDAS DE PROTECCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL adecuadas en colaboración con organismos internacionales de derechos humanos, con el propósito de concretar el traslado de la madre y la hija a su país de origen, Venezuela.*
- “10. Se solicita respetuosamente que se realice una INVESTIGACIÓN exhaustiva sobre la presunta sustracción ilegal de la menor, incluyendo la posible implicación de la familia paterna en este acto, con el fin de establecer responsabilidades y garantizar que se haga justicia.*
- “11. Solicito respetuosamente que de forma inmediata se GARANTICE EL DERECHO DE VISITA Y COMUNICACIÓN de la madre, de manera regular y sin restricciones indebidas, en consideración al interés superior de la menor.*
- “12. Solicito respetuosamente que se GARANTICE EL ACCESO A APOYO PSICOLÓGICO adecuado tanto para la señora Isabel como para la menor, con el propósito de ayudarles a sobrellevar las consecuencias emocionales de la separación y del proceso legal al que se enfrentan.”*

Como soporte de lo anterior, en el escrito de tutela² se afirmó que en el año 2.007 la señora RINALDO ANDAZORA (ciudadana venezolana) y PEDRO ALBA LINARES (ciudadano español), iniciaron convivencia en “*unión libre*” en ESPAÑA, procreando en 2.009 a K a quien nacionalizaron como italiana dada la línea materna; pero en 2.010 hubo ruptura de la relación de tal pareja, y PEDRO marchó para los ESTADOS UNIDOS, al paso que este autorizó para la menor saliera de ESPAÑA junto a su madre, para radicarse en VENEZUELA.

En principio existía comunicación entre los progenitores de la hoy adolescente, y de hecho ISABEL y la menor viajaban a ESTADOS UNIDOS “*para que su padre la viera*”; no obstante, en 2.017 PEDRO y su hermana NAYDA ALBA LINARES llegaron a VENEZUELA, donde denunciaron a RINALDO ANDAZORA por trato cruel contra la menor y desacato a la autoridad, además acusaron al papá de esta, GIUSEPPE RINALDO, de presunto abuso sexual, por lo que la custodia de K pasó provisionalmente a su tía NAYDA³, pues PEDRO residía en ESTADOS UNIDOS.

Que los asuntos penales no prosperaron determinándose que el hecho denunciado “*no ocurrió*”; y seguidamente por sentencia del 27 de septiembre de 2.017 dimanada de autoridad judicial⁴, la custodia retornó a la madre, decisión frente a la cual su contraparte en marzo de 2.018 eleva recurso de amparo.

Surtiéndose tal trámite, PEDRO fue citado con la menor, pero escapó con ella y NAYDA, entrando de manera ilegal a Colombia, haciéndole

² Escrito de tutela. Ver folios 1-63, archivo 03, cuaderno de la primera instancia.

³ Decisión administrativa del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del municipio Libertador. Ver hecho 5º escrito de tutela.

⁴ Se aludió a la sentencia dimanada del TRIBUNAL 13 DE PRIMERA INSTANCIA DE MEDIACIÓN, SUSTANCIACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CIRCUITO JUDICIAL DE LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL AREA METROPOLITANA DE CARACAS.

creer a la menor que *“la madre los perseguía para hacerles daño”*, por lo que ante su inasistencia y dilaciones el TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA – SALA CONSTITUCIONAL, decidió:

- (i) Declarar sin lugar el amparo;
- (ii) Iniciar *“juicio de disconformidad”* contra la autoridad administrativa que entregó provisionalmente la custodia a NAYDA, así como juicio de modificación de custodia;
- (iii) Ordenar al MINISTERIO PÚBLICO la investigación penal por el desaparecimiento de la menor; y,
- (iv) Prohibir la salida del país de la menor, lo que se comunicó a la INTERPOL con alertas roja y amarilla.

Con ello RINALDO ANDAZORA emprendió la búsqueda de su hija a través de redes sociales y prensa, así como que buscó apoyo internacional con instituciones protectoras de derechos humanos; y en febrero de 2.023 se enteró que la menor estaba en Medellín, ciudad a la que se trasladó con múltiple documentación demostrando la custodia en su nombre (sentencias, fotos y solicitudes internacionales). Incluso, en Colombia presentó denuncia por secuestro y advirtió sobre las alertas a la INTERPOL.

Con base en lo anterior el ICBF inició el proceso administrativo para restituir los derechos de la menor, dentro del cual, pese a las pruebas existentes y en favor de la hoy actora, el 5 de diciembre de 2.022 se asignó temporalmente la custodia a su tía paterna NAYDA, aunque se facilitó el reencuentro materno bajo la supervisión de un equipo multidisciplinario, aspecto este que la hoy demandante criticó aduciendo que la tía paterna se presentó como víctima, sumado a que los procedimientos son injustificados, bloqueando la relación madre – hija, además que existen actuaciones parcializadas en favor del padre y de NAYDA.

El ICBF mediante la Resolución 34 del 13 de abril de 2.023 confirmó la medida de protección en favor de la tía paterna, autorizándose el contacto virtual con la progenitora, de lo que hubo seguimiento a través de reuniones, entrevistas e informes de psicología y psiquiatría; y con base en estos últimos, se profirió la Resolución 55 del 29 de junio de 2.023 con la que se modificó la medida de protección, ordenándose la ubicación de la menor en un hogar sustituto, explicándose que la menor está inmersa en los conflictos no resueltos de sus padres, tiene miedo a salir y es cuidada todo el tiempo por su tía, lo que limita sus espacios de individualidad y habilidades sociales.

Frente a esta última decisión, el 5 de julio de 2.023 la hoy demandante interpuso recurso de reposición, deprecando concederle visitas supervisadas, lo que le fue negado con el acto administrativo 57 del 14 de julio de 2.023; mientras que el padre de la menor radicó acción de tutela, la que conoció el Juzgado Doce Administrativo de Medellín, el que por sentencia del 24 de julio hogaño, la declaró improcedente.

El 25 de julio pasado, se remitió el proceso administrativo de restablecimiento de derechos a los Juzgados de Familia, con el fin de surtir el trámite de homologación.

Por lo expuesto, la accionante considera afectados sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, a tener una familia y no ser separado de ella, así como los principios del *non bis in ídem*, pues el caso de la menor se resolvió por las autoridades judiciales de VENEZUELA.

TRÁMITE PROCESAL, PRUEBAS Y CONTRADICCIÓN:

Por auto del 12 de septiembre de 2.023 se admitió la acción. En este trámite se dispuso la vinculación de: DIANA NORELA ARCILA DAVID, en su calidad de Defensora de Familia del ICBF; PEDRO y NAYDA ALBA LINARES; el JUZGADO NOVENO DE FAMILIA de Medellín, y su Procurador Adscrito; y, del Hogar Sustituto – “Operador Presencia Colombo Suiza”; surtiéndose las comunicaciones del caso.

Dentro del traslado la Defensora de Familia del ICBF DIANA NORELA ARCILA DAVID, adujo que el proceso de la adolescente tiene como finalidad restablecer sus derechos, y que el 13 de abril de 2.023 en la audiencia de pruebas y fallo a la que asistieron los progenitores y la tía paterna, se aceptaron las medidas de protección, entre otras, que se iniciaría con encuentros telefónicos madre-hija, avanzándose hasta llegar a un encuentro presencial.

No obstante, en seguimiento a las medidas de protección, se encontró que no se estaba acatando lo ordenado, por lo que el 29 de junio de 2.023 se modificó lo dispuesto, ubicándose a la menor en hogar sustituto, autorizando a los padres para vincularse en las visitas presenciales a su hija, decisión que fue remitida al Juez de Familia, el que el 6 de septiembre de 2.023 homologó lo decidido, de ahí que la menor continuará donde está y recibiendo las visitas de sus padres.

Destacó que la hoy accionante nunca solicitó entrevistarse con su hija, y sus solicitudes se dirigieron a solicitar que se diera cumplimiento al fallo del Tribunal de Caracas, respecto de la devolución de la custodia y el reencuentro con su hija para volver a Venezuela, indicándosele que la acción judicial para ello es el trámite de Exequátur.

LEDY ANDREA POSADA ARBOLEDA, también Defensora de Familia en el ICBF, expuso que el 14 de agosto de 2.023 le fue asignado el

caso, y aludiendo a las actuaciones dijo que desde la estadía de la menor en el hogar sustituto, su comportamiento ha sido más sociable, comparte con pares y ha tenido un buen desempeño escolar, y aunque se trata de una adolescente sana, se logró su afiliación en salud en el régimen subsidiado administrado por SAVIA SALUD EPS.

Que la tutela es improcedente para cuestionar la legalidad de los actos que profiere el ICBF, y respecto a la homologación de decisiones judiciales de otros países existe el Exequátur, el cual debe tramitarse conforme los artículos 605 a 607 del Código General del Proceso, y en todo caso, no se han transgredido derechos fundamentales.

El Juzgado Noveno de Familia de Medellín, señaló que el 27 de julio de 2.023 recibió el proceso en mención, y el 13 de septiembre siguiente decidió homologar la Resolución 55 del 29 de junio de 2.023, consistente en el retiro del medio familiar de la tía paterna por la de ubicación en hogar sustituto. Adjuntando copia de la correspondiente providencia, dijo que no ha transgredido derechos.

La PROCURADURÍA 120 JUDICIAL II PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, LA ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA, dijo que en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), hubo contienda entre los padres de la menor y participó activamente la tía paterna, intentándose destruir mutuamente con “argucias y patrañas” que rozan el fraude procesal, confundiendo a la Defensora de Familia, quien intenta en todo momento mantener la imparcialidad y tomar las decisiones que cualquier funcionario tomaría, todas siempre tendientes a proteger a la menor.

Que ese ánimo de destrucción deja a un lado a la persona más importante y de especial protección del Estado, que por medio de la Defensora de Familia materializa lo propio, por lo que calificó la

decisión de apartar a la menor de sus progenitores y de su tía como “*salomónica*”, pues hace que aquella descanse de las manipulaciones e intervenciones de las partes y de organismos no gubernamentales, así como de acciones, pedimentos y acusaciones. Por ello, como representante del MINISTERIO PÚBLICO avaló la decisión del ICBF, solicitando su homologación, posición en la que se mantiene.

Que en todo momento se habló de la existencia de un proceso de restitución internacional de menores, que tiene su génesis en VENEZUELA, donde si ya existe un mecanismo en marcha, sumado a denuncias ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, no le es dable al Juez de tutela intervenir, dado que la intención de las partes es traer a la menor “*de nuevo al ruedo*”, sin importarles para nada el interés Superior que le acompaña. Deprecó negar esta acción.

La Coordinadora del Hogar Sustituto “*Operador Presencia Colombo Suiza*”, indicó que la menor está vinculada a psicología especializada en la modalidad “*jugar para sanar*”, siguiéndose las orientaciones y órdenes emitidas por la autoridad que conoció el respectivo PARD, y en cuanto a la hoy actora le fueron aprobados encuentros familiares presenciales quincenales con duración de hora y media, respetándose el derecho de la adolescente a decidir sobre su participación en estos espacios, con base en los principios del interés superior y prevalencia de sus derechos.

NAYDA y PEDRO ALBARES LINARES, mediante apoderado se opusieron a la prosperidad de la tutela, y respondiendo a cada hecho expresaron que la accionante maltrataba a su hija, y que no es cierto lo del secuestro, que ellos salieron de VENEZUELA ante amenazas de muerte, por lo que es mentiras para inducir una decisión a su favor. Sostuvieron que es la familia paterna la que ha brindado hogar a la

menor, y aunque esta no quiere ver a su madre el ICBF ha permitido sus visitas, de ahí que no existe sesgo alguno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵:

El *a quo* negó el amparo solicitado tras considerar que a través de la Resolución 34 del 13 de abril de 2.023 se declaró la vulneración los derechos de la menor, disponiéndose, entre otras cosas:

- 1) Confirmar la medida de protección en medio familiar a cargo de NAYDA ALBA LINARES (tía paterna), quien se comprometió a garantizar los derechos de la menor y brindar un entorno protector, atendiendo las solicitudes y recomendaciones que dispusiera la Defensoría de Familia y su equipo interdisciplinario, así como la psicóloga que atiende en terapia a la menor;
- 2) Autorizar el contacto virtual con la progenitora, y a partir del avance se analizaría la posibilidad de encuentros presenciales. Durante el primer mes se haría proceso de sensibilización con la menor, conminándose a los progenitores y a la tía para que conserven actitud respetuosa, evitando comentarios respecto del otro, garantizando su tranquilidad, y la salud mental y física;
- 3) El retorno de la menor al sistema educativo en modalidad presencial, con lo que se afianza relaciones con pares y desarrollo de habilidades sociales. La cuidadora debe garantizar que la adolescente asista con regularidad a la institución.
- 4) Valorar a la menor, la progenitora y la tía cuidadora por psiquiatría y psicología, cita a la que obligatoriamente debían asistir.

⁵ En auto del 24 de octubre de 2.023 esta Corporación decretó la nulidad de la sentencia calendada el veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2.023), pues este trámite constitucional se había efectuado sin la presencia de PEDRO ALBA LINARES, aspecto que en efecto se subsanó. Ver archivos 25, 33 y 34 del cuaderno de la primera instancia.

El equipo interdisciplinario del ICBF haría seguimiento, para eventualmente, modificar las medidas o la situación jurídica. Frente a esta decisión procedía el recurso de reposición en los términos del artículo 100 de la Ley 1098 de 2.006, pero no fue recurrida.

Ante el incumplimiento de lo anterior, el ICBF emitió la Resolución 055 del 29 de junio de 2.023, mediante la cual modificó las medidas de restablecimiento de derechos, disponiendo la ubicación de la menor en hogar sustituto, decisión que la hoy accionante recurrió, indicando que debía incluirse visitas supervisadas a su favor, donde resolviéndose lo pertinente en el acto administrativo 057 del 14 de julio hogaño, no se repuso, pues la progenitora ya está vinculada al proceso de restablecimiento, donde existe autorización para encuentros familiares.

Que el anterior proceso administrativo sigue en trámite, precisando el *a quo* que frente a las decisiones que ahí se profieran procede el recurso de reposición a la luz del artículo 100 de la Ley 1098 de 2.006, y en todo caso, lo actuado ha sido conforme a las directrices establecidas por el Código de la Infancia y la Adolescencia.

En relación con el reencuentro de la menor con su madre, este se viene garantizando dentro del proceso que ha de ser metódico, acompañado y estructurado; y sobre la restitución internacional es necesario que la interesada agote el trámite previsto en los artículos 112 del Código de la Infancia y Adolescencia, por lo que no se supera el requisito de la subsidiariedad, aunado a que ya se adelantó el proceso de homologación, resuelto en auto del 6 de septiembre de 2.023.

DE LA IMPUGNACIÓN:

La actora impugnó señalando que desde 2017 fue separada ilegalmente de su hija, y que los mecanismos judiciales ordinarios para la protección de sus derechos no están resultando idóneos ni eficaces, y en cuanto a la solicitud de restitución internacional, fue declarada improcedente por el ICBF.

Reiteró que cuenta con decisiones favorables desde VENEZUELA; no obstante, padre y tía de la menor eluden el cumplimiento; y lo referente a la homologación y el procedimiento del Exequátur, desconoce su situación e impone una carga compleja, adicional y onerosa, pues no tiene una fuente de ingresos estable, siendo ese un requisito formal, desproporcionado y que dilata la resolución del asunto, pasando por alto que lo sustancial prevalece sobre lo formal.

Destacó que en VENEZUELA ejerce como arquitecta, por lo que allá podría tener capacidad económica, de ahí que pide no prolongar la situación, pues se afecta su estabilidad emocional, así como el bienestar y desarrollo de la menor.

Que el ICBF conoció de la sustracción ilegal de la menor y aun así otorgó la custodia temporal a NAYDA, de ahí su crítica a la imparcialidad, debido proceso e igualdad, máxime cuando mediante evaluación posterior, se decidió trasladar a la menor a un hogar sustituto, lo que evidenció el error inicial, lo que cobra relevancia considerando que hace seis años la adolescente viene sometida a la versión suministrada por la tía, por lo que es necesaria una evaluación psicológica para determinar daños y el nivel de alienación causado, pues la prolongada separación y la ausencia de contacto puede tener efectos negativos en el vínculo afectivo, dificultándose el restablecimiento de la relación madre-hija.

Así, solicitó revocar y en su lugar acceder a sus pretensiones de tutela.

Por lo anterior es del caso resolver la alzada, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

No concurriendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir el fallo de segunda instancia, considerando que según el artículo 86 de la Carta Política, la tutela se consagró para amparar los derechos fundamentales a través de un procedimiento preferente, donde esta acción cabe siempre que no esté contemplado otro medio de protección.

En relación al debido proceso, está salvaguardado en el artículo 29 de la Carta Política, y se debe respetar en todo tipo de actuaciones judiciales y/o administrativas, el mismo constituye una garantía que impone la obligación de resolver situaciones jurídicas mediante decisiones razonadas, previniendo desvíos, arbitrariedades o abusos⁶.

La igualdad (art. 13 ídem), vista al interior del procedimiento, hace referencia a “... la homogeneidad en las herramientas de persuasión

⁶ Respecto al debido proceso la Corte Constitucional ha indicado: “Este ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico a través de las cuales se busca la protección de la persona incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Este derecho, como se indicó en Sentencia T-694 de 2013, es exigible tanto para las autoridades públicas como para los particulares.” (Sentencia T 024 de 2.022). Y, “De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el debido proceso comporta al menos los derechos (i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad 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; y (iii) el derecho a la defensa.”. (Sentencia C 163 de 2.019).

que tienen las partes para convencer de sus pretensiones al tercero llamado a resolver su controversia.”. (Corte Constitucional, sentencia C-345-19).

En cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, están consagrados en el artículo 44 Constitucional, así como en los múltiples instrumentos internacionales ratificados por Colombia⁷; por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2.006) aplica a los menores nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio Nacional (art. 4), siempre prevaleciendo su interés superior (arts. 8 y 9), protegiéndolos, entre otras, del abandono físico y emocional, explotación de cualquier índole, secuestro, torturas o desplazamiento (art. 20). Todo esto a cargo de la familia, la sociedad y el Estado (art. 43), reconociéndose su relevancia Constitucional.

Por su puesto, también se garantiza el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, este comprende tener y crecer en su seno, ser acogidos y no expulsados (art. 22). Sobre el punto, la Corte Constitucional, ha indicado:

“... El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, constituye la piedra angular de garantía en el desarrollo armónico e integral del menor y en el ejercicio pleno de sus derechos. La actual conceptualización de la noción de familia responde a factores socio afectivos, a partir de una interpretación evolutiva y sociológica fundada en el pluralismo y la diversidad cultural, que ha llevado a reconocer que todas las formas de familia asumen iguales compromisos de afecto, solidaridad y respeto, por lo que merecen la misma protección.”. Sentencia T 536 de 2.020.

Justamente el PARD se instituyó para la protección y restablecimiento de los derechos vulnerados a los niños, niñas y adolescentes, mecanismo del que la Corte Constitucional ha dicho:

⁷ Entre otros, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1.991); Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Ley 833 del 2.003); Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya, el 29 de mayo de 1.993 (Ley 265 de 1.996).

“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”. El artículo 50 de la Ley 1098 de 2006 define el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes como *“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”*. Ese restablecimiento le corresponde al Estado, a través de las autoridades públicas, *“quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad”*. (...)

“La actuación administrativa debe resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o de la apertura oficiosa de la investigación. Si se presenta recurso de reposición contra el fallo, se debe resolver dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. En caso de que el término para fallar o para resolver la reposición venza sin que se haya emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa pierde la competencia para conocer el asunto y debe remitir el expediente al juez de familia, para que adelante de oficio la actuación.” Cursiva y comillas en el texto original. Sentencia T 262 de 2.018.

El proceso puede ser judicial⁸ o administrativo, este último adelantado por los Defensores de Familia del ICBF o los Comisarios de Familia (arts. 79 y 96 Ley 1098 de 2.006), y si estos determinan la existencia de una situación irregular, han de tomarse medidas de restablecimiento⁹, y si bien procede el recurso de reposición, en últimas lo decidido requiere del trámite de homologación ante el Juez de Familia, tal como deriva del artículo 100 ídem y el artículo 21.18 procesal civil. Sobre este último trámite volveremos más adelante.

En este caso, el 13 de abril de 2.023 la Defensora de Familia del Centro Zonal Sur Oriente de la Regional Antioquia del ICBF, luego del trámite

⁸ Artículo 21.8 procesal civil.

⁹ Conforme a los artículos 53, 56, 57 y 59 de la Ley 1098 de 2.006, las medidas de restablecimiento son: (i) la amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; (ii) el retiro inmediato del menor 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; (iii) la ubicación inmediata en medio familiar, la cual puede ser con su familia extensa cuando existen parientes cercanos que puedan cuidarlo; en hogar de paso cuando no aparezcan esas personas; o en hogar sustituto, es decir en una familia que se comprometa a brindarle el cuidado y atención necesaria en sustitución a sus parientes de origen; (iv) la ubicación en centros de emergencia para los casos en los que no procede ubicación en los hogares de paso; (v) la adopción; y (vi) las demás que estén señaladas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral del niño o adolescente.

administrativo correspondiente, declaró en vulneración de derechos a la menor K, disponiendo, entre otras, medidas de restablecimiento de sus prerrogativas, ubicarla en medio familiar con familia extensa a cargo de su tía paterna NAYDA ALBA LINARES¹⁰; sin embargo, ello fue modificado con la Resolución 055 del 29 de junio de 2.023¹¹, en la que se decidió dejarla bajo la protección del Estado en hogar sustituto.

Frente a tal decisión la hoy accionante agotó el recurso de reposición¹²; igualmente se surtió el trámite de la homologación¹³, lo cual fue resuelto el 6 de septiembre anterior por el Juez 9º de Familia de Medellín¹⁴.

Lo anterior quiere decir que la decisión administrativa que critica la accionante fue objeto de revisión por un Juez de la República, siendo este el Noveno de Familia de Medellín, que en auto del 6 de septiembre de 2.023, consideró, entre otras, lo siguiente:

“Se observa en el proceso que el equipo interdisciplinario realizó seguimiento al mismo por medio de reuniones del caso, e hizo la respectiva notificación a las partes para ello se emitieron los informes interdisciplinarios pertinentes. Se desprende del estudio y análisis de las pruebas dentro del proceso que la niña KAL se encontraba en total situación de Alineación parental ... se informa que se le diagnosticó F431 – Estrés postraumático. F321 – Depresión ... y demás síntomas asociados a eventos dolorosos, para los cuales no cuenta con las estrategias emocionales para sobresalir de las mismas,

“Entonces, siendo así era inminente iniciar una modificación administrativa, ante los hechos de vulneración de los derechos fundamentales de la niña, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 99 y ss del C.I.A. (...).

¹⁰ Ver acto administrativo del 13 de abril de 2.023. Folios 936 a 1012 del Escrito de Tutela.

¹¹ Tal Resolución obra a folios 1322-1330 del Escrito de Tutela y se profirió con ocasión de lo informado por el equipo interdisciplinario de la Defensora de Familia, ver Folios 1319 a 1321 ídem.

¹² Folios 1362 y 1442, también en el archivo del Escrito de Tutela.

¹³ La homologación es un trámite de única instancia en el que: “... *la autoridad judicial debe verificar no solo que se hayan garantizado los derechos y etapas procesales en el marco de la actuación administrativa previa, sino que debe analizar de fondo la decisión adoptada por la autoridad administrativa de tal forma que le permita corroborar la real garantía de los derechos fundamentales y el interés superior del menor.*”, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia T-474 de 2.017.

¹⁴ Folios 4 y siguientes del archivo 15, cuaderno de la primera instancia.

“En ese orden de ideas, la medida de protección de retirar del medio familiar y ubicar en hogar sustituto resulta neutral, toda vez que se protegen todas las partes en el proceso, y se garantiza el interés superior de la niña, esto resaltando que la niña está siendo acompañada por un equipo psicosocial dentro de la modalidad, que manifiesta de manera verbal y escrita que no desea regresar al seno materno, sin embargo, en el acompañamiento psicosocial y especializado el cual obtiene por medio del PARD, se hace gran énfasis en la importancia de que a la niña se le asista en garantizar su salud mental ...

Es claro entonces, para este despacho que ha de homologarse la decisión adoptada por la Defensoría de Familia ... por considerarla respetuosa y garante de los derechos de las partes intervinientes.”

Con base en lo anterior decidió:

“**PRIMERO: HOMOLOGAR** la Resolución N° 055 del 29 de junio de la presente anualidad 2023 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

“**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior decisión, se ordena devolver el expediente que contiene el trámite administrativo a la Defensoría de Familia adscrita al Centro Zonal Suroriente del ICBF para que continúe con el trámite administrativo posterior”. Subraya adrede.

De lo expuesto se tienen dos conclusiones, una, el que las reclamaciones vía tutela se presentan son infundadas, pues se dirigen a cuestionar un proveído ajustado a derecho; y dos, de lo subrayado se tiene que el trámite administrativo no ha terminado, lo cual se corrobora en el artículo 103 de la Ley 1098 de 2.006, donde se precisa que una vez declarada la vulneración de derechos, la autoridad administrativa hará seguimiento por un término que no exceda seis (6) meses, tiempo en el que determinará si procede el cierre del proceso:

“... cuando el niño, niña o adolescente esté ubicado en medio familiar y ya se hubiera superado la vulneración de derechos... el reintegro al medio familiar cuando el niño se hubiera encontrado institucionalizado y la familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos; o la declaratoria de adoptabilidad cuando del seguimiento se hubiera establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos.”

Así las cosas, ninguna de las peticiones de la acción procede, aún dentro del mismo proceso administrativo puede modificarse la medida de protección, de ahí que a través de este mecanismo no es dable

revocar medidas, facilitar encuentros, ordenar traslados o prohibirlos, y menos, garantizar visitas, pues sobre estas últimas, la Coordinadora del Hogar Sustituto – “Operador Presencia Colombo Suiza” indicó:

“Se ha vinculado a las personas que dichas autoridades administrativas han autorizado. A la señora Isabel A. Rinaldo Andazora, le fueron aprobados encuentros familiares presenciales los cuales se han venido programando con una periodicidad quincenal y una duración de hora y media, respetando el derecho de KAL a decidir de forma voluntaria sobre su participación en estos espacios, con base en los principios del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el principio de prevalencia de sus derechos (Artículo 8 y 9 de la Ley 1098/2006).” Subraya adrede.

Así, lo decidido dentro del PARD no puede entenderse como una afectación al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, recuérdese que esta prerrogativa no es absoluta¹⁵, sin que lo argüido por la accionante sobre su actual situación económica, o el resultado desfavorable frente a la solicitud de restitución internacional sea razones para acceder a sus pedidos, se itera, el trámite está en curso y debe agotarse bajo los lineamientos de la autoridad en la materia, quien ha evidenciado situaciones a la fecha implican que la niña no resida con sus progenitores o su tía, estando claro que:

“... no se puede recurrir a la acción tutelar para imponer al fallador una determinada interpretación de las normas procesales aplicables al asunto sometido a su estudio o una específica valoración probatoria, a efectos de que su raciocinio coincida con el de las partes ...”. STC12482-2023.

Finalmente, no pasa por alto que el padre de la menor también radicó acción de tutela (radicado 05001-33-33-012-2023-00276-00), respecto a la cual no se advierte temeridad o cosa juzgada, pero sí se resalta la

¹⁵ Como lo ha indicado la Corte Constitucional: “Existe un derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Este derecho no es absoluto, de tal suerte que un niño o niña puede ser separado de su familia, cuando se verifican una serie de circunstancias definidas por la ley y la jurisprudencia. Además, por tener el derecho a la familia un carácter prestacional, el Estado tiene la obligación de adoptar políticas públicas para la preservación del núcleo familiar y que faciliten a los padres el cumplimiento de sus deberes, de modo que las obligaciones del Estado en la materia van más allá del mero cumplimiento de la ley y de la implementación de medidas de restablecimiento de derechos.”. Sentencia T 044 de 2.014.

protección que en sede de segunda instancia se profirió en favor de aquella en los siguientes términos:

“PRIMERO: se **MODIFICA** la Sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Medellín, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se **AMPARA** el derecho fundamental a la salud de la adolescente, el cual se encuentra amenazado, y se **ORDENA** al **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF – Centro Zonal Noroccidental** que, en un término inferior a cinco (5) días hábiles, realice los trámites administrativos pertinentes que garanticen la afiliación de la adolescente al sistema de salud.

“SEGUNDO: se **CONMINA** al **Juzgado Noveno de Familia de Medellín** para que, en el menor tiempo posible, resuelva el trámite de homologación respecto de las decisiones tomadas por la autoridad administrativa en el procedimiento de restablecimiento de derechos identificado en la parte considerativa de esta providencia, con el ánimo de garantizar el derecho fundamental al debido proceso y demás derechos primarios de la menor que se encuentran transversalmente bajo su protección.

“TERCERO: En lo demás, se **CONFIRMA** el fallo de primera instancia.

“CUARTO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.”¹⁶. Negrilla en el texto original.

Lo anterior evidencia aún más que las instituciones administrativas y judiciales propenden por el bienestar, salud e interés superior de menor, por lo que al no advertirse vulneración a derecho fundamental alguno, la alzada no prospera, confirmándose la decisión impugnada.

Por lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

¹⁶El 24 de julio de 2023, el Juzgado Doce Administrativo de Medellín profirió sentencia de primera instancia (declarando improcedente); decisión que el 30 de agosto de igual año modificó el Tribunal Administrativo de Antioquia. Ver folios 2446 del archivo Escrito de tutela, archivo 02 en el cuaderno de la segunda instancia.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida siete (7) de noviembre de dos mil veintitrés (2.023), proferida por el JUZGADO DIECIOCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD de Medellín, según se expuso.

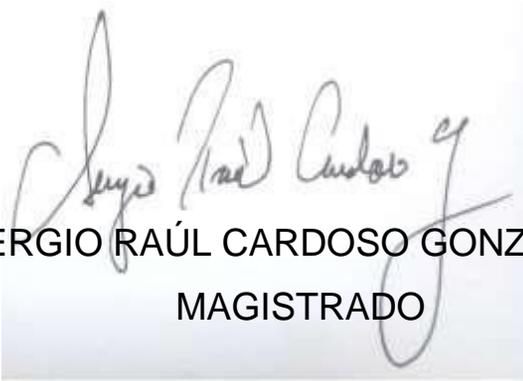
SEGUNDO: Notifíquese esta decisión por el medio más expedito, artículo 30, Decreto 2591 de 1.991.

TERCERO: Remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, artículo 32 ídem.

Notifíquese:



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
MAGISTRADO



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
MAGISTRADO