

Expediente T-9.***.**7

M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Séptima de Revisión

Sentencia T-007 de 2024

Referencia: Expediente T-9.***.**7

Acción de tutela formulada por Ana, en nombre propio y como representante legal de su hijo, David, contra la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno, el Centro Zonal de Azul oscuro del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y Bertha

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Paola Andrea Meneses Mosquera, quien la preside, y por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, aprobado el 28 de octubre de 2022 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Azul, que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Azul, el 26 de septiembre de 2022.

Aclaración previa

1. 1. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional valorará la situación de un menor de edad. Referirá datos sensibles asociados a denuncias por presunta violencia sexual en su contra y a su historia clínica. Para proteger su derecho a la intimidad, los nombres reales de todas las personas mencionadas en esta providencia y de los lugares en los que ocurrieron los hechos fueron sustituidos por unos ficticios. Según la Circular Interna n.º 10 de 2022 de la Presidencia de esta corporación, aquellos nombres irreales se identifican en letra cursiva a lo largo de esta providencia.

2. En consonancia con lo anterior, la Secretaría General de esta corporación empleará aquellos nombres ficticios para sustituir los reales en el sistema de consulta de procesos, abierto al público. También, hará uso de ellos al consignar cualquier anotación sobre el caso que amerite su utilización. Esto, con el fin de que la anonimización de datos cumpla el

objetivo de impedir la individualización de las personas comprometidas en el presente asunto, para preservar la intimidad del menor de edad.

3. Los nombres ficticios referidos no coinciden con aquellos utilizados por la Sala de Selección [...], al momento de elegir el asunto. En el auto de selección los nombres de los lugares en los que se desarrolla la situación no están ocultos. A partir de esa información el menor de edad podría ser individualizado, de modo que la Sala opta por ocultar también, en la versión publicada de esta providencia, el número del expediente, el número de la sala de selección y la fecha del auto dictado por esta, con el fin de evitar la identificación del menor de edad.

4. En sede de revisión, tanto la magistrada ponente como la Sala de Revisión advirtieron a las partes e intervinientes que la información relacionada con este asunto debía permanecer bajo reserva. Esta obligación subsiste, por lo que les está vedado a aquellos publicar o reproducir la información. En esta decisión dicha advertencia será reiterada.

I. I. ANTECEDENTES

5. Síntesis del caso. La actora solicitó el amparo de los derechos al acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, a la dignidad humana y a la familia de ella y de su hijo menor de edad. Tales derechos habrían sido violados por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno (Azul), el Centro Zonal de Azul oscuro del ICBF y Bertha, abuela paterna del niño. Según el escrito de demanda, la violación de derechos habría ocurrido por la negativa de la abuela paterna a devolver al menor a su madre, luego de que un juez de tutela hubiere anulado la decisión que le había otorgado dicha custodia a la familiar demandada. Al momento de emitir la presente decisión, la separación del niño y la madre se ha mantenido por más de un año y amenaza con perdurar. Dicha situación se habría tornado particularmente compleja durante el trámite de revisión, debido a la remisión del menor a un hogar sustituto, determinación que comprometería de manera grave el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella.

A. A. Hechos relevantes

6. Al momento de emitir la presente decisión, el hijo de la accionante tiene nueve años de edad. Desde el momento de su nacimiento vivió con su progenitora y sus abuelos maternos en Azul. Ambos padres contaron con el apoyo de sus respectivas familias, que se involucraron activamente en el cuidado del menor. Según el ICBF, la relación del padre con el menor de edad ha sido distante.

7. Durante el segundo semestre de 2021, por motivos laborales, la accionante resolvió trasladar su residencia y la de su hijo a la ciudad de Verde claro. Al anunciar esta determinación, el padre y el abuelo paterno del menor de edad emprendieron medidas de restablecimiento del derecho en favor del niño, con el propósito de impedir aquel traslado, pues, en concepto de ambos, este fracturaría la relación del infante con su entorno familiar paterno. Finalmente, el 30 noviembre de 2021 la madre y su hijo trasladaron su lugar de residencia a la ciudad de Verde claro.

8. Según el régimen de visitas pactado entre ambos padres el 17 de noviembre de 2021, el niño pasaría con su padre las festividades de fin de año. En cumplimiento de ese acuerdo, la

madre envió al menor de edad a Azul. Durante su estancia en esta ciudad, la familia paterna (padre y abuelo) habría restringido todo contacto entre la madre y el hijo por diez días. Además, el abuelo paterno sometió al niño a un dictamen psicológico forense y a evaluaciones médicas para evidenciar dos situaciones: (i) el presunto maltrato ejercido por la madre en contra del menor de edad; y (ii) el supuesto abuso sexual del que habría sido víctima el infante en Verde claro por parte de otro niño, primo de su madre. [Ver: Anexo 1. Entrevista psicológica forense al menor de edad]

9. Con sustento en aquellas valoraciones, el abuelo paterno hizo dos denuncias, que dieron lugar al inicio de dos procedimientos administrativos, que fueron tramitados de forma paralela ante sendas autoridades de familia.

9.1. Primero: ICBF (Centro zonal de Azul oscuro). El 6 de enero de 2022, el abuelo paterno denunció telefónicamente violencia sexual contra el niño por parte de otro menor de edad: Jesús, de 10 años y primo de la madre. Producto de la denuncia, el 13 de enero de ese mismo año, el defensor de familia le otorgó la custodia del niño a un tío paterno. Notificada la madre de aquella decisión, al día siguiente, viajó de Verde claro a Azul y compareció a las instalaciones del centro zonal para ejercer su derecho a la defensa. Sobre el incidente con el niño Jesús, manifestó que ella no había sido enterada de la situación y que el contacto entre ambos menores sería, en adelante, nulo, como también con el abuelo, también por presunto acto sexual.

9.2. El 14 de enero de 2022, al encontrar que la madre era una persona idónea para procurar cuidados al niño, el defensor de familia modificó la medida de protección y ubicó al niño en su entorno familiar materno. El mismo día, la madre y el niño viajaron a la ciudad de Verde claro.

9.3. Con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, el defensor de familia advirtió que el menor de edad residía en Verde claro, y que solo estaba en Azul temporalmente, durante el periodo vacacional. Con base en ello, juzgó que no era competente para conocer del asunto. Por ende, el 17 de enero de 2022, remitió el expediente a la Regional Verde del ICBF, que efectuó el seguimiento de la situación hasta junio de 2022.

9.4. Segundo: Comisaría de Familia Azul oscuro Uno. El 19 de enero de 2022, cinco días después de que la demandante y su hijo retornaran a su domicilio, en la ciudad de Verde claro, el abuelo paterno interpuso una nueva denuncia contra la madre en Azul. Lo hizo ante la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno. Esta vez, por presuntos actos de violencia emocional y psicológica contra el niño. El 1° de febrero de 2022, aquella Comisaría asumió el conocimiento de la causa.

9.5. La mencionada comisaría comunicó sus decisiones a la madre en su antigua dirección, en Azul, y no en Verde claro, en donde se encontraba junto con el niño; «siguió adelante con el trámite con total ausencia del menor a proteger y de la presunta progenitora maltratante» [énfasis original]. En consecuencia, la madre no se hizo presente en las diligencias y no tuvo la oportunidad de atender los requerimientos de la autoridad de familia de Azul; entre ellos, una visita domiciliaria, decretada para verificar las condiciones de vida del infante y una entrevista al menor de edad. En la misma audiencia, la comisaría adujo que, pese a que ordenó entrevistar al niño, su madre no se presentó, impidiéndolo. Señaló que no fue posible

adelantar visita domiciliaria en el hogar materno para verificar sus condiciones habitacionales. Al respecto, destacó: «la trabajadora social indica que en la residencia de la señora ANA no se encuentra nadie[. S]in embargo tampoco se informa que ya no viva en la misma, simplemente se indica que no se encuentra en ese momento en el predio».

9.6. La misma Comisaría de Familia Azul oscuro Uno realizó una visita en el hogar del abuelo paterno, tras la cual concluyó la existencia en dicho lugar de «excelentes condiciones habitacionales y económicas adecuadas al igual que el factor protector hacia su nieto». Por ese motivo, en diligencia del 15 de marzo de 2022, la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno dispuso una medida de protección definitiva: le otorgó la custodia al abuelo paterno y fijó alimentos en contra de la madre del niño, por valor de \$2.000.000. A la audiencia de trámite y fallo no se presentaron la madre del niño, el Ministerio Público, ni el representante del ICBF.

10. Solicitud de nulidad por indebida notificación. El 25 de mayo de 2022, la madre del niño solicitó a la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno declarar la nulidad de lo actuado desde el 1° de febrero de ese mismo año, por indebida notificación. La comisaría negó la solicitud en vista de que, en su criterio, «[l]as notificaciones [...] se realizaron en debida forma a [la] dirección aportada dentro de las denuncias». Aunque la actora apeló esta determinación, la misma autoridad pública se negó a tramitar aquel recurso.

11. Entrega del menor de edad al abuelo paterno en la ciudad de Verde claro. En atención a que el infante se encontraba en la ciudad de Verde claro, el 1° de junio de 2022, la apoderada judicial del abuelo paterno solicitó apoyo policial para conseguir la entrega de aquel. El 2 de junio de 2022, con fundamento en la decisión de la Comisaría de Familia Uno de Azul oscuro, dictada en audiencia del 15 de marzo anterior, mediante despacho comisorio, esta entidad solicitó apoyo a la Comisaría de Familia Cuarta de Verde claro. El mismo día se efectuó el rescate del niño en esa ciudad. Con tal propósito, en compañía de la Policía de Infancia y Adolescencia, el abuelo paterno acudió al lugar de residencia de la madre y el menor de edad, donde le fue entregado el niño.

12. Primera solicitud de restricción de visitas. El 19 de julio de 2022, el abuelo paterno alertó a la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno sobre el incumplimiento de la cuota alimentaria a cargo de la madre del niño. Adicionalmente, solicitó que las visitas de la madre fuesen realizadas bajo modalidad supervisada. Justificó su petición en que «en diferentes ocasiones en las que ha hablado con mi nieto telefónicamente, le ha manifestado al niño que él sólo está de vacaciones conmigo y que pronto va a volver a vivir con ella. De igual manera le ha dicho al menor que yo soy una persona malvada que quiere hacerle daño a él y a ella. // [T]odo esto ha contribuido a que el niño no pueda sentirse estable y tranquilo generándole mucha confusión y zozobra. Por otra temo realmente que ella aproveche la oportunidad para llevarse al niño y desaparecer con él». Por consiguiente, solicitó a la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno que se «sirv[ier]a ordenar visitas supervisadas y establecer un horario para las mismas».

13. El 9 de agosto siguiente, la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno, mediante decisión motivada exclusivamente en el dicho del abuelo paterno, le ordenó a la madre abstenerse «de generar conductas que comporten violencia psicológica y verbal» contra su hijo y de

realizar todo «acto de violencia, agresión o cualquier otra forma de agresión psicológica [...] [q]uedándole prohibido maltratarle, intimidarle en cualquier lugar donde se encuentre, lugar de residencia, sitio de trabajo etc.». Además, citó a ambos familiares a audiencia pública, que tendría lugar el 24 de agosto de 2022. La Comisaría, mediante oficio del 9 de agosto siguiente, ofició a la Policía Nacional para que advirtiera a la madre del niño la necesidad de que diera cumplimiento a lo resuelto por ella.

14. Otorgamiento de la custodia a la abuela paterna del niño. El 22 de agosto de 2022, la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno llevó a cabo una audiencia de custodia provisional de urgencia. En aquella diligencia, la custodia le fue asignada a la abuela paterna. Además, la autoridad de familia reguló las visitas del abuelo paterno al niño.

15. Acciones de tutela previamente formuladas. Dada la ocurrencia de los hechos referidos, tanto la madre del niño como su abuela paterna formularon, de manera separada, acciones de tutela dirigidas a obtener la protección judicial de los derechos fundamentales del menor; tales demandas, que se sintetizan enseguida, son distintas a la que se revisa en esta providencia.

Acción de tutela interpuesta por la madre del menor

Acción de tutela interpuesta por la abuela paterna del menor

Fecha de formulación

11 de agosto de 2022

1° de septiembre de 2022

Accionados

- Comisaría de Familia Azul oscuro Uno
- ICBF Regional Verde (Centro Zonal Verde oscuro)
- Madre
- Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro
- Comisaría de Familia Azul oscuro Uno

Derechos reivindicados

Debido proceso

Defensa

Debido proceso

Pretensión principal

Dejar sin efecto lo actuado por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno

Dejar sin efecto la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro que concedió el amparo de los derechos de la madre del menor de edad

Decisión de primera instancia

Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro. El 26 de agosto de 2022, concedió el amparo al advertir que, en efecto, la madre no fue notificada del asunto, por lo que no le fue posible ejercer el derecho a la defensa de ella y su hijo.

En consecuencia, dejó sin efecto todo lo actuado por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno.

Tribunal Administrativo de Verde. El 9 de septiembre de 2022, declaró improcedente el amparo por tratarse de una tutela contra tutela.

Cumplimiento de la decisión

En acatamiento de la decisión judicial, el 1° de septiembre de 2022, la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno declaró nulo todo lo actuado y remitió el expediente al Centro Zonal de Verde claro, en vista de las consideraciones del juez de tutela sobre su falta de competencia territorial.

No aplica

Impugnación

Abuelo paterno (vinculado)

No fue impugnada

Decisión de segunda instancia

El 29 de septiembre de 2022, el Tribunal Administrativo de Verde confirmó el sentido de la decisión. Sin embargo, modificó las medidas de protección. Restableció los efectos de lo actuado por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno, dispuso la custodia temporal en cabeza de la abuela paterna y ordenó el control del juez de familia en el término de los dos meses siguientes.

NOTA: Esta decisión no se había adoptado para el momento de la interposición de esta acción de tutela.

No hubo decisión de segunda instancia

17. El 31 de agosto de 2022, la madre también se presentó en casa de la abuela paterna, acompañada por la Policía y un abogado, con el fin de rescatar a su hijo. El 6 de septiembre siguiente, la abuela paterna manifestó que, hasta tanto no recibiera instrucciones del juez de

tutela sobre la entrega del niño, no efectuaría actuación alguna.

18. El 1 y 6 de septiembre de 2022, la madre insistió en su solicitud ante la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno. Aquella le puso de presente que, dado que el lugar de residencia del menor formalmente estaba en Verde claro, no tenía competencia y no mediaba orden judicial expresa que le permitiera rescatar al menor de edad.

19. En estas circunstancias, el 12 de septiembre de 2022, la madre del niño interpuso la presente acción de tutela. En ella manifestó que, al haberse negado a entregarle a su hijo, la abuela paterna habría incurrido en una retención ilegal e injustificada. Tal actuación habría provocado la violación de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva, a la dignidad humana y a la familia de ella y de su hijo menor de edad. Por consiguiente, formuló las siguientes pretensiones en su escrito de tutela: (i) rescatar al menor de edad de manera inmediata; (ii) ordenar a la abuela paterna su entrega; (iii) disponer su ubicación en el medio familiar materno y (iv) ordenar la vinculación de la Policía Nacional, para lo de su competencia en el mencionado rescate.

B. Trámite de la acción de tutela

20. Admisión y vinculación de terceros interesados. El Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Azul admitió la demanda mediante auto del 12 de septiembre de 2022. En la misma providencia, además, vinculó a la Policía de Infancia y Adolescencia.

21. Contestación de las autoridades accionadas y vinculadas. Durante el trámite de primera instancia, las personas convocadas se pronunciaron en el siguiente sentido:

Pronunciamiento sobre los hechos concernientes a la presente solicitud de tutela

Sujeto

Planteamientos

Comisaría

de Familia

Azul oscuro Uno

Solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente. Argumentó que la decisión de fijar la custodia del niño en el abuelo respondió a las pruebas obrantes en el expediente, y se apegó a la garantía del debido proceso. Del mismo modo, la atribución provisional de la custodia a la abuela obedeció a la denuncia contra el abuelo por presuntos actos sexuales en contra del menor de edad. En esas condiciones, el abuelo paterno se comprometió a dejar el domicilio y no vive con el infante. A él se le fijaron visitas restringidas y supervisadas por la abuela paterna.

También refirió que si bien la accionante se presentó en las instalaciones de la entidad para lograr el rescate, hizo una solicitud irrespetuosa y agresiva al respecto. Por lo tanto, la entidad acudió a la mediación de la Policía Nacional. En esa ocasión, no fue posible acceder a

su petición porque la comisaria no se encontraba en el recinto.

ICBF

Alegó falta de legitimación por pasiva en relación con la entidad, pues todas las pretensiones deben dirigirse a la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno, a quien corresponde el rescate del niño en cumplimiento de la sentencia de tutela del Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro.

Adujo que el 17 de enero de 2022 trasladó la causa al Centro Zonal de Verde claro, para su continuidad. No obstante, el abuelo paterno inició otro proceso por violencia intrafamiliar contra la madre, esta vez ante la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno, al parecer, sin informar que el niño se encontraba en otra ciudad, pues de haberlo advertido el trámite no hubiere podido cursar en la ciudad de Azul.

Policía Nacional

A través del Grupo de Protección a la Infancia y la Adolescencia de Azul, señaló que no ha atendido ningún requerimiento o petición de la accionante en relación con el rescate del niño.

Abuela

paterna

Solicitó negar el amparo, y reclamó que, como medida provisional, se le asignara la custodia de su nieto. Resaltó que el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro no ordenó ni podía haber ordenado la entrega del niño a la madre, pues esta no solicitó nada en relación con la custodia en aquella primera acción de tutela. También, pidió que su nieto fuera entrevistado y escuchado, pues las autoridades intervinientes no lo habían tenido en cuenta.

Cuestionó las decisiones del defensor de familia, que le asignó la custodia del niño a la madre, cuando conocía las denuncias por violencia sexual, física y psicológica que padeció el niño en el ambiente materno. Adujo que la madre representa un riesgo para el menor de edad, según los documentos y los videos en los que se ha grabado al niño relatando los maltratos de los que ha sido víctima en manos de aquella. También destacó que las decisiones de la madre son irresponsables.

Sostuvo que no ha retenido a su nieto. Aportó videos grabados por el entorno familiar paterno, en los que él manifiesta no querer separarse de la abuela. Además, resaltó que, de cumplirse lo ordenado por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro, los derechos del menor de edad se afectarían porque al regresar con la madre, indiscutiblemente, no contará con las condiciones de vida que le aseguran los abuelos paternos. Informó también que, al conocer la decisión del mencionado despacho, se comunicó con aquel y con la Comisaría de Familia para solicitar información sobre la manera en que procedería la entrega del niño, sin haber obtenido respuesta. Destacó que el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro negó en varias oportunidades la entrega del menor, por cuanto no había sido objeto de discusión en la tutela que conoció.

C. Decisiones que se revisan

22. Sentencia de primera instancia. El 26 de septiembre de 2022, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Azul declaró improcedente el amparo. Razonó que la acción de tutela no es el mecanismo para controvertir las decisiones adoptadas en el proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de un menor de edad. Advirtió que la madre del niño debe solicitar su custodia en Verde claro. Reforzó su decisión aduciendo que en el asunto bajo revisión no está acreditado ningún perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del juez de tutela.

23. Impugnación. La accionante impugnó la decisión, argumentando que el juez omitió la valoración de las pruebas aportadas y no se pronunció sobre la retención del niño. Adicionalmente, adujo que carece de toda lógica pedirle que acuda nuevamente a las autoridades que se negaron a rescatarlo. Finalmente, resaltó que el tiempo que tarda el proceso ordinario atenta contra los derechos comprometidos.

24. Respecto de las manifestaciones de la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno, la actora adujo que la declaratoria de nulidad de lo actuado por esa entidad, dictada por un juez de tutela, afectó la decisión de concederle la custodia del niño a la abuela paterna. Entonces, la única conclusión posible era que la custodia la mantenía la accionante como madre. De tal suerte, el rescate era la consecuencia esperada ante la pérdida de los efectos de lo actuado bajo la orientación de la Comisaría accionada. Y, en relación con las manifestaciones de la abuela paterna, resaltó el hecho de que ella omitió justificar por qué no entregó al menor de edad a la madre.

25. Memorial suscrito por la abuela paterna. Una vez asignado el asunto al Tribunal Superior de Azul para que dictara la decisión de segunda instancia, el 14 de octubre de 2022, la señora Bertha remitió una comunicación en la que alertaba sobre la modificación del fallo dictado por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Verde claro, respecto de la primera acción de tutela promovida por la madre del menor de edad. Este fue impugnado por el abuelo paterno, y el ad quem modificó las medidas de protección dictadas, adjudicándole nuevamente a la abuela paterna la custodia.

26. Sentencia de segunda instancia. El 28 de octubre de 2022, el Tribunal Superior de Azul, a través de su Sala Penal, confirmó la decisión de primera instancia. Resaltó que quien dicta una sentencia tiene la obligación de propender por su cumplimiento. De tal modo, la entrega del menor de edad debió promoverse a través del incidente de desacato. También advirtió que el 29 de septiembre de 2022, el Tribunal Administrativo de Verde le asignó la custodia del niño a la abuela paterna, en forma provisional, por lo que aquel asunto ya fue resuelto por otra autoridad judicial. Llamó la atención sobre el hecho de que, en relación con tal determinación, la accionante aún podía solicitar la revisión ante la Corte Constitucional, de modo que, para el ad quem la tutelante desconoció el requisito de subsidiariedad que informa la acción de tutela.

D. Actuaciones en sede de revisión

28. Vinculación de terceros interesados. A través de los autos del 4 de mayo y del 20 de junio de 2023, fueron vinculados a este trámite constitucional Pablo, padre del niño involucrado;

Carlos, abuelo paterno del menor de edad; el ICBF –Regionales Verde (Centro Zonal de Verde claro) y Azul (Centro Zonal de Azul claro)–; el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Verde claro; el Tribunal Administrativo de Verde; y el Juzgado Trece de Familia de Azul.

29. Decreto oficioso de pruebas y suspensión de términos para decidir. Mediante Auto del 4 de mayo de 2023, el despacho decretó pruebas de oficio. Solicitó la remisión de las piezas procesales faltantes y formuló cuestionarios a las partes. Adicionalmente, ordenó al ICBF la práctica de visitas domiciliarias al lugar de residencia materno y al de la abuela paterna, con el fin de establecer sus condiciones actuales. También dispuso que, conforme al lugar en el que se encontrara el menor de edad, este fuera entrevistado para establecer su perspectiva sobre el asunto.

30. Aquel primer decreto oficioso de pruebas incluyó un cuestionario específico con destino a la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno, autoridad a la que, además, se le solicitó la remisión del expediente a su cargo. Ante los aportes parciales de la información por parte de aquella entidad, la Sala Séptima de Revisión, mediante el Auto del 25 de mayo de 2023, la requirió para que remitiera toda la información solicitada. Entonces, la Sala resolvió suspender los términos para resolver este asunto.

31. Ante aquel requerimiento, la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno refirió que había enviado la documentación. El despacho de la magistrada sustanciadora, le recordó el contenido y el fundamento del requerimiento efectuado y solicitó que aportase las pruebas, de conformidad con lo dispuesto en el auto del 25 de mayo. Entonces, el 15 de junio de 2023, la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno remitió nuevamente las piezas procesales en forma parcial. Uno de los cuadernos anunciados no permitía el acceso por parte de funcionarios distintos a los de la Secretaría de Integración Social. Esta vez, la autoridad respondió el cuestionario formulado por la magistrada sustanciadora. En esas condiciones, la madre del niño solicitó efectuar una inspección judicial al expediente en la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno. Manifestó que durante el proceso a ella también se le había impedido acceso al mismo.

32. Frente a la nueva remisión parcial de los documentos por parte de la comisaria de familia, y ante la solicitud de inspección del expediente, con el fin de asegurar el conocimiento de todo su contenido, la Sala dictó el Auto del 20 de junio de 2023. En este, además de ampliar por primera vez la suspensión de términos para proveer, ofició a la Alcaldía de Azul, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que comparecieran en forma conjunta a las instalaciones de la comisaría involucrada y aseguraran la remisión de todo documento concerniente al caso y la habilitación de su consulta virtual para la Corte y para las partes. En aquella providencia, también vinculó al Centro Zonal de Azul claro del ICBF y solicitó al padre del niño la habilitación de los vínculos de consulta de las pruebas aportadas, pues habían sido retirados. Además, decretó pruebas adicionales sobre la permanencia de la abuela paterna en el país, oficiándole a ella y a Migración Colombia para el suministro de la información correspondiente.

33. Las tres entidades encargadas de la remisión completa del expediente a cargo de la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno gestionaron su remisión integral. Los elementos procesales remitidos a la Corte en dicha oportunidad incluyeron algunas piezas adicionales a

las inicialmente anunciadas por la comisaría involucrada.

34. Estando el asunto para proveer, la madre del niño alertó a la Sala de Revisión sobre la modificación de la medida de protección por parte del ICBF, en el sentido que, en audiencia del 23 de agosto de 2023, se habría dispuesto la remisión del niño a un hogar sustituto. La progenitora solicitó una medida de protección consistente en la ubicación del menor de edad con sus abuelos maternos, en la ciudad de Verde claro.

35. En esas condiciones, mediante Auto del 30 de agosto de 2023, la Sala Séptima de Revisión dispuso una medida provisional conforme a la cual la remisión del niño a un hogar sustituto no podría efectuarse hasta que la Corte o el juez de familia la avalaran. En esa providencia, la Sala nuevamente amplió la suspensión de los términos para decidir, con el propósito de conocer la información asociada a esa nueva determinación. Además, solicitó enlaces electrónicos de consulta permanentemente actualizados para su consulta en tiempo real. También ofició a la Fiscalía 298 de la Unidad de Violencia Intrafamiliar para que informara el estado actual de la causa penal que cursa contra la madre del niño, por el delito de violencia intrafamiliar. Esta última autoridad se abstuvo de pronunciarse al respecto.

36. Con ocasión de la revisión de los documentos que conforman el expediente a través del vínculo electrónico de acceso suministrado por el Juzgado Trece de Familia de Azul, la Sala de Revisión advirtió que la decisión del ICBF de remitir el niño a un hogar sustituto fue efectivamente adoptada y fue recurrida por las partes involucradas, sin éxito. De tal suerte, la madre, el padre y los abuelos paternos del niño solicitaron su no homologación ante el Juzgado Trece de Familia de Azul.

37. Mediante auto del 20 de septiembre de 2023, aquella autoridad judicial advirtió la remisión prematura del asunto a sus dependencias. Lo anterior, por cuanto la causa fue radicada «sin haber concluido el plazo de los quince días de que trata el artículo 100, inciso 7, de la [L]ey 1098 de 2006, en c.c. con el artículo 103 ejúsdem, a efectos de garantizar en debida forma a los legitimados la contradicción de la decisión que se adoptó por parte de la autoridad administrativa». Entonces, ordenó «[d]evolver, de manera inmediata, las diligencias al Centro Zonal Azul claro del ICBF, a efectos de que se surtiera en debida forma la contradicción de la decisión objeto de homologación. Cumplido lo anterior, [dispuso que] regres[ara]n las diligencias con la misma premura para tomar la decisión de fondo que le corresponde a este Despacho Judicial». En atención de la mencionada providencia, el expediente fue devuelto al ICBF el 21 de septiembre de 2023.

38. En estas condiciones, con el fin de preservar el objeto de esta decisión y para evitar la afectación emocional del niño, mediante el Auto 2390 del 6 de octubre de 2023, la Sala de Revisión decretó una medida provisional: ordenó al Juzgado Trece de Familia de Azul abstenerse de emitir decisión alguna sobre la homologación de la medida de remisión del menor de edad a un hogar sustituto, dispuesta por el Centro Zonal de Azul claro del ICBF (Regional Azul), hasta que le fuese comunicada la sentencia en el asunto de la referencia.

39. De las pruebas recaudadas en sede de revisión se corrió el traslado correspondiente a las partes. De manera constante, frente a las respuestas de los demás participantes, se manifestaron la madre, el padre y los abuelos paternos del menor de edad, entre otros interesados. Adicionalmente, la progenitora ha aportado los comprobantes de pago de la

cuota alimentaria fijada a su cargo desde el mes de abril de 2023. [Ver: Anexo 3. Principales elementos recaudados en sede de revisión]

40. El 2 de noviembre de 2023, estando el asunto en debate en la Sala de Revisión, la madre del menor de edad remitió un memorial informando que el abuelo paterno, a través de su apoderada judicial, promovió proceso de fijación de custodia. La causa es de conocimiento del Juzgado Treinta de Familia de Azul, y la accionante manifestó no haber sido notificada de ninguna de las actuaciones registradas en el marco de la misma.

41. El 13 de diciembre siguiente, cuando el asunto ya estaba sometido al criterio de la Sala de Revisión, la madre del niño solicitó una medida cautelar consistente en la habilitación de visitas sin supervisión, con el propósito de compartir las festividades de fin de año con el menor de edad.

. CONSIDERACIONES

42. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela dictados en el expediente de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuestión preliminar. Inexistencia de cosa juzgada

44. En el asunto concreto, conforme al contexto relatado, se advierte que el 11 de agosto de 2022, antes de acudir a la presente acción de tutela, la madre del menor de edad solicitó al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Lo hizo, en nombre propio y en el de su hijo, para reivindicar estas garantías; también reivindicó el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Para justificar su solicitud, adujo que la fijación de la custodia de su hijo en cabeza, primero, del abuelo paterno y, posteriormente, de la abuela paterna se efectuó sin que se le permitiera participar en el proceso correspondiente, ni defender sus intereses en él. Además, refirió que la decisión fue adoptada por una autoridad de familia que no tenía competencia territorial.

45. La demanda en cuestión se dirigió contra la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno y el Centro Zonal Verde oscuro de la Regional Verde del ICBF. En el trámite de instancia, se dispuso la vinculación de la Regional Azul de la última entidad y del abuelo paterno.

46. El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Verde claro planteó como problema jurídico el siguiente: ¿«[L]as [e]ntidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, al legítimo contradictorio, a la familia y a la salud de la señora Ana y de su menor hijo [...], por la indebida notificación en las actuaciones surtidas por la Comisaria de Familia de Azul oscuro 1 y por la decisión de la Defensoría de Familia – Centro Zonal Verde oscuro del ICBF Regional Verde, de trasladar el proceso de restablecimiento de derechos identificado con el SIM No. 14763874, a la Comisaria de Familia de Azul oscuro 1, por competencia territorial»? El énfasis del funcionario judicial en el debido proceso, le llevó a pronunciarse sobre las particularidades de la competencia entre defensores y comisarios de familia. No profundizó en el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

47. El juzgado de primera instancia concedió el amparo y, a causa de varias irregularidades en el proceso sustanciado por la comisaría accionada, amparó los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción de la señora Ana y del menor de edad. Para su protección, dejó sin efecto las actuaciones desplegadas en forma irregular por aquella comisaría. Nada dispuso sobre la custodia del menor de edad. Esta decisión fue impugnada por el abuelo paterno.

48. El Tribunal Administrativo de Verde, mediante sentencia del 29 de septiembre de 2022, examinó la alegada violación del debido proceso en el marco de las actuaciones de las autoridades administrativas de familia involucradas. Pese a que encontró que, en efecto, aquellos derechos fueron desconocidos y advirtió aún más irregularidades que el a quo, para no prorrogar el término de decisión de la comisaría accionada, optó por restablecer los efectos de las actuaciones surtidas por aquella y por remitir el asunto al juez de familia para que efectuara el control correspondiente. De manera transitoria, fijó la custodia en cabeza de la abuela paterna. Lo anterior, en vista de la controversia generada sobre el particular por el fallo de primera instancia y mientras el juez de familia adoptaba una decisión al respecto. Esta segunda decisión hizo tránsito a cosa juzgada el 19 de diciembre de 2022, cuando la Sala de Selección Número Doce resolvió no seleccionar aquel asunto para revisión.

49. En las condiciones descritas, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional encuentra que no se presenta el fenómeno de la cosa juzgada con relación a la primera acción de tutela formulada por la madre del niño, por las siguientes tres razones:

49.1. No existe identidad de objeto. En aquella oportunidad, los argumentos centrales de la tutelante y de los jueces giraron en torno al debido proceso administrativo y a la competencia de las autoridades de familia en el ejercicio de sus funciones. En esta ocasión, por el contrario, el punto central es la separación y la ruptura de la relación maternofilial desencadenadas por las decisiones irregulares que habrían sido adoptadas por las autoridades de familia. Pese a que el derecho a la familia y a no ser separado de ella fue mencionado por la actora, este no fue objeto de análisis y pronunciamiento directo.

49.2. No existe identidad en la «causa petendi». Las pretensiones de la primera acción de tutela promovida por la madre del niño versaban sobre la revocatoria de las decisiones. En esta ocasión, solicita que se ordene la adopción de medidas dirigidas a contribuir al restablecimiento del vínculo maternofilial.

49.3. Tampoco existe identidad de partes. En aquel primer asunto no había sido demandada la abuela paterna del niño, pues para cuando la tutela fue formulada, aquella aún no tenía la custodia del niño en su favor.

50. En suma, la presente acción difiere ostensiblemente de aquella presentada por la madre del niño, debido a las irregularidades en la notificación del proceso que cursó ante la comisaría accionada. El asunto que se analiza en esta oportunidad, pese a que las manifestaciones de las partes recogen las diversas posturas sobre la notificación del proceso a la madre, no tiene su foco en ese hecho, que la jurisdicción constitucional ya definió como contrario al debido proceso de la madre y de su hijo.

Asunto por resolver, problema jurídico y estructura de la decisión

51. Delimitación del asunto bajo revisión. Con fundamento en las pruebas aportadas por las partes involucradas, queda claro que la controversia planteada se enmarca en un complejo conflicto familiar. Los abuelos paternos y la madre del menor reclaman la custodia temporal del menor y están interesados en asumir su cuidado permanente; los primeros, además, han reivindicado con insistencia la restricción de las visitas a la madre. Actualmente, las autoridades de familia evalúan la medida impuesta por el ICBF consistente en la remisión del niño a un hogar sustituto, en vista de que, en virtud de las denuncias mutuas entre las partes, aquel no podría ver restablecidos sus derechos en forma íntegra en el hogar que conforma con sus abuelos paternos ni en el hogar materno.

52. Desde ese punto de vista, la Sala Séptima de Revisión abordará únicamente el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. En vista de que el debido proceso administrativo fue abordado y definido en una causa anterior, se abstendrá de pronunciarse sobre ese particular, en seguimiento estricto de la cosa juzgada y del principio de seguridad jurídica. En esa misma línea, tampoco examinará las sentencias de tutela proferidas por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Verde claro ni por el Tribunal Administrativo de Verde, que ya hicieron tránsito a cosa juzgada mediante el auto de esta corporación que resolvió no seleccionárselas para su revisión.

53. Cabe destacar que la acción de tutela de la referencia fue promovida para lograr la restitución de la custodia y del cuidado personal del niño a la madre. Su propósito era conseguir la entrega del menor de edad por parte de la abuela paterna. Para el 12 de septiembre de 2022 —momento de interposición de la acción—, según la actora, la abuela paterna habría retenido al menor de edad, sin que la Comisaría de Familia de Azul oscuro Uno y el Centro Zonal de Azul oscuro del ICBF lo evitaran. Sin embargo, a partir de las pruebas recaudadas en sede de revisión, es posible inferir que la eventual afectación al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella podría tener origen en actuaciones posteriores, que perpetuaron el alejamiento entre la madre y el niño. Desde el momento de la interposición de la acción, varias autoridades, administrativas y judiciales intervinieron en el asunto, avalando que el niño permaneciera bajo la supuesta custodia de la abuela paterna. Entonces, la presunta ruptura del vínculo maternofamiliar no solo deviene de las actuaciones de la abuela paterna ni tienen origen exclusivo en hechos previos al inicio de este trámite constitucional.

54. En vista de las complejidades de este asunto, focalizar el estudio en la actuación de la abuela paterna impediría la protección efectiva de los derechos del niño, pues implicaría el desconocimiento de la evolución de la situación. En consecuencia, para resolver el caso, la Sala de Revisión empleará las facultades ultra y extra petita que asisten al juez de tutela. A fin de ofrecer una protección efectiva al infante involucrado, cuyos derechos son prevalentes, la Sala valorará todas aquellas acciones u omisiones que promovieron o mantuvieron la separación del niño de su madre. Lo anterior, estrictamente bajo la óptica del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

55. Entonces, el estudio del caso comprende las decisiones judiciales dictadas por la jurisdicción de familia. Sobre el particular, se aclara que la decisión adoptada el 23 de febrero

de 2023 por el Juzgado Trece de Familia de Azul fue dictada luego de formulada la tutela de la referencia, en cumplimiento de la sentencia del 29 de septiembre de 2022 aprobada por el Tribunal Administrativo de Verde, en el marco de un trámite de tutela distinto, que precedió a este. Aquella sentencia será abordada, pero no para dilucidar si cumplió lo estipulado por el mencionado tribunal, lo cual compete, en exclusiva, al juez del incidente de desacato. Dicha providencia será abordada solo en lo que respecta a sus implicaciones para el derecho del infante a tener una familia y a no ser separado de ella, en consonancia con el objeto de esta decisión.

56. Problema jurídico. En consecuencia, a fin de dar solución efectiva e integral a la presente controversia, la Sala de Revisión encuentra necesario resolver el siguiente problema jurídico: ¿El ICBF y el Juzgado Trece de Familia de Azul vulneraron el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, al haber asignado su custodia a un entorno distinto a aquel que le ofrece su progenitora, sin tener en cuenta la afectación del debido proceso propiciada por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno y declarada por jueces de tutela; sin verificar las condiciones que podía proveerle al niño; sin que la madre y el niño hubieran tenido ocasión de manifestar su opinión y ejercer su derecho de defensa; y, en todo caso, actuando sin considerar el carácter excepcional que deben tener las medidas de protección que impliquen el alejamiento de los niños de sus progenitores?

57. Metodología de la decisión. Para resolver esta cuestión, la Sala de Revisión llevará a cabo el análisis de los fundamentos jurídicos pertinentes, con base en el siguiente orden: verificará el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción, hará alusión a la perspectiva de género en la administración de justicia y en la Administración pública y reiterará la jurisprudencia constitucional a propósito de los derechos de padres e hijos, asociados a la familia. Con fundamento en estas consideraciones, la Sala procederá a resolver el caso concreto.

Valoración de la procedencia de la acción de tutela

58. Legitimación. Los artículos 86 superior y 10° del Decreto 2591 de 1991 definen la acción de tutela como un mecanismo judicial al que puede acudir cualquier persona para solicitar la protección de los derechos de los que es titular. Lo puede hacer en forma directa, cuando opta por actuar ante la jurisdicción en nombre propio, o indirecta, cuando actúa mediante agente oficioso, apoderado judicial, representante legal o agente del Ministerio Público. Su utilización debe orientarse a enfrentar una conducta, activa u omisiva, de cualquier autoridad pública o, en ciertos eventos puntuales, de particulares.

58.1. Legitimación por activa. La Sala de Revisión considera que la solicitud de amparo cumple este requisito. Fue interpuesta por la señora Ana, mediante apoderado judicial. Lo anterior, para la defensa de sus derechos fundamentales y de los de su hijo, en calidad de representante legal de aquel.

58.2. Legitimación por pasiva. Correlativamente, están en posición jurídica de ser convocadas como demandadas todas las autoridades públicas y, en algunos casos, los particulares. En concreto, estos pueden ser convocados como demandados a un proceso de tutela cuando, respecto de quien formula la acción, están involucrados en una relación de subordinación o indefensión.

58.3. En el asunto de la referencia, la tutelante interpuso la acción contra la Comisaria de Familia de Azul oscuro Uno, el Centro Zonal Azul oscuro del ICBF y la abuela paterna de su hijo. En el curso del trámite, fueron vinculadas las siguientes personas y entidades: Pablo, padre del niño; Carlos, abuelo paterno; la Policía Nacional; el ICBF –Regional Verde, Centro Zonal de Verde claro y Regional Azul, Centro Zonal de Azul claro; el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Verde claro; el Tribunal Administrativo de Verde; y el Juzgado Trece de Familia de Azul.

58.4. Para la Sala, la Comisaria de Familia Azul oscuro Uno, el ICBF, la Policía Nacional, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Verde claro, el Tribunal Administrativo de Verde y el Juzgado Trece de Familia de Azul están legitimadas para concurrir al presente trámite. Las primeras autoridades administrativas son las que han valorado, conceptuado y resuelto sobre la posibilidad de que la madre y el niño permanezcan separados. Las últimas son las autoridades judiciales que, en sede de tutela y de homologación, verificaron y resolvieron la situación. El Juzgado Trece de Familia de Azul, específicamente, es la autoridad llamada a resolver sobre la razonabilidad y la proporcionalidad de la institucionalización del menor de edad, medida que fue ordenada por el ICBF. En consecuencia, todas las entidades referenciadas son pasibles de la acción de tutela de la referencia y están legitimadas por pasiva.

58.5. Finalmente, en lo que respecta al padre del menor de edad y a ambos abuelos paternos, existe legitimación por pasiva debido a la existencia de relaciones de subordinación y de indefensión frente al niño y a su madre. Primero, en relación con el niño, se estructura una relación de subordinación con el padre, en tanto este detenta la patria potestad, y con su abuela, quien por orden de las autoridades de familia conserva su custodia; por otra parte, se configura una relación de indefensión con el abuelo, quien materialmente ejerce el cuidado del niño.

58.6. En segundo lugar, entre la madre, por un lado, y el padre y los abuelos paternos, por el otro, existe una relación de indefensión. Los últimos tres familiares ejercen, en la práctica, la custodia y se encargan del cuidado del menor de edad; viven con él o están próximos a él, y tienen la posibilidad de incidir en el vínculo afectivo que la demandante procura restablecer. Por ende, los tres están legitimados por pasiva para comparecer al presente trámite constitucional.

59. Inmediatez. La naturaleza célere del trámite de tutela se funda en el carácter urgente de la intervención del juez en pro del restablecimiento de los derechos fundamentales. Aquella urgencia no solo impone deberes al funcionario judicial; también lo hace respecto de la persona que interpone la acción, quien tiene el deber de formularla en un término razonable. El paso del tiempo podría revelar una actitud pasiva, incongruente con la prontitud que debe caracterizar el proceder de quien requiere la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Con todo, la jurisprudencia ha señalado que este requisito no implica la existencia de un término de caducidad para la acción.

60. En el caso que se analiza, el hecho que habría causado la alegada violación de los derechos fundamentales es la negativa de la abuela paterna a entregar al niño a su madre, hecho acaecido entre el 30 de agosto y el 6 de septiembre de 2022. La demandante

interpuso la acción de tutela el 12 de septiembre siguiente, aproximadamente de seis días después, lapso que, sin lugar a duda, es razonable para la interposición de la acción y demuestra diligencia en la agencia de los derechos reivindicados. En esas condiciones, la Sala entiende cumplido el requisito de inmediatez.

61. Subsidiariedad. Conforme al texto superior, la tutela procede en los siguientes dos supuestos. Primero, cuando el demandante no dispone de ningún medio ordinario o extraordinario judicial idóneo o apto para lograr la defensa de sus derechos fundamentales, caso en el cual la tutela constituye un medio definitivo de protección. Segundo, cuando, pese a que el ordenamiento prevea un mecanismo para su defensa, la tutela sea indispensable para conjurar un perjuicio irremediable.

62. En el asunto bajo análisis, la controversia surge de la permanencia del menor de edad bajo custodia de la abuela paterna, presuntamente, en detrimento de la relación maternofilial. La determinación fue inicialmente adoptada por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno. Esta decisión, pese a las advertencias de los jueces de tutela sobre la forma irregular en la que se dictó, fue refrendada por el Juzgado Trece de Familia de Azul, mediante providencia del 23 de febrero de 2023, sin cerciorarse de las condiciones de la madre para asegurar los derechos de su hijo.

63. En la actualidad, existe una circunstancia adicional que amenaza con perpetuar la separación entre madre e hijo. Se trata de la posible internación del menor en un hogar sustituto, en cumplimiento de la decisión adoptada por el ICBF el 23 de agosto de 2023. Tal determinación fue objeto de recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera negativa, confirmando la decisión, por el Centro Zonal de Azul claro, a través de la Resolución n°. 964 del 25 de agosto de 2023. La madre, los abuelos paternos y el padre del niño solicitaron la homologación de la decisión. Consideran que la decisión resulta desproporcionada e irrazonable, en tanto remite al menor de edad a un hogar sustituto en vista de que este, bajo el cuidado material de los abuelos paternos, accedió a un celular sin estar acompañado, incumpliendo sus cuidadores con la vigilancia estricta en ese sentido, ordenada por el Juzgado Trece de Familia de Azul. La decisión fue remitida por el ICBF para su homologación, diez días después de la adopción de la determinación, el 8 de septiembre de 2023.

64. El Juzgado Trece de Familia de Azul, mediante auto del 20 de septiembre de 2023 advirtió la remisión prematura del asunto a sus dependencias. Lo anterior, por cuanto la causa fue radicada «sin haber concluido el plazo de los quince días de que trata el artículo 100, inciso 7, de la ley 1098 de 2006, en c.c. con el artículo 103 ejusdem». Entonces, ordenó «[d]evolver, de manera inmediata, las presentes diligencias al Centro Zonal Azul claro [...]. Cumplido lo anterior, regresen las diligencias con la misma premura para tomar la decisión de fondo que le corresponde a este Despacho Judicial».

65. Por otra parte, la Sala de Revisión encuentra que, ante el Juzgado Treinta de Familia del Circuito de Azul, existe en curso un proceso para la definición de la custodia del niño, tal y como lo informó su madre el 2 de noviembre de 2023 y lo había anunciado el abuelo paterno en su contestación al auto de pruebas del 4 de mayo de 2023. Aquella causa judicial fue promovida el 5 de mayo, admitida el 24 de julio de 2023 y está pendiente de decisión. La notificación de sus decisiones fue ordenada el 20 de octubre de 2023.

66. De tal suerte, para la definición de la custodia temporal del niño, como medida de restablecimiento de sus derechos, existen decisiones por adoptar por parte del Juzgado Trece de Familia de Azul y del Juzgado Treinta de Familia del Circuito de Azul. Sin duda, aquellos son medios judiciales idóneos para que la madre efectúe sus alegaciones en búsqueda del restablecimiento del cuidado del niño. A través de la homologación, la madre, el padre y los abuelos paternos del niño en la actualidad buscan el control puntual sobre la medida de envío del niño a un hogar sustituto, pero no discuten la aptitud de la madre para ejercer su cuidado, la cual no ha sido considerada por ninguna de las autoridades, ni administrativas ni judiciales, que intervinieron en el proceso administrativo y judicial en la ciudad de Azul. Mediante el proceso de custodia el abuelo paterno reclama para sí el cuidado del menor; pero a través de dicha causa judicial no serán dilucidadas las presuntas irregularidades a partir de las cuales aquel pariente habría permanecido bajo el cuidado del niño. Tales irregularidades constituyen el énfasis del alegato formulado por la accionante en el presente trámite constitucional, y con base en ellas aquella reclama la restitución de su rol como cuidadora del infante.

67. La Sala de Revisión observa que la relación maternofilial está gravemente amenazada. Ello no se debe únicamente a la distancia física entre la madre y el hijo; es consecuencia, además, de la ruptura de los sentimientos de afecto y cercanía emocional. Pese a las expresiones de afecto del menor de edad hacia su madre mientras permanecía con ella en la ciudad de Verde claro, ahora su percepción sobre ella ha variado considerablemente, al punto de manifestar sus deseos de golpearla.

68. Adicionalmente, los informes psicológicos acreditan la nocividad del conflicto familiar para el afianzamiento de la identidad del niño y de su integridad emocional. Estas circunstancias evidencian el grave deterioro que la controversia entre la madre y los abuelos paternos ha producido en la salud mental y en el desarrollo afectivo del menor. Todo lo anterior demuestra, de manera evidente, la urgente necesidad de adoptar medidas que amparen su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella.

69. De lo anterior se sigue la existencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto. Esta conclusión se funda en la imposibilidad de postergar la adopción de una medida célere y eficaz sobre la alegada violación del derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella. Las secuelas que puede ocasionar la conflictiva situación que rodea al menor justifican la adopción de remedios eficaces, que conjuren la violación del derecho fundamental y que, con la mayor prontitud, corrijan el deterioro que la controversia pueda ocasionar en su desarrollo psicológico y afectivo.

70. A partir de lo expuesto hasta este punto, la Sala encuentra que la presente acción cumple los requisitos de procedencia relativos a la legitimación, a la inmediatez y a la subsidiariedad. Por lo tanto, proseguirá con el análisis del asunto y revocará la decisión de segunda instancia que declaró improcedente el amparo al confirmar el fallo del a quo.

Perspectiva de género

71. Perspectiva de género en la administración de justicia. El acceso a la administración de justicia en el marco del Estado social y democrático de derecho debe garantizarse con

arreglo al principio de igualdad. El orden constitucional vigente impone «la consecución no solo de la igualdad formal, sino también de la igualdad material de sus ciudadanos y la erradicación de las desigualdades, en especial de aquellos grupos que han sido tradicionalmente discriminados».

72. La igualdad material en la administración de justicia depende, entre otras, de la inclusión de la denominada perspectiva de género. Esta reconoce que las relaciones sociales están mediadas por preconcepciones, imaginarios y representaciones construidas históricamente sobre la mujer, que la han expuesto a condiciones de desventaja social. Dicha perspectiva lleva a los funcionarios judiciales a visibilizarlas y a hacerlas parte de los criterios de análisis en los asuntos sometidos a su conocimiento cuando «exista sospecha de relaciones asimétricas, prejuicios o patrones estereotipados de género», o hechos de violencia contra la mujer. Esto, con el fin de aminorar su incidencia al momento de adoptar una decisión judicial, bajo el entendido de que «deben ser puestas en cuestión si se aspira a que toda la humanidad disfrute de los derechos humanos». Solo así es posible adecuar la visión tradicional del derecho para ampliarla, ofrecer soluciones integrales a los problemas que dirime el juez y enfrentar las concepciones sociales que toleran y reproducen la discriminación histórica de género que se ha consolidado en contra de algunos grupos, para «deconstruirla» y avanzar hacia su superación.

73. La aplicación de la perspectiva de género en la administración de justicia es, entonces, un deber. Constituye una herramienta de análisis e interpretación que propende por una comprensión y visión profunda de los casos, para eliminar las violencias (física, simbólica, económica y/o psicológica) sustentadas en prejuicios sobre las diferencias de género, que perpetúan, consciente o inconscientemente, la forma en que la sociedad ha organizado el sistema de relaciones entre géneros, su papel, su cuerpo, sus conductas y sus vínculos con los demás, en formas normalizadas e invisibilizadas.

74. Enfoque de género en la Administración pública. La Corte ha destacado que, en virtud de la supremacía constitucional y de la vinculatoriedad de los mandatos derivados del derecho a la igualdad, la Administración pública tiene el deber de aplicar la perspectiva de género. Particularmente, este enfoque debe informar las actuaciones de aquellas entidades que, como las comisarías y defensorías de familia, definen e inciden en las controversias surgidas en el escenario familiar, privado, en el que la violencia contra la mujer (entendida como cualquier acto discriminatorio, visible o invisible) se materializa en forma preponderante.

75. La aplicación del enfoque de género por parte de las autoridades de familia tiene la potencialidad de conjurar y eliminar patrones discriminatorios contra la mujer. Su inaplicación, por otra parte, puede derivar en violencia institucional. Esta se caracteriza por la participación del Estado en la perpetuación de estereotipos de género. La «tolerancia estatal de las agresiones» priva a la mujer de recursos efectivos para contrarrestarlas, lo que en sí mismo constituye un acto violento en su contra. La ausencia de la perspectiva de género en la definición de los conflictos familiares mantiene y refuerza estereotipos contra la mujer que, refrendados institucionalmente, incrementan su capacidad excluyente.

La familia: derecho a conformarla, tenerla y no ser separado de ella

76. Concepto y protecciones asociadas a la familia. El artículo 42 de la Constitución proclama

que «la familia es el núcleo fundamental de la sociedad». Como resultado de esta definición, establece que el Estado y la sociedad se encuentran llamados a garantizar su protección, honra, dignidad e intimidad. Las relaciones familiares —continúa el precepto— deben regirse por el principio de igualdad y por el respeto entre quienes la conforman, de modo que la violencia, en cualquiera de sus formas «se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley». En esta misma dirección, el artículo 5 superior prevé la obligación estatal de amparar la institución de la familia.

77. La familia ha sido concebida jurisprudencialmente como «una institución social [y sociológica] básica que [...] goza de una especial protección constitucional», de carácter integral, como núcleo fundamental de la sociedad. Es conformada mediante vínculos naturales o jurídicos, por decisión autónoma de las personas. Entre las protecciones que le asisten a la familia en relación con el Estado y la sociedad se encuentra su entendimiento como un espacio protegido de la injerencia de las autoridades públicas o de los particulares, a menos que medien razones de peso que justifiquen su intervención. De tal suerte, en principio, nadie puede perturbar las relaciones que la conforman.

78. Derechos de los padres. El texto constitucional proclama el derecho de conformar libre y responsablemente la familia, el cual ampara las facultades de elegir su tipología y decidir el número de hijos. Además de la elección asociada a la reproducción, quienes optan por ser padres tienen el derecho a consolidar patrones de crianza sobre sus hijos: «El ordenamiento jurídico, a través de diversas normas, reconoce en los padres o cuidadores de las niñas, niños y adolescentes la potestad para educarlos y corregirlos, en ejercicio de la función de crianza que cumplen a través de la patria potestad y la responsabilidad parental». En concreto, el Código Civil prevé como una prerrogativa de los padres la crianza y la educación sin violencia de sus hijos, y el cuidado personal asociado a aquellas.

79. La crianza, la orientación y la educación sin violencia, fueron definidas normativamente como «las acciones que en ejercicio de su autoridad y en cumplimiento de sus deberes y obligaciones ejecutan los padres o quien ejerce la patria potestad o personas encargadas de su cuidado basadas en el respeto por los derechos y la dignidad de la niña, niño o adolescente».

80. Los padres pueden dirigir la educación y la formación de su descendencia, «del modo que crean más conveniente», con fundamento en sus propias convicciones y valores. Tienen la facultad de vigilar la conducta de los hijos, corregirlos y disciplinarlos, de manera orientadora, siempre que no empleen acciones violentas contra los menores de edad. En suma, pueden consolidar acciones de formación sobre sus hijos, en atención a sus perspectivas del mundo, siempre que estas no pugnen con la dignidad de los niños a su cargo.

81. Derechos de los hijos. Correlativamente, el derecho a la familia se proyecta sobre los hijos, en el hecho de «tener una familia y no ser separados de ella». Si bien la jurisprudencia ha entendido que la unidad de la institución familiar es una prerrogativa de todas las personas, tiene especial relevancia para los menores de edad, en vista de que es un medio para garantizar su desarrollo integral como seres humanos, pues brinda los medios para la consolidación de su proyecto de vida. De la unidad familiar depende en gran medida el apoyo

para interactuar en el mundo externo y para superar las adversidades que puedan presentarse.

82. Proscripción de la separación de la familia por factores económicos. La protección que el Estado y la sociedad deben brindar a la familia no depende de las condiciones socioeconómicas de esta última. El artículo 42 superior hace énfasis en que dicha unidad se configura merced a los vínculos de amor, cariño y cuidado que existen entre sus integrantes. Si bien los medios económicos son necesarios para la atención de parte importante de las necesidades de un grupo familiar, su solidez y la permanencia de sus vínculos no se subordinan a tales medios; la fortaleza de tales lazos depende del compromiso y responsabilidad con que los padres asuman su rol parental. De tal suerte, no existen familias de primer orden, según los medios económicos de los que dispongan.

83. En consonancia con lo anterior, respecto del derecho de los menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 establece que «[e]n ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación».

84. En razón de lo anterior, la intervención del Estado en las relaciones familiares no puede justificarse en la falta de recursos económicos, de modo que «por ningún motivo resulta justificable argüir que un niño o una niña deben separarse de su familia biológica porque las condiciones económicas [...] de sus progenitores no son óptim[a]s» o bajo el supuesto de que los menores de edad «podr[ía]n estar en mejores condiciones económicas» mediante la separación. La jurisprudencia ha resaltado que «ni la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas [...] pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres».

85. La esfera familiar es el escenario idóneo para el goce de los derechos de los menores de edad. En consonancia con esta visión, el artículo 22 de la Ley de Infancia y Adolescencia, prevé que «[l]os 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». Lo anterior, porque «es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta; derechos que, a la postre, podrían verse seriamente amenazados en la medida en que se rompa la unidad familiar y no se adopten las medidas que correspondan y que coadyuven a evitar tal rompimiento o que faciliten su posible restablecimiento».

86. Este derecho no solo consiste en la unidad física, en el sentido de permanecer unidos en un mismo espacio. Constituye una unidad en el sentido común de la vida y en la consolidación de una red de apoyos y afectos para el ser humano. En ese sentido, «la Corte ha sostenido que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares. Razón por la cual, cuando son privados de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral, se vulneran sus derechos fundamentales». Estos argumentos han llevado a esta corporación a concluir que «la familia es el espacio natural de desarrollo del menor, a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social».

87. Las barreras para experimentar el afecto de los parientes impiden el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes: «El niño necesita para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares, impedírsele o negársele entorpece su crecimiento y puede llevarlo a

carecer de lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral. Respetar las emociones y afectos de los niños es respetar su dignidad y es abrirles paso a que sean ellos mismos quienes las respeten y respeten a los demás».

88. En consonancia con lo anterior, la Corte ha reconocido que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un espacio familiar que les brinde cuidado y amor, y les asegure la posibilidad de crecer en un ambiente de afecto y solidaridad.

89. Límites al derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Sin perjuicio de lo considerado hasta este punto, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella no es absoluto. Esto, en vista de que «es una garantía en cabeza de los menores [de edad] que no abarca [...] un deber de los niños para mantener contacto con quienes podrían ser sus agresores», sobre todo cuando han sido víctimas de violencia sexual. En cualquier caso, todo tipo de violencia contra los menores de edad debe contenerse, con el fin de asegurar su desarrollo integral.

90. La separación del niño de la familia es procedente únicamente cuando aquella no le brinda las garantías necesarias para su desarrollo integral y, por lo tanto, lo expone a riesgos incompatibles con sus derechos. En estas condiciones, las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes que «impliquen la separación del niño de su familia, han de ser excepcionales, preferiblemente temporales y basarse en evidencia de que aquella institución no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar».

91. Lo anterior supone que las medidas de protección que pretenden resguardar el interés superior de los infantes «deben i) [estar] precedidas de un examen integral de la situación en la que se halla el niño; ii) responder a una lógica de gradación mediante la cual, entre más grave sea la conducta, las medidas a adoptar serán más drásticas; iii) cuando impliquen la separación del niño de su familia, han de ser excepcionales, preferiblemente temporales y basarse en evidencia de que aquella institución no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar; iv) estar justificadas por el interés superior del niño y, v) evitar desmejorar la situación actual del menor de edad» [énfasis agregado].

92. La jurisprudencia de esta corporación ha resaltado que, en armonía con el deber estatal de preservar la unidad familiar y protegerla, la separación entre padres e hijos es admisible únicamente ante «indicadores fuertes sobre la ineptitud» de la familia. Ello ocurre cuando, de manera irrefutable, se comprueba alguna de las siguientes circunstancias: «(i) Cuando esté plenamente probado que los progenitores amenazan la integridad física y mental; // (ii) [c]uando exista una transgresión calificada, es decir, que se amenacen o vulneren gravemente sus derechos fundamentales, y // (iii) [c]uando la gravedad de la afectación haga necesaria la separación del niño de su familia».

Solución del caso concreto

93. Con el fin de resolver el problema jurídico propuesto en esta oportunidad, en lo que sigue, con soporte en las pruebas recaudadas durante el trámite de la acción de tutela de la

referencia, la Sala de Revisión presentará elementos de contexto sobre la controversia, que detallan la evolución de los hechos.

94. Posteriormente, con fundamento en aquel contexto, analizará la aplicabilidad en el presente asunto de la perspectiva de género en la administración de justicia. Luego, precisará los fundamentos que sirvieron para asignar la custodia del menor de edad fuera de su núcleo materno, y asignarlo en la familia extensa paterna. Enseguida, examinará las decisiones que restringieron las visitas de la madre, como aquella que dispuso la ubicación del niño en un hogar sustituto, como perpetuadoras del alejamiento entre ambos. Esto con el objetivo de establecer si las autoridades que han intervenido en el asunto aseguraron la excepcionalidad de las medidas de protección que separan a los hijos de sus padres, en resguardo de los derechos asociados a la familia de la madre y el niño.

95. Este análisis es fundamental a fin de esclarecer la alegada violación del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella del menor. Según acaba de señalarse, en virtud de este derecho las medidas de amparo que impliquen la separación de los niños de su entorno familiar deben ser verdaderamente excepcionales.

a. a) Elementos de contexto

96. Postura de los abuelos paternos. Para el abuelo paterno, «el niño fue producto de un embarazo no deseado». A causa de ello, desde temprana edad, la madre y el padre habrían mostrado negligencia en el cuidado del infante. A su juicio, esta habría sido la causa de un episodio de bronquiolitis que sufrió el menor a los veinte días de nacido, que llevó a su hospitalización por cinco días. Él afirma haber asumido, junto con la abuela paterna, todos los gastos para su manutención, al punto de sufragar los gastos educativos (que ascienden a cerca de tres millones mensuales), vincularlo a un plan de medicina prepagada y costear su alimentación desde los siete meses de edad.

97. Considera que la madre ha errado en todo lo que tiene relación con la crianza de su nieto. Aduce reiteradamente que la alimentación que le suministra no es la adecuada; empero, las autoridades del ICBF han informado que, bajo el cuidado de la madre, el niño conserva la talla y el peso adecuados a su edad. Además, junto con la abuela paterna, ha cuestionado decisiones como la publicación de fotografías del infante en redes sociales por parte de la accionante.

98. Las decisiones de crianza que ha tomado la madre han sido cuestionadas de manera insistente por los abuelos paternos. Existen diferencias ostensibles entre sus concepciones sobre aquello que es mejor para el niño. De lo anterior da cuenta el acta de conciliación sobre la custodia, visitas y alimentos en favor del niño. El 17 de noviembre de 2021, los padres conciliaron la custodia, los alimentos y las visitas al infante en el Centro Zonal de Azul oscuro del ICBF. En aquella oportunidad, ambos padres pactaron que la patria potestad la ejercerían en conjunto, pero la custodia la conservaría la madre. Expresamente, la madre solicitó al padre del niño poner de presente al abuelo paterno que la crianza del menor de edad es un asunto privativo de ambos padres, que no le concierne a él. El progenitor accedió.

99. Para la Sala es evidente que la desaprobación de los abuelos paternos sobre los actos realizados por la madre en ejercicio de su maternidad, y el conflicto familiar en sí mismo, han

permeado las emociones del niño hacia su madre.

100. Lo anterior es evidente incluso en la prueba psicológica forense costeadada y aportada por los abuelos paternos para demostrar la pretendida negligencia de la accionante en el cuidado de su hijo. En ella, este último manifiesta que sus opiniones tienen origen en las valoraciones efectuadas por el abuelo paterno sobre su progenitora y sobre la ciudad a la que esta lo había llevado a vivir. Es notorio que el niño confía en el criterio de su abuelo paterno, y que este ha manifestado información en contra del traslado. Ante la pregunta «¿tu abuelito Carlos te habla mal de tu mamá?», el niño responde «sí, pero es que él tiene razón». Al indagar la entrevistadora sobre sí «¿alguien te dijo que me contaras esto?», el menor de edad responde: «[S]í, mi abuelito [C]arlos, él me dijo que te dijera todo lo que ya te conté, que te contara lo que había pasado y sí es verdad» [Ver: Anexo 1. Entrevista psicológica forense al menor de edad].

101. La Sala observa un evidente contraste en la percepción del menor frente a su red familiar entre los momentos en que ha permanecido bajo el cuidado de su abuelo paterno y cuando ha permanecido con su madre. En este último caso, sus apreciaciones sobre todos los miembros de la familia eran positivas, incluso sobre sus abuelos paternos: refería querer a todos los integrantes de su familia y estar feliz con todos ellos. Parecía consciente del cariño que toda su red de apoyo familiar le profesaba, en entrevistas practicadas por el ICBF en el año 2022. En aquel momento, al ser entrevistado por el ICBF durante su estancia en Verde claro, el menor de edad afirmó sentir aprecio por todos los miembros de su familia, incluida la madre y el abuelo, a quienes expresaba cariño al margen del conflicto entre ellos [Ver: Anexo 2. Hallazgos del ICBF, Regional Verde. En particular, la sección de Preferencias de convivencia del niño].

102. El abuelo paterno se resiste a la idea de que la convivencia que mantiene en la actualidad con el menor de edad pudiera ser un hecho temporal, mientras el niño y sus padres afianzan las relaciones filiales. Se ha opuesto con insistencia a considerar la transitoriedad de aquella convivencia. Incluso, desde que el menor de edad le fue entregado en la ciudad de Verde claro, ha solicitado permanentemente restricción a las visitas de la madre. Primero, lo hizo en vista de que aquella le ha puesto de presente al niño que su estancia con el abuelo es transitoria. Luego, con fundamento en un presunto descuido de la madre al permitir que el menor de edad accediera al celular, logrando la restricción de las visitas de la progenitora. Llama la atención de la Sala que hechos idénticos, relacionados con la entrega de un celular al menor sin supervisión, hayan ocurrido en el hogar del abuelo paterno, y que este solo los hubiera calificado como superfluos cuando ocurrieron en el hogar del abuelo paterno, pero no cuando fueron de utilidad para restringir las visitas a la madre, por su propia solicitud. Esto da cuenta del nivel del conflicto al que se encuentra sometido el menor de edad.

103. La Sala encuentra, además, que el abuelo, quien materialmente ejerce el cuidado del menor de edad, ha actuado con el propósito claro de desintegrar la relación materno-filial. Esta intención se ha materializado en actos y comentarios descalificatorios que, además de afectar la unidad familiar y desestabilizar emocionalmente al menor, desautorizan la posición de la madre frente a este último. Muestra de ello se encuentra en la práctica de grabar al niño en forma frecuente, para dejar registro sobre sus manifestaciones —en todo caso, no

espontáneas—, sobre los encuentros y conversaciones con su madre, todo lo cual compromete la intimidad del infante.

104. Todos los actos recién referidos ponen en cuestión la aptitud del abuelo paterno para encargarse del cuidado del niño. Es indiscutible que la idoneidad de un cuidador se basa en su capacidad de velar por el bienestar emocional del menor; ello exige, tal como lo reclama el artículo 44 de la Constitución, la habilidad de poner por encima de cualquier desavenencia familiar el deber de velar por su estabilidad afectiva. Este juicio fue inicialmente efectuado por el Juzgado Trece de Familia de Azul, el cual concluyó que la custodia en cabeza del abuelo amenazaría la integridad emocional del menor de edad, ante la existencia y mantenimiento del conflicto que él sostiene con la madre.

105. Llama la atención de la Sala de Revisión que, a pesar de la anterior valoración, la abuela paterna sea quien ejerza la custodia. Esto es preocupante no solo porque la señora es residente de México, razón por la cual pasa gran cantidad de su tiempo en el extranjero, lo que constituye un obstáculo para que el niño goce del cariño y del cuidado que según el artículo 44 de la Constitución debe serle asegurado y ha sido catalogado por el ICBF como un factor de riesgo, sino porque, en la práctica, él queda bajo el cuidado de quien la autoridad judicial concluyó que no era idóneo para el mismo [Ver: Anexo 5. Información sobre la permanencia de la abuela paterna en el país]. Por ende, en la práctica, el niño se encuentra en riesgo.

106. Denuncia contra el abuelo paterno por presunta violencia sexual. En septiembre de 2021, el niño le habría referido a su madre y a su abuela materna que, mientras se encontraba con la familia de su progenitor, estando en la bañera, su abuelo besó su cola. Les informó que tal acto lo incomodó; al manifestar su rechazo ante tal comportamiento, el abuelo se habría enojado con él. Ante esta situación, la accionante formuló denuncia penal en contra del abuelo paterno por la presunta comisión de actos sexuales contra menor de edad.

107. Para la abuela paterna aquella denuncia penal no tenía sustento fáctico y fue formulada como una estrategia para evitar que la custodia del niño le fuera otorgada al abuelo paterno. El padre del niño ha sostenido que la denuncia contra el abuelo paterno constituye un acto ruin de la madre, que evidencia su ingratitud frente a la ayuda que los abuelos paternos han brindado al menor de edad.

108. Finalmente, la Fiscalía 363 Seccional de la Unidad de delitos sexuales informó que la denuncia fue formulada por la madre del niño el 4 de octubre de 2021, por el presunto delito de actos sexuales en menor de catorce años, por hechos ocurridos el 30 de septiembre del mismo año. La autoridad judicial informó que, valorados en su conjunto los elementos de juicio recaudados, que incluyen una entrevista forense al niño, resolvió archivar las diligencias por conducta atípica. La decisión fue adoptada el 14 de diciembre de 2022.

109. Presunta violencia sexual contra el niño por parte de otro menor de edad en la ciudad de Verde claro. En enero de 2022, el abuelo paterno manifestó que «[e]l niño tuvo un comportamiento extraño el lunes de esta semana con la empleada del servicio[:] se desnudó y le mostró las partes íntimas; ella lo llamó y le tomó un vídeo, por tal razón habló con el niño y le dijo que [el] primo de la mamá[,] de Verde claro, Jesús de aproximadamente 10 años lo

ha tocado en varias oportunidades en sus partes íntimas, además se le ha sentado encima desnudo, lo ha puesto en cuatro y el niño Jesús se ha puesto por detrás, además la progenitora la señora Ana ha permitido que se bañen juntos».

110. Respecto del presunto abuso sexual, según la profesional en psicología adscrita al Centro Zonal de Azul oscuro, «el niño refiere que Jesús, de 10 años, le pone la mano “en el que pipi, en la cola” Añade que hace que “haga cosas” aunque no precisa qué cosas [...] el niño reporta también que el papá de Jesús, el señor Ricardo, “me amenazó con un taser y con pegarme” aunque no indica los motivos de estas amenazas». Agregó «sobre la razón por la cual viene con el abuelo en lugar de los progenitores, a lo cual el niño responde que “él está luchando contra ellos dos porque se quiere quedar conmigo».

111. Notificada de aquella decisión, la madre compareció al día siguiente ante la autoridad de familia, y le manifestó al defensor que el niño estaba en Azul en forma temporal, durante el periodo vacacional, y que su padre no había asegurado su retorno a la ciudad de Verde claro. Agregó que respecto al contacto con el niño Jesús, ella no había sido enterada de la situación y que el contacto entre ambos menores sería, en adelante, nulo, como también con el abuelo por presunto acto sexual. Así, el 14 de enero de 2022, al encontrar que la madre era idónea para la protección del niño, aquella misma autoridad administrativa modificó la medida y ubicó al niño en medio familiar a cargo de la progenitora.

112. El mismo 14 de enero de 2022, la madre partió a la ciudad de Verde claro con el menor de edad. Comunicó su marcha al padre vía mensaje de texto. A juicio de los abuelos paternos, el desplazamiento a Verde claro ocurrió en contra de la voluntad del menor. Añadieron que «dicho traslado fue sin autorización del progenitor, quien ejerce la patria potestad de David, y en ejercicio de esa prerrogativa de ley, solicita ver a su hijo y la madre se niega manifestando que si quiere lo llame restringiendo el contacto entre el padre e hijo y entre el niño y su familia extensa paterna, quienes son su entorno protector seguro. Asimismo, manifiesta la progenitora que el niño se quedará en Verde claro por escolaridad, desconociendo que el niño estaba estudiando en la ciudad de Azul y ella, de manera arbitraria decidió retirarlo del colegio y toma decisiones respecto del niño sin tener en cuenta el rol de Pablo como padre y representante legal de David».

113. Al llegar a la ciudad de Verde claro, el ICBF, a través de la Regional Verde hizo seguimiento al menor de edad por el presunto abuso sexual. Fue remitido a la Asociación Creemos en ti, donde desarrollaba un tratamiento sobre el particular. Aquella asociación certificó el 24 de mayo de 2022, momento de su última atención en la institución, que el niño estaba «en tratamiento terapéutico en la Asociación Creemos en Ti[,] remitido por el [ICBF] debido al proceso [a]dministrativo de restablecimiento de [d]erechos que se adelanta a su favor[;] ingresa a la [i]nstitución el 17 de febrero de 2022. Hasta la fecha el paciente y su red vincular han cumplido con las intervenciones programadas asistiendo una vez por semana».

114. Aquel tratamiento fue interrumpido en el momento de la entrega del niño al abuelo paterno. Para el momento de cierre del tratamiento, el 11 de junio de 2022, la asociación refirió que el niño desarrollaba terapia por el presunto abuso sexual, como neuropsicológica y ocupacional. Posteriormente, en la ciudad de Azul, el menor siguió en tratamiento psicológico por los mismos hechos, costado por el abuelo paterno.

b) Aplicabilidad del enfoque de género en este caso

115. Para la Sala Séptima de Revisión, en este asunto es imperativo aplicar un enfoque de género en vista de que el conflicto familiar en el que se enmarca la acción de tutela pone en evidencia una concepción discriminatoria de la mujer, en su rol de madre. Como lo reconocen las partes, el punto de partida de la controversia es la decisión autónoma de la accionante de abandonar la ciudad de Azul, para radicarse en Verde claro junto con su hijo menor de edad. Lo anterior, con el fin de tomar una oportunidad de desarrollo profesional. Para la familia paterna y para el padre, su determinación fracturaba las relaciones que habían mantenido con el niño. Por tal razón, plantearon toda clase de obstáculos para impedir que el menor pudiese acompañar a su madre en ese proyecto, sin considerar el plan de vida que ella había elegido para su núcleo familiar.

116. Se evidencia una asimetría de relaciones de poder, fundada en el género. Las autoridades de familia han obviado que el origen de la controversia radica en la decisión de traslado de la madre, y en la concepción conforme a la cual aquella buscaba «escapar» de la familia paterna con su hijo. Por un lado, con ocasión de esa decisión, el 16 de septiembre de 2021 el padre del niño promovió un proceso de restablecimiento de sus derechos, pues consideraba que la decisión de traslado implicaba la desescolarización y alejaría al infante de su entorno paterno. Entonces, argumentó que dicha separación pone en peligro la integridad del niño. Esta última conclusión fue compartida por los abuelos paternos. Ante esa situación, el 28 de septiembre siguiente, del mismo modo, el abuelo paterno solicitó el restablecimiento de los derechos del niño y su custodia provisional para evitar «que la mamá se escap[ara] con el niño para la ciudad de Verde claro» [énfasis agregado]. Para tal propósito, adujo que el niño, en aquel momento, era víctima de maltrato físico, verbal y psicológico, como de la negligencia de su madre.

117. Según la opinión que parece albergar la familia paterna del menor, la accionante habría debido permanecer en la ciudad en que se encontraba —contra su deseo y en detrimento de su desarrollo profesional— o desligarse del niño, para que, de este modo, la familia paterna pudiera conservar el contacto con este último. Dicho juicio entraña una inocultable instrumentalización de la mujer, que se nutre del papel tradicional que se le asigna a ella en la sociedad, según el cual le corresponde asumir toda clase de renunciaciones para que los demás integrantes de la familia puedan realizar sus planes y expectativas. En esa medida, las actuaciones que la familia paterna esperaba de la accionante desconocen su autonomía y el hecho de que se trata de su propio hijo. De este modo, la expusieron a la elección que ha sido histórica para la mujer entre su hijo y su desarrollo profesional.

118. Estas percepciones, lejos de contribuir al rol materno, en un trabajo cooperativo de los miembros de la familia, han generado su negación ante la diferencia de concepciones que representa. Al respecto, el padre del menor aduce que su «papá [esto es, el abuelo paterno] es una persona que controla mucho, entonces cada vez que uno decía o hacía, o tenía algo que no le gustaba entonces era un problema [...] pero es más que todo por la forma de ser de él y la mía[;] le cuesta entender que todo el mundo no es igual [...] todo lo complica mucho, es muy terco y meticuloso». En esa medida, concluye que «de parte de [sus] papás siempre se sintió mucho apoyo (...) pero eso se prestó para malentendidos como en los que estamos ahorita».

119. El apoyo económico que brindan para la manutención del menor habría hecho suponer a la pareja de abuelos que pueden definir la crianza de su nieto, en desconocimiento del rol materno. Esto al punto en que ambos abuelos paternos «conciben que, “si no es con ellos, el niño no está bien”», y han asumido, desde el nacimiento del menor de edad, que se trata de un hijo propio. Por tal razón, las decisiones formativas y de cuidado que ha adoptado la madre en relación con su hijo han sido constantemente cuestionadas por los abuelos paternos, en desconocimiento del rol de la madre que la accionante optó por desempeñar, en el ejercicio de su derecho a conformar una familia.

120. El conflicto familiar ha generado un enfrentamiento y una confusión entre los roles de los miembros de la familia del niño, que ha impedido a la accionante cumplir, de manera sosegada y fluida, su papel como madre. Las constantes censuras sobre su actuar a menudo constituyen el desconocimiento de su situación como una madre, ante su primer hijo, en proceso de consolidación de su rol parental. Tanto la familia paterna como las autoridades de familia, con excepción de la Regional Verde del ICBF, que la guió en la adquisición de habilidades como madre, parecieran entender que el cumplimiento de las responsabilidades de la maternidad está asociado al sexo de quien se encarga de ellas. Esta mirada desconoce que la maternidad y la paternidad son papeles que se aprenden y desarrollan de manera progresiva, y que no existen condiciones biológicas que brinden herramientas emocionales que hagan a alguno de los sexos más o menos apto para asumir el cuidado de un menor. En tal sentido, las exigencias efectuadas han sido prejuiciosas y desconocen la situación particular de la madre involucrada.

121. En criterio de la Sala, el enfoque de género en modo alguno pugna con la perspectiva que debe adoptar el juez de tutela cuando se encuentra, como ocurre en este caso, ante la reivindicación de los derechos fundamentales de un niño. Por el contrario, la visibilización de los prejuicios que han rodeado la disputa facilita la comprensión de la situación por parte de todos los implicados, y contribuye a adoptar acciones adecuadas para evitar la reproducción de estereotipos de género, lo que no soslaya los derechos del niño ni los compromete. Aunado a lo anterior, el mismo Código de Infancia y Adolescencia, en su artículo doce, prevé una interpretación de su normativa en consideración de la perspectiva de género.

c) Decisiones que generaron y mantienen la separación del niño de su madre

122. Ocho decisiones han versado sobre la separación entre madre e hijo en el presente asunto. Una tiene carácter judicial; las demás son de índole administrativo. A continuación, se presentan en orden cronológico:

Fecha

Autoridad

Medida de protección

Razón de la decisión

2022

Enero 13

Centro Zonal Azul oscuro.

Defensor de Familia

Otorgamiento de la custodia al tío paterno ante presunto abuso sexual

«[E]l niño refiere que Jesús [primo de la madre], de 10 años, le pone la mano “en el que pipi, en la cola” Añade que hace que “haga cosas” aunque no precisa qué cosas [...] el niño reporta también que el papá de Jesús, el señor Ricardo, “me amenazó con un taser y con pegarme” aunque no indica los motivos de estas amenazas». Todo ello ocurrió en Verde claro.

Enero 14

Centro Zonal Azul oscuro.

Defensor de Familia

Modifica la medida adoptada el día anterior. Dispone la ubicación del niño con la madre

Encuentra que la madre es la persona idónea para cuidar al niño. Esta se compromete a evitar el contacto entre su hijo y Jesús. Además, entre el niño y el abuelo paterno por la denuncia de violencia sexual contra este.

Marzo 15

Comisaría de Familia Azul oscuro Uno

No fue posible adelantar visita domiciliaria al hogar materno ni entrevistar al niño. Por el contrario, identificó que en la casa del abuelo paterno existen condiciones habitacionales idóneas para el niño.

Con ocasión de esta decisión se dispuso el rescate del niño, para entregarlo al abuelo paterno. Este se materializó el 2 de junio de 2022, cuando, con la intervención de la Policía, se concretó la separación del niño y la madre.

Agosto 22

Comisaría de Familia Azul oscuro Uno

Modificación de la medida y otorgamiento de la custodia a la abuela paterna.

Regulación de las visitas del abuelo paterno, bajo supervisión de la abuela paterna

En opinión de la Sala de Revisión, la razón de la decisión no es clara. Llama la atención que el abuelo paterno hubiera manifestado, a través de su apoderada, que la audiencia no tuvo lugar en la denuncia penal en su contra por violencia sexual, sino en la advertencia de un funcionario de la Comisaría que la presidió sobre la importancia de adjudicar la custodia a otra persona.

Agosto 26

Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro

Revocación de todo lo actuado por parte de la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno

El proceso tramitado ante la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno lesionó el derecho al debido proceso de la madre. Al no haber sido notificada en su nuevo lugar de residencia, no pudo ejercer su derecho a la defensa

Sept.

29

Tribunal Administrativo de Verde

Restitución de las decisiones adoptadas por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno y asignación transitoria de la custodia a la abuela paterna

Pese a que confirmó el otorgamiento del amparo al debido proceso de la madre, argumentó que anular la actuación de la comisaría implica renovar los términos de decisión, sin que esto sea admisible en el derecho de familia. Entonces, remitió el asunto a los jueces de familia para que, entre otros, se pronunciaran sobre la custodia.

2023

Febrero 23

Juzgado Trece de Familia de Azul

Adjudicación de la custodia a la abuela paterna y fijación de la cuota de alimentos de \$1.000.000 a cada uno de los padres.

Fijación del régimen de visitas para cada padre cada quince días pernoctando con cada uno durante el fin de semana

[Ver: Anexo 4. Expediente suministrado por el Juzgado Trece de Familia de Azul. Tabla. Contenido de la sentencia del 23 de febrero de 2023]

En atención a la orden del juez de tutela, definió lo concerniente a la custodia del niño. Argumentó que el niño en su lugar de residencia actual tiene los derechos asegurados. Negó su adjudicación a la madre al encontrar que, pese a que tenía competencias parentales y estaba comprometida con su adquisición, su entorno familiar, y no ella, había hecho afirmaciones que restan importancia al estado de salud y al presunto abuso sexual. Por el contrario, en la abuela paterna encontró habilidades parentales, sin reparo alguno.

Ante la información sobre la tendencia del menor de edad a ver videos de contenido pornográfico, se dispuso que padres y abuelos vigilaran exhaustivamente y evitaran la consulta de los mismos por parte del menor de edad.

Marzo 31

Centro Zonal Azul claro.

Defensor de Familia

Modificación del régimen de visitas de la madre cada quince días por hora y media, durante día hábil en las instalaciones del ICBF

Encontró que el abuelo paterno aportó videos en los que el niño refiere que fue dejado en una habitación con el celular y otro menor de edad; de tal suerte, modificó el régimen de visitas dispuesto por el Juzgado Trece de Familia de Azul, por un lapso de seis meses. De igual forma evaluó el presunto incumplimiento de la madre del fallo al no suministrar medicamentos al niño, pero esto habría obedecido -según la progenitora- a que no se le enviaron fórmulas médicas.

Agosto

23

Centro Zonal Azul claro.

Defensor de Familia

Remisión del niño a un hogar sustituto

[Ver: Anexo 6. Audiencia del 22 y 23 de agosto de 2023 (Centro Zonal Azul claro)]

La madre del niño denunció que, en casa del abuelo paterno, el niño accedió al celular sin supervisión. La defensora señaló que el niño ha tenido en su poder aparatos celulares sin vigilancia. Advirtió que el lugar de residencia de la madre no había sido visitado, la abuela paterna está radicada fuera del país, el padre no ostenta habilidades parentales y bajo supervisión del abuelo que ocurrieron los hechos, por lo que encontró una opción en el hogar sustituto.

123. Con base en los fallos de tutela que declararon el desconocimiento del debido proceso de la madre y el hijo en la asignación de la custodia de este último en cabeza de sus abuelos paternos, para la Sala queda claro que la separación de la madre y el hijo fue inicialmente ordenada el 15 de marzo de 2022, sin competencia territorial y sin la participación efectiva de la madre, como tampoco del niño. Las alusiones que hace esta Sala de Revisión sobre el particular no desconocen la cosa juzgada, sino que se soportan en ella. La Sala observa que la aludida violación del derecho fundamental al debido proceso no es un asunto que deba ser estudiado en esta ocasión, sino un hecho debidamente acreditado, es decir, es una cuestión que ha sido definida judicialmente, que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

124. En cualquier caso, para la solución del presente caso, relacionado con la violación del derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, es preciso tener en cuenta que la violación del debido proceso de la madre en el trámite sustanciado por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno implicó para la accionante un obstáculo para el ejercicio de la

maternidad y dio origen a la separación de su hijo. Sin tener la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo, sin ser tenida en cuenta en el trámite y sin haber tenido ocasión de presentar argumentos de defensa ante las acusaciones hechas por el abuelo paterno, fue despojada de la custodia de su hijo. Las irregularidades en aquel proceso impidieron a la madre acreditar sus calidades para ejercer el rol materno; a la vez que le impidieron desvirtuar el pretendido maltrato físico y emocional que, según el abuelo paterno y la comisaría mencionada, ejercía sobre el menor de edad.

125. En opinión de la Sala, aquellas irregularidades no se proyectaron únicamente sobre la actuación concreta de la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno. Adicionalmente, dieron origen a una serie de decisiones que no repararon en la violación de derechos fundamentales ni procuraron resolverla. Lo anterior se evidencia en las siguientes irregularidades: las decisiones posteriores (i) no consideraron que la medida de protección que separó al niño de la madre se fundamentó únicamente en la postura del abuelo paterno; (ii) tras la declaratoria de la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, ninguna de las autoridades verificó los hechos del presunto maltrato ni las aptitudes de la madre para garantizar los derechos del niño; (iii) por el contrario, se orientaron a establecer únicamente si el abuelo paterno ofrecía óptimas condiciones de vida al menor de edad. La discusión no se enfocó en determinar si la separación entre el niño y la madre era viable, sino en si los recursos con los que contaban los abuelos paternos aseguraban los derechos básicos del infante. Este enfoque desconoce el derecho del menor a permanecer en el seno de su familia nuclear, que es, como se verá más adelante, la situación que el Legislador ha considerado ideal para el desarrollo de los menores.

126. Las decisiones adoptadas luego de las decisiones de tutela que declararon la vulneración del debido proceso de la madre incurren, por lo menos, en las dos siguientes falencias: (i) omitieron los conceptos emitidos por el ICBF, a través de la Regional Verde, según los cuales la madre tiene habilidades parentales para el ejercicio de una maternidad orientada al desarrollo integral de su hijo, que se encuentran en proceso de mejora, y que no exponen al menor a un riesgo que amerite la separación de la progenitora; y (ii) desconocieron la solicitud probatoria de la madre en el sentido de que las valoraciones no solo se efectuaran sobre el entorno de los abuelos paternos, sino también sobre el suyo, en la ciudad de Verde claro. Sobre este particular, aunque la madre hizo la solicitud desde noviembre de 2022, solo fue atendida por el Juzgado Trece de Familia de Azul, el 15 de junio de 2023. Como resultado de tales omisiones, las condiciones habitacionales de la madre para formar al niño en condiciones dignas han sido inadvertidas en el análisis del lugar en que aquel debe permanecer.

127. En suma, las irregularidades procesales verificadas en su momento por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Verde claro y el Tribunal Administrativo de Verde no fueron tenidas en cuenta por el Juzgado Trece Administrativo de Azul, como tampoco por el Centro Zonal Azul claro. A pesar de su identificación, ninguna de estas autoridades escuchó a la madre ni verificó los alegados hechos de maltrato, que, sin estar probados, originaron la separación del niño y la madre. Ninguna de las entidades permitió a la madre presentar argumentos ni elementos probatorios que sirvieran como medio de contraste para contradecir el acervo probatorio remitido por el abuelo paterno del niño y las conclusiones sobre los medios de subsistencia de los que este último dotaba al niño. Lo anterior, incluso

cuando ella misma lo solicitó de forma expresa y reiterada.

128. Establecido lo anterior, la Sala concentrará su atención en los motivos que impusieron o refrendaron la separación de la madre y el hijo. La Sala no desconoce que varias de estas decisiones podrían ser objeto de la providencia en la que el Juzgado Trece de Familia de Azul analizará minuciosamente la controversia, en sede de homologación. En cualquier caso, según se indicó en el acápite del análisis del requisito de subsidiariedad, este tribunal encuentra necesario dictar un pronunciamiento judicial sobre la alegada violación del derecho fundamental del menor a tener una familia y a no ser separado de ella.

Análisis conjunto de las decisiones en función de las pruebas obtenidas en sede de revisión

130. Las cuatro decisiones adoptadas por las autoridades de familia referenciadas y estudiadas hasta este punto obviaron referirse a la idoneidad de la madre para asumir el cuidado de su hijo. Lo anterior, pese a que en el expediente aportado por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno, por el Juzgado Trece de Familia de Azul y por el Centro Zonal de Azul claro, obra prueba de la misma.

131. Aquella proviene del ICBF, a través de la Regional Azul, específicamente a través del Centro Zonal de Azul oscuro, y a través de la Regional Verde, las cuales dieron concepto favorable sobre la capacidad de la madre para tener a su cargo al niño.

131.1. El primero, el Centro Zonal de Azul oscuro, a través de defensor de familia estableció que, para el 14 de enero de 2022, «[f]rente a la dinámica familiar materna se describen relaciones cercanas y cordiales en el subsistema familiar y parental; [a]l interior del grupo familiar, los canales de comunicación se describen abiertos, facilitándose la expresión abierta de sentimientos y emociones a los miembros de la familia y su movilización, cuentan con red de apoyo familiar por línea materna quienes han sido un apoyo fundamental en la crianza» del menor de edad. De tal suerte, la trabajadora social adscrita a aquel Centro Zonal conceptuó en favor de la ubicación del niño junto a su madre.

131.2. A conclusiones análogas llegó la Regional Verde, a través del Centro Zonal Verde oscuro de la ciudad de Verde claro, en dos oportunidades durante el trámite administrativo.

* En la respuesta al auto de pruebas del 4 de mayo de 2023, la regional manifestó que, para el 31 de enero de 2022, «David [contaba] con el cumplimiento de sus derechos mínimos de la niñez y la adolescencia». Encontró que, si bien el rol de madre de la accionante era susceptible de mejora, existían alternativas terapéuticas para ese propósito. Al respecto, señaló lo siguiente: «[S]e evidencia en la progenitora falencias en su rol, por lo que se hace necesario [...] remitir a la progenitora a psicología por la EPS y a curso pedagógico en la [D]efensoría del [P]ueblo, ya que esto le permitirá adquirir herramientas que le permitan minimizar el riesgo al que pueda estar expuesto el niño de acuerdo con el motivo de ingreso a ICBF [por presunto abuso sexual]». De acuerdo con esta directriz, recomendó seguir terapia para el menor de edad a través de la Asociación Creemos en ti, para la valoración y el seguimiento de la presunta violencia sexual.

Estas recomendaciones fueron observadas con rigor por la madre. Se encuentra plenamente acreditado que, desde entonces, ella asiste a terapia psicológica para fortalecer sus

habilidades de crianza, una vez por semana. Para el mes de mayo de esa misma anualidad la entidad manifestó que el niño «hace parte de una familia extensa por línea materna, que ha sido responsable en cuanto al cuidado y crianza, como también ha logrado la satisfacción de las necesidades básicas del hogar, siendo un medio familiar que es garante en cumplir con los derechos de la infancia y la adolescencia» [énfasis fuera de texto]. Del mismo modo, está probado que el niño fue inscrito por su madre en un programa terapéutico en la asociación recomendada por el ICBF, con el fin de resolver los efectos del presunto abuso sexual del que habría sido víctima. También se encontraba en un programa de terapia ocupacional, debido al TDAH que le fue diagnosticado.

En mayo de 2022, mientras vivía con su madre, el Centro Zonal concluyó la existencia de un «vínculo afectivo estrecho madre e hijo, vínculo afectivo con abuelos maternos y abuelos paternos y vínculo afectivo distante entre el niño y su padre». Agregó que «se debe tener en cuenta en el momento de resolver el cuidado y tenencia del niño David, por parte de la [a]utoridad [a]dministrativa competente, que quien viene ejerciendo en la actualidad el cuidado y la tenencia del niño, ha sido la progenitora señora Ana, quien le viene brindado respuesta a las necesidades afectivas, emocionales y materiales de David con el apoyo de la familia materna donde se observan factores de generatividad que permiten garantizar un entorno protector adecuado para su desarrollo integral, demostrando su compromiso dando cumplimiento a las recomendaciones en el proceso terapéutico de Creemos en ti, en el proceso que realiza en Cognicet, como lo indican dichos informes y adicionalmente está garantizando los derechos del niño frente la salud y la educación y a tener una familia» [énfasis fuera de texto].

□ En segundo lugar, con base en los hallazgos de la visita efectuada por el ICBF al lugar de residencia de la madre, en Verde claro, en acatamiento de lo dispuesto por la magistrada sustanciadora mediante el auto del 4 de mayo de 2023, se encuentra probado que la madre es una persona apta para el cuidado del niño. Conviene señalar que dicha visita fue realizada por especialistas en psicología y trabajo social. Los expertos reconocieron factores de mejora con los que manifiesta estar comprometida. Para la entidad, la madre es una persona garante de los derechos de su hijo.

Para la Sala de Revisión resulta determinante la valoración hecha luego de la visita efectuada el 11 de mayo de 2023, a instancias de la magistrada sustanciadora. En ella se consignó el siguiente resultado:

“FACTORES DE GENERATIVIDAD:

- * La señora Ana cuenta con los recursos económicos sólidos, necesarios y suficientes para los gastos de manutención del niño DAVID.
- * La señora Ana cuenta con las condiciones habitacionales adecuadas.
- * La señora Ana, reconoce el diálogo como fuente mediadora ante las dificultades, precisa amor, cariño, afecto y respeto por su hijo, lazos familiares y vínculos afectivos cercanos.

FACTORES DE VULNERABILIDAD:

- En el momento de la visita no se precisan factores de amenaza o riesgo para el libre desarrollo personal y físico de DAVID.

- Se le orienta a la madre sobre la importancia de instalar mallas de protección en el balcón, ventanas, habitaciones y demás espacios donde se movilice DAVID”

132. Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que la madre presenta condiciones socioeconómicas y emocionales que la hacen idónea para la crianza de su hijo, sin que el ejercicio de su rol como madre constituya amenaza alguna para el infante. Lo anterior, en vista de que el mismo Centro Zonal Verde oscuro de la ciudad de Verde claro, en visita al hogar materno, ordenada por el Juzgado Trece de Familia de Azul y realizada el 15 de junio de 2023, encontró lo siguiente:

“10. FACTORES DE VULNERABILIDAD Y GENERATIVIDAD

• VULNERABILIDAD

Se identifica riesgo de caída por falta de vidrios y/o mallas de seguridad en ventanas del apartamento.

• GENERATIVIDAD

- Se reporta red de apoyo familiar por línea materna.

- Se identifica apoyo institucional por medio de su EPS y búsqueda de elementos psicoterapéuticos en el abordaje emocional y para la crianza de su hijo.

- Se identifica estabilidad económica del medio familiar que permite garantizar la seguridad alimenticia, y habitacional del núcleo familiar.

- El contexto barrial no representa un riesgo para su desarrollo de la familia.

- Se identifica un contexto sano y armónico para el cuidado del niño en su medio familiar materno.

- Se identifican sanas relaciones y adecuados canales de comunicación entre los integrantes de la familia extensa”.

133. Los elementos probatorios descritos demuestran que, pese a que desde el inicio la madre mostraba condiciones idóneas para ejercer en forma directa el cuidado de su hijo y actuó en forma consecuente con su deseo de ejercer la maternidad en forma consciente y respetuosa, mediante la preparación continua para hacerlo, las autoridades obviaron estas conclusiones y, al momento de optar por la separación de niño de la madre, y posteriormente refrendarla, no establecieron cómo a pesar de que la progenitora es garante de los derechos del infante, los hechos de maltrato eran de tal envergadura que sugerían la necesidad de la finalización de la convivencia en pro del bienestar del menor.

Valoración de cada una de las decisiones

134. Primera decisión efectiva sobre la separación de la madre y el hijo. El 15 de marzo de

2022, la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno dictó la decisión que otorgaba una medida de protección en favor del menor de edad al encontrar —con fundamento en los informes y los testimonios aportados, exclusivamente, por el abuelo paterno, y sin haber escuchado al niño— que aquel familiar disponía de condiciones idóneas para el cuidado del menor. Con fundamento en ello, concluyó que la «situación determina imponer la medida de protección [...] en contra de [la madre] para poner fin a estos hechos [sin indicar cuáles] y prevenir hechos futuros de esta naturaleza». Tales hechos estarían presuntamente asociados al maltrato entre los miembros de la familia. Los fundamentos de la decisión son confusos y, en todo caso, no proporcionan una razón de peso e incontrovertible que habilitara a la separación de la madre y el hijo.

135. Según se sigue de la jurisprudencia citada en este fallo, una decisión de esta índole, que compromete gravemente el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, debe contar con una sólida justificación. Conviene reiterar que, en criterio de este tribunal, esta clase de medidas, «cuando impliquen la separación del niño de su familia, han de ser excepcionales, preferiblemente temporales y basarse en evidencia de que aquella institución no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar».

136. Una medida semejante únicamente puede ser adoptada cuando existan pruebas evidentes del riesgo que supone la presencia o la compañía de los progenitores para la salud mental y física del menor. Por tal motivo la decisión adoptada por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno acarreó una lesión grave de los derechos fundamentales del niño, pues lo apartó del hogar materno sin que existieran fundamentos mínimamente atendibles, que pudieran acreditar la falta de idoneidad de la madre para encargarse del cuidado del niño. Esta situación no solo constituye un acto reprochable; es, además, una grave amenaza para el adecuado desarrollo emocional del menor.

137. Segunda decisión efectiva sobre la separación de la madre y el hijo. El fallo del Juzgado Trece de Familia de Azul, que data del 23 de febrero de 2023, ordenado por el juez de tutela, fue expedido sin que la madre fuera visitada en su lugar de residencia —a pesar de haberlo solicitado de manera insistente—y al margen de las consideraciones sobre las irregularidades detectadas por los jueces de amparo. Se fundamentó en la valoración psicológica de los padres del niño, como de los abuelos paternos. Concluyó, comparativamente, que la única persona idónea para el cuidado del menor de edad era la abuela paterna [Ver: Anexo 4. Expediente suministrado por el Juzgado Trece de Familia de Azul. Contenido de la sentencia del 23 de febrero de 2023. Consideraciones sobre la abuela paterna], pese a que ella es residente de México, estatus que la obliga a permanecer durante lapsos prolongados en el extranjero.

138. Aunque reconoció calidades importantes para la crianza y el compromiso de la madre por fortalecer sus habilidades parentales [Ver: Anexo 4. Expediente suministrado por el Juzgado Trece de Familia de Azul. Contenido de la sentencia del 23 de febrero de 2023. Consideraciones sobre la madre], luego descartó que fuesen suficientes para asumir el cuidado de su hijo. La decisión judicial, soportada en un dictamen psicológico, contiene la siguiente valoración de la accionante: «[H]a sido una persona interesada, activa y

participativa dentro del trámite adelantado, desde que tuvo conocimiento ha estado representada por apoderado judicial y siempre ha manifestado el querer tener en cabeza suya la custodia y cuidado personal de su hijo». En criterio del despacho judicial, la demandante es «una persona reflexiva, empática, sensible, amable, con adecuado control de impulsos y tolerancia a la frustración, que puede llegar a exhibir desregulación sobre todo ante circunstancias que emanan un cambio inesperado o se ubican fuera de su control, [...] opta por ser una persona planificadora, que se anticipa a las consecuencias y adecuado control de sus emociones, que no se encuentra exenta de dejarse llevar de sus impulsos [...] [También,] se hace reconocimiento en la evaluada de habilidades para crear redes de apoyo que fortalezcan sus recursos, adaptabilidad a las características del menor, calidez y afecto en su interacción, como estimulación en su aprendizaje por medio de la planificación de actividades y tareas, al igual que habilidades para la organización doméstica como para la vida personal (control de impulsos, adecuada autoestima, estrategias de afrontamiento y proyecto de vida).

139. También, reconoció que «al tiempo que se encontraba con su hijo en la ciudad de Verde claro, estaba tratando de superar las falencias encontradas dentro del proceso de restablecimiento de derechos, con sus esfuerzos y con el acompañamiento del equipo interdisciplinario del ICBF, Centro Zonal Verde oscuro de la ciudad de Verde claro, cumpliendo con la asistencia a tratamiento neuropsicológico y terapia ocupacional para el déficit de atención presentado en su hijo, asistencia a tratamiento terapéutico, Asociación Creemos en ti, para el presunto abuso sexual, vinculación educativa, salud y a todo lo necesario para el sano desarrollo integral de DAVID, con lo que demostró que la progenitora venía realizando un proceso de empoderamiento de su rol materno de manera asertiva».

140. A pesar de esta contundente valoración positiva, la jueza encargada descartó la idoneidad de la madre para las labores de crianza con base en afirmaciones hechas por los abuelos paternos del menor. Ellos hicieron hincapié en la supuesta negligencia de la madre en el cuidado de la salud del menor. Tal defecto se habría puesto en evidencia con el diagnóstico de bronquiolitis que presentó al momento de nacer. Además, refirió que la madre estima que los abuelos paternos conciben subjetivamente que el niño presenta varias afecciones, y ha expresado que no quiere que su hijo consuma medicamentos en exceso. No obstante, el juzgado no precisó cómo esta perspectiva ha expuesto la integridad del menor de edad, habiéndose concretado un acto negligente y riesgoso que haya expuesto materialmente al niño de modo efectivo.

141. Adicionalmente, el juzgado se fundamentó en los informes de uno de los colegios, para afirmar que la madre no asiste a reuniones ni ha seguido el tratamiento psicológico indicado, obviando los informes de un jardín infantil que señala todo lo contrario. Sobre estos informes, el abuelo paterno adujo que las reuniones de las que daba cuenta eran aquellas programadas, pero no los llamados de urgencia del establecimiento educativo, que él solía atender ante la falta de respuesta telefónica de los padres. Ahora bien, el hecho de que la madre no haya asistido personalmente a las reuniones y que el abuelo paterno lo haya hecho, no evidencia en modo alguno la desidia de la madre; demuestra la existencia de una red de apoyo sólida en la que el abuelo paterno apoyaba a ambos padres. No obstante, tal apoyo no puede ser entendido como la falta de atención a las responsabilidades de los padres, sino como su complemento por parte del abuelo paterno.

142. Respecto del estado mental del niño, el despacho de conocimiento adujo que la madre no tiene en cuenta su bienestar, en vista de que no consideró su trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) al que le restó importancia. Para la Sala este concepto pugna con el tratamiento terapéutico desarrollado en la ciudad de Verde claro, con avances significativos en la concentración del niño, por recomendación del ICBF.

143. Finalmente, sobre la protección sexual del niño, para el juzgado de familia es cuestionable que la madre haya permitido que el menor se bañara con otro infante, exponiéndolo a situaciones de vulneración. Para la Sala, es cuestionable esta conclusión en la medida en que aquellos hechos son anteriores a la denuncia por abuso sexual. La madre aseguró y el ICBF constató que desde que aquella fue alertada sobre los hechos de presunto abuso, no ha habido contacto con el presunto agresor. Además, la madre emprendió junto con el niño un proceso terapéutico en la Asociación Creemos en ti, para conjurar los posibles efectos de tales actos. De tal suerte, estas conclusiones parecen contrariar la información existente en el expediente y las conclusiones a las que llegaron las demás autoridades de familia.

144. Llama a atención de la Sala el hecho de que las conclusiones sobre la negligencia de la madre se hayan estructurado a partir de las manifestaciones de la abuela y tía maternas, y no de la misma progenitora. El juzgado adujo que en la triangulación de la información hubo minimización y negación de hechos a los que ha estado expuesto el niño. Frente a la violencia sexual, la familia materna la niega. Además, refiere que cuando nació no tuvo un episodio de «bronquiolitis», sino una «gripita». De tal suerte, estableció la necesidad de fortalecer las competencias parentales y, por ende, la ausencia de idoneidad para detentar la custodia de su hijo. Todo esto, en vista no de las manifestaciones de la madre, sino de algunos de sus parientes, desconociendo las acciones emprendidas por la progenitora para conjurar ese hecho cuando el niño aún permanecía con ella en Verde claro, según lo acreditó el ICBF en sus informes.

145. Cabe anotar que la decisión no se pronunció sobre el motivo originario de la separación de la madre del hijo, cual habría sido, presuntamente, el maltrato que la progenitora supuestamente propinaba a su hijo menor de edad. Aquellos actos de maltrato no están acreditados, más allá de las afirmaciones hechas por el abuelo paterno, como de los informes y estudios gestionados por aquel y no controvertidos por la progenitora. Esta se ha limitado a referir que no maltrata a su hijo y que, lo hizo en dos ocasiones, habiéndose equivocado; reconsideró sus pautas iniciales de crianza orientándose en la actualidad por la que denominó crianza respetuosa.

146. El Juzgado funda la decisión de confiar el menor a su abuela paterna en la comparación hecha entre una madre joven, de un solo hijo, y una madre experimentada que formó dos hijos. Planteado así el análisis, las conclusiones no podrían ser más que adversas para la tutelante. En criterio de la Sala, la valoración hecha por el Juzgado no tuvo en cuenta el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella del menor de edad. De haberlo hecho, no hubiera considerado los dos hogares como oferentes que compiten por el grado de comodidades que son capaces de proporcionar. Tendría que haber advertido que la separación del menor de su madre es una medida de emergencia, que únicamente debe ser dispuesta en la medida en que se encuentre plenamente acreditada la ausencia de aptitud

de la progenitora para encargarse del cuidado del menor. En definitiva, si bien es comprensible tener la expectativa de lograr mejores resultados de crianza de quien cuenta con mayor experiencia, aquella no es razón suficiente ni de peso para separar a un niño de su madre.

147. Este razonamiento encuentra pleno asidero en el artículo 23 del Código de la Infancia y de la Adolescencia. Bajo el título «custodia y cuidado personal», la disposición establece que «[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales» [énfasis agregado]. La norma pone en evidencia que, en criterio del Legislador, el cual resulta plenamente congruente con los dictados de la Constitución en la materia, los padres de familia son las primeras personas llamadas a encargarse del cuidado del menor. A voces del artículo 22 del mismo código, «[l]os 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».

148. La verificación exclusiva sobre el lugar de residencia del niño junto a sus abuelos y su capacidad para ofrecer condiciones óptimas de vida para aquel, con amplias comodidades, fueron determinantes para mantener la custodia en cabeza de la abuela paterna, sin considerar su falta de permanencia en el territorio nacional. Es posible concluir que las elevadas condiciones económicas de los abuelos paternos fueron un criterio relevante para mantenerlo bajo su cuidado, sin considerar siquiera las condiciones de vida de la madre, mucho más modestas. Tanto estos, los abuelos paternos, como el padre del menor de edad, han expresado su preocupación por que al alejarlo de su lugar de residencia actual el niño perdería su estilo de vida. Lo anterior pugna con la prohibición establecida en el artículo 22 del código en cuestión, que establece que «[e]n ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación».

149. Por otro lado, la decisión se fundamentó en el hecho de que el menor de edad ha manifestado permanentemente su deseo de permanecer con la abuela paterna. Sobre el particular, la Sala observa que, al encontrarse en el hogar de los abuelos paternos, el niño ha presentado un cambio drástico de opinión sobre su madre y sobre sus emociones hacia ella. Mientras inicialmente mostraba afecto espontáneo por su progenitora, sin que ello implicara una animadversión por los miembros de su familia paterna, por quienes también manifestaba cariño, posteriormente refirió una imagen confusa de aquella, suscitada por las afirmaciones que escuchaba de su abuelo paterno. Llegó a señalar que su mamá, aunque lo defendía, era mala, en vista de que su abuelo, quien leía muchos libros, así lo asumía. También refería que ella no le suministraba comida y pasaba hambre bajo su cuidado, mientras al mismo tiempo expresaba que la comida que su madre le brindaba era suficiente para saciarse de modo que, por ese motivo, no le advertía que requería más alimento. Las afirmaciones sobre la madre fueron tornándose ambivalentes, para posteriormente afirmar deseos de golpearla al saber que estaba disputando su cuidado.

150. En criterio de la Sala de Revisión, analizados en su conjunto los informes, entrevistas, chats, imágenes, videos, audios y las diversas manifestaciones del menor de edad sobre la

situación, aportados por ambas partes, la escucha sobre el niño no puede perder de vista sus señalamientos ni su evolución, en el curso de los hechos. No cabe duda de que escuchar al menor de edad es un imperativo que deben atender los operadores jurídicos que toman parte en los procesos judiciales y administrativos que tienen por objeto el restablecimiento de sus derechos. Sin embargo, este ejercicio no puede ser una actuación irreflexiva. Si bien supone tener en cuenta sus preferencias, también conlleva el deber de discernir sus razonamientos con el fin de atender su interés superior.

151. En criterio de la Sala, el juzgado incumplió este deber. No tuvo en cuenta que el menor que entonces pedía, mediante el llanto, quedarse «un día más» con sus abuelos paternos era el mismo que tiempo atrás se negaba a retornar con su familia paterna. Además, no puede perderse de vista que, de manera ininterrumpida, ha sostenido que extraña a su madre. De igual forma, refirió no querer ver nuevamente a su abuelo y a su padre, y expresó que el primero lo castigaba físicamente, justo antes de serle entregado en la ciudad de Verde claro precisamente a este.

152. En este caso, escuchar al menor implica comprender que este último se enfrenta en la actualidad a un conflicto familiar en el que se ha visto directamente involucrado por las actuaciones de sus familiares. Según fue señalado por la psicóloga que sigue su proceso en la ciudad de Azul por el presunto abuso sexual, «David muestra resistencia a hablar sobre su dinámica familiar, evade temas relacionados con su historia de vida y la relación con sus padres. En consulta al darle la instrucción para que dibuje una familia se evidencia su angustia al no poder plasmar su mundo familiar, prefiriendo dibujar monstruos». En consonancia con ello, varios de los conceptos psicológicos aluden al riesgo que representa para el niño el conflicto familiar actual.

153. Ambas partes han optado por inquirirlo permanentemente sobre su relación con los demás miembros de la familia y, ante la identificación de una herramienta para proseguir el conflicto administrativo y judicial, graban al niño induciéndolo a las respuestas que requieren para sus fines personales y para la destrucción de personas que son familiares del menor y, también, aportan a su tranquilidad y bienestar. Al obrar de esta forma, socavan la intimidad del niño e interfieren con las emociones que él debe estructurar en forma autónoma con cada uno de sus allegados. El respeto por la consolidación de sus emociones no se avizora, de modo que sus impresiones sobre quienes lo rodean no se aprecian sólidas, y se tornan cambiantes. Esta variabilidad, impide que el menor visualice una red de apoyo y afecto en su favor, y trunca sus posibilidades de consolidar su ser con apoyo en la familia. Impide, además, reconocer el querer genuino que expresa.

154. En vista de lo anterior, la segunda decisión que mantuvo la separación entre la madre y el hijo no consideró las particularidades del caso concreto, como tampoco la totalidad de los elementos de juicio recabados. Incluso, no respondió al motivo de la separación, sin establecer si hubo o no el maltrato atribuido a la madre como una conducta permanente. Al respecto, interesa señalar que respondió a la pregunta por si el niño se encuentra bien en el lugar en el que reside actualmente, pero no estableció si la residencia materna implica algún riesgo para la consolidación de sus derechos o si ofrece condiciones para su garantía. Bajo esta aproximación al asunto, la reunión entre madre e hijo no será viable, aun cuando la misma decisión refiere la importancia de restablecer el vínculo maternofilial.

155. Tercera decisión efectiva sobre la separación de la madre y el hijo. En la dinámica familiar descrita, el abuelo paterno tuvo conocimiento de que, en una de las visitas presenciales de la madre al niño, este tuvo en su poder el celular de la progenitora. Infirió que, al disponer de aquel físicamente, no había control por parte de la madre y que el niño, pese a manifestarle insistentemente que se había limitado a jugar había tenido acceso a otro tipo de contenido. La madre, por el contrario, refiere un control parental en el dispositivo, que impide que el niño ingrese a la plataforma YouTube, en la que aduce ver videos de contenido pornográfico. No obstante, la defensora de familia considera que esta actuación incumple el deber de vigilancia estricta del acceso del niño a teléfonos celulares. De esta suerte, cuando a la madre inicialmente se le permitieron visitas presenciales, pernoctando con el menor durante los fines de semana, la defensora de familia del Centro Zonal Azul claro modificó la medida y le asignó visitas supervisadas en las instalaciones de esa dependencia, cada quince días durante apenas una hora y media, siempre durante día hábil.

156. Aquella decisión, una vez más, alejó al niño de la madre, atendiendo una solicitud del abuelo paterno, misma en la que este había insistido desde julio de 2022. Tal restricción a las visitas no fue motivada con suficiencia y la madre solo obtuvo acceso a los videos que comprobaban la postura del abuelo paterno una vez concluyó la audiencia en la que fue dictada la decisión.

157. Cuarta decisión efectiva sobre la separación de la madre y el hijo. En la misma línea, tiempo después, la madre del niño grabó una conversación con este, en la que aquel aduce que se encuentra en uso del celular, cuando no está controlado físicamente por alguna de las personas que se encuentra a su cuidado en casa de su abuelo paterno. Con ocasión de este video, la defensora de familia adopta una decisión coherente con la anterior, en el sentido de asumir incumplida la directriz judicial según la cual el menor de edad debía tener supervisión estricta en el uso de medios electrónicos. En atención a ello, como considerados los viajes frecuentes de la abuela paterna, a quien se le confió la custodia del menor de edad, la autoridad de familia dispuso la remisión del niño a un hogar sustituto.

158. Para la Sala, ninguna de las decisiones administrativas y judiciales dictadas revelan claramente la necesidad de separar al niño de la madre. Por el contrario, la Sala encuentra pruebas periciales que dan cuenta de su idoneidad personal y ética, además de la realización de actuaciones encauzadas a corregir los errores de crianza que ha cometido. De tal suerte, las decisiones conculcaron el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. El niño y su madre fueron separados sin una razón de peso. Por el contrario, la valoración sobre la dinámica familiar entre la madre y el niño apunta a que la primera puede asegurar los derechos del menor en su entorno familiar, incluso tras el presunto abuso, en la medida en que inició un programa para conjurar los posibles efectos de aquel hecho y ha proscrito totalmente el contacto del menor de edad con el presunto agresor. Inclusive, en la visita efectuada a la madre en su lugar de vivienda en junio pasado, las autoridades de familia establecieron que, salvo por un riesgo en la infraestructura que puede mitigarse, la madre del niño es apta para su cuidado.

159. En el asunto concreto, es claro que la separación del niño de su madre se adoptó sin estar plenamente probado que aquella amenazara la integridad física y mental del niño; entre otras porque la decisión se adoptó sin que los informes y testimonios aportados por el

abuelo paterno pudieran ser controvertidos por la progenitora. Adicionalmente, las acusaciones contra la madre están fundadas en divergencias sobre los patrones de crianza adoptados autónomamente por ella, como cabeza de su hogar. Estas divergencias no comportan una transgresión calificada de la dignidad del niño, es decir, que no es claro cómo amenazan o vulneran sus derechos fundamentales en forma contundente. De tal suerte, la separación no era necesaria para el restablecimiento de los derechos del niño, tal y como lo encontró la Regional Verde del ICBF, en su momento.

160. Las constantes censuras a la madre por parte del padre del niño, de los abuelos paternos y de las autoridades públicas que la separaron de su hijo, obviaron su condición como mujer joven con legítimas expectativas de desarrollo profesional. Lejos de constituir un apoyo familiar, la llevaron a elegir entre su desarrollo personal y la opción de ejercer la maternidad, de la que la alejaron sin permitirle demostrar su habilidad de crianza, en todo caso en construcción. Además, todos los reparos sobre el cuidado del niño recayeron exclusivamente sobre la madre, pretermitiendo el hecho de que ella estaba sola en tal ejercicio, debido a la lejanía del padre. En estas condiciones, le atribuyeron la responsabilidad de un presunto descuido, sin valorar que estaba sola en el cuidado del menor y excusando la conducta omisiva del padre, quien incluso a juicio del abuelo paterno, no está preparado para cumplir íntegramente con la cuota de alimentos fijada. Las censuras, en un acto discriminatorio, en razón del género, cobijaron en exclusiva a la madre sin reconocer sus actos para asegurar el bienestar del niño. Lo anterior, desde una perspectiva conforme a la cual los abuelos paternos al haber contribuido económicamente al sostenimiento del niño, podían desplazarla en su rol de madre, lo que atenta contra su proyecto de vida personal y familiar, y ha comprometido el criterio de su hijo en relación con ella.

Respecto de los actos de maltrato reconocidos

161. Todos los involucrados reconocen que la madre propinó golpes al niño en el pasado. Dan cuenta de la existencia de dos episodios en los que ello ocurrió, como se mencionó. Pero las autoridades que decretaron la separación del hijo y de la madre no asumieron la carga de precisar cómo aquellos actos comprometían en forma contundente la integridad del niño y convierten a la madre en una amenaza real para él, menos aun cuando la misma adelanta un proceso terapéutico de mejora de sus habilidades parentales, que le ha permitido reconocer el carácter reprochable de tal actuación.

162. Si bien madre e hijo refieren dos episodios en los que la madre golpeó al menor, no cabe duda de que para ambos esos son hechos aislados y no tienen vocación de permanencia en la relación materno-filial. A la pregunta de si uno de esos episodios ocurrió en más de una oportunidad, el infante respondió negativamente. Por su parte, la madre relata el hecho como una actuación equivocada de su parte, que actualmente, tras su formación en la adquisición de habilidades parentales, asume como una conducta reprochable. Es fundamental discernir entre las equivocaciones que los padres de familia podrían llegar a cometer, y el peligro real, grave e inminente del que se debe salvaguardar a los menores. La diferencia entre ambas conductas no es sutil, es clara. El riesgo que amerita la separación del hijo de sus padres debe ser contundente y ha de estar debidamente acreditado.

163. La Sala no desconoce que cualquier forma de maltrato hacia un niño es reprochable y,

tras la expedición de la Ley 2089 de 2021, se encuentra proscrita de manera expresa. Los padres no pueden acudir al castigo físico para ejercer su rol parental; este en ninguna circunstancia puede ser asumido como una acción de crianza, orientación o educación. Lo anterior, en vista de que «[e]l deber de dispensar un trato acorde con la condición humana es incompatible con las agresiones físicas y mentales a título de castigo, porque estos constituyen actos de sometimiento y humillación en los que, por la fuerza y no por la razón, el agresor termina disminuyendo al agredido, menguándole la posibilidad de gozar de su salud e integridad de forma plena y libre. Al ser el castigo físico [...] contrario [...] a la dignidad humana, también lo son las normas jurídicas que los toleran, bien sea porque los legitiman -como la definición de castigo físico que lo considera como una acción de crianza-, o porque desmejoran las medidas de protección contra este tipo de actos -como la introducción de requisitos de reiteración y magnitud de afectación del castigo que limitan su procedencia».

164. Sin perjuicio de lo anterior, en este asunto particular, los dos eventos de violencia física ocurridos en el pasado, como el mismo niño lo reconoce, no constituyen una amenaza actual. Ante la Regional Verde del ICBF, durante el primer semestre del año 2022, el niño habría expresado que su mamá lo castigó físicamente, pero que ya no lo hacía. Durante la audiencia llevada a cabo por el Centro Zonal de Azul claro, el pasado 22 y 23 de agosto, la profesional en psicología adscrita al ICBF destacó que, según las manifestaciones del infante, ninguno de sus familiares tenía conductas violentas para con él. El proceso de adquisición de habilidades para la crianza que la madre ha desarrollado para ejercer su rol con más asertividad hace suponer que estos actos pasados no constituyen un riesgo para el menor, que impida la convivencia con su progenitora. Por ende, no son útiles para dictar una medida de separación entre la madre y el hijo. Lo anterior, al punto en que ninguna de las decisiones que la materializaron precisó cuáles fueron los actos de maltrato y la forma en que sus efectos solo podían conjurarse mediante la ruptura de la convivencia.

Riesgos actuales para el niño

165. Según la Regional Verde, comisionada por el Juzgado Tercero de Familia de Azul, el único riesgo actual que tiene el infante al convivir con su madre, está asociado con la infraestructura del lugar de habitación, pues en un onceavo piso, no dispone de dispositivos de protección en ventanas y balcones, para evitar caídas. Aquel riesgo, conforme lo advirtió el ICBF, debe ser resuelto con prontitud debido al diagnóstico del menor de trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH). La entidad emitió las recomendaciones del caso durante la visita del 15 de junio de 2023.

166. Por otra parte, la Sala Plena observa que la práctica de realizar grabaciones del menor, con el fin de indagar por su relación con los demás miembros de la familia, atenta contra los derechos fundamentales de aquel. Tanto los abuelos paternos como la madre han incurrido en esta conducta. Ha sido una herramienta de afianzamiento del conflicto intrafamiliar, que ha instrumentalizado al niño sin considerar su derecho a la dignidad. Además, sin considerar los efectos para el niño, sus familiares han considerado las videograbaciones como un mecanismo de prueba que han de recopilar.

167. Mediante auto del 4 de mayo de 2023, la magistrada sustanciadora inquirió a los

involucrados respecto de aquella práctica. Durante el trámite de revisión los familiares del niño hicieron las siguientes aseveraciones al respecto:

Madre

Ha destacado que los abuelos paternos suelen grabar al niño. En opinión de la madre, al hacerlo hacen preguntas inductivas para obtener la información que quieren recibir, con el fin de usarla en su contra.

Afirma que los abuelos paternos «solo lo hostigan para que diga cosas, pues inmediatamente llega de mis visitas lo graban y le vulneran su espacio con estas grabaciones, tanto así que el niño me dice que no le gusta que lo graben, inclusive en una visita que tuve con él cuando me quitaron la custodia y lo podía ver un sábado cada 15 días llegó muy asustado y me decía que no quería volver donde su abuelo porque él lo amenazaba con quitarle el Nintendo y las cosas que le gustaban cuando él no le contaba lo que yo le decía, me pide que por favor no lo devolviera porque no quería más amenazas por parte de su abuelo y el constante hostigamiento que él le hacía una vez se veía conmigo, me decía con estas palabras textuales: “Mami no le digas cosas a mi abuelito porque el graba todo y lo manda a la comisaría” y esto se puede evidenciar con TODOS los videos que le hacen [...] allí se evidencia un terrible hostigamiento a mi hijo donde esto CLARAMENTE lo inestabiliza y lo hace sentir mucho miedo [...]. Por otro lado el abuelo lo amenaza diciéndole cosas como “Dios castiga a los niños que no dicen la verdad, entonces tienes que contarme todo lo que hablas con tu mamá” palabras textuales de mi hijo. Yo lo único que le dije es que eso no era cierto y que él podía decir todo porque no había nada malo de contarle lo que había hecho conmigo. Aunado a ello, NO es cierto que yo lo hostigara diciéndole que con quien quería vivir ni mi familia tampoco lo hizo, lo único que hicimos fue dedicarle todo el tiempo y mucho amor para que él se sintiera lo más feliz posible y lo más tranquilo posible, sin nombrar absolutamente nada del proceso ni lo que estamos viviendo, pues yo a diferencia del abuelo NO LO GRABO PARA QUE ME DIGA COSAS QUE LE DICE SU ABUELO, ESTE VIDEO QUE APORTÓ SOLO LO GRABE PARA DEMOSTRAR LA GRAVEDAD DE AMENAZAS DEL ABUELO LO CUAL PONE EN SITUACIÓN DE MIEDO A MI HIJO».

Padre

Sobre el particular, manifestó lo siguiente: «Yo he estado presente en algunas de las ocasiones en las que mi papá ha grabado alguno de los videos, y considero que, si no fuera por esos testimonios, habría sido difícil demostrar afirmaciones que a primera vista podrían parecer exageradas o falaces o engañosas»

Abuela paterna

Adujo que «[a]lgunos de los vídeos aportados como prueba, fueron grabados por el abuelo paterno [...] en los periodos en los que él permanecía al cuidado del niño, y la mayoría de estos, a partir del momento en el que le fue concedida la custodia por parte de la Comisaría Primera de Azul oscuro; los que yo grabé, fueron tomados desde que llegué a Colombia a hacerme cargo de la custodia [...]. En cualquier caso, siempre hemos grabado los testimonios de nuestro nieto cuando nos enteramos de cosas graves o preocupantes que él nos cuenta, ya que nos angustia mucho por todo lo que él ha tenido que pasar estando al cuidado de

Ana, y consideramos que estas grabaciones nos pueden ayudar para demostrar que ella maltrata y tiene completamente abandonado y descuidado a nuestro nieto».

Frente a los videos que ha hecho la madre, la abuela paterna considera que es una práctica anormal que incomoda el niño. Con ocasión de esa conducta, la abuela paterna ha solicitado que se restrinjan las visitas de la madre y que las mismas se efectúen con supervisión del padre.

Abuelo paterno

Destacó que desde cuando advirtieron «los hechos graves que se venían presentando, como el maltrato físico y emocional al que nuestro nieto estaba siendo sometido por parte de su madre, así como también del descuido y la negligencia evidentes por los problemas de salud y emocionales que se empezaban a manifestar en su comportamiento, Bertha y yo decidimos que debíamos empezar a grabar todos los testimonios que nos parecían relevantes. [A]nte la gravedad de las declaraciones de David, [...] como el posible abuso sexual [...] no podíamos más que tratar de recopilar pruebas que nos permitieran demostrar la apremiante situación [...] para poder elevar una denuncia ante las entidades competentes. Vale la pena aclarar, que en todo momento, nuestro nieto era consciente de que estaba siendo grabado. En la mayoría de las ocasiones, una vez el niño nos contaba de algún hecho que pareciera importante, tomábamos el celular y le pedíamos que nos relatara nuevamente lo que le había ocurrido. Vale la pena aclarar, que los vídeos tomados entre el 2 de junio de 2022 y el 20 de marzo de 2023, fueron grabados estando el niño bajo la custodia mía o de la abuela paterna. Otros de los videos, fueron grabados de forma espontánea en medio de situaciones cotidianas, ya que yo acostumbro a tomar registro de todas nuestras actividades para tenerlas como recuerdo. Respecto a esto, cuento con cientos de horas de vídeo, la mayoría de momentos felices que hemos compartido con nuestro nieto, desde que era tan solo un bebé de diez días de nacido, cuando por primera vez se quedó con nosotros en casa» [énfasis fuera de texto].

168. La Sala encuentra que los familiares del niño, especialmente los abuelos paternos, han empleado las grabaciones y los interrogatorios al menor de edad como instrumento de enfrentamiento. Para ellos, como para el padre, la presunta gravedad de los hechos que el niño les narra amerita tal conducta, como un mecanismo para recolectar pruebas para comprobar sus denuncias. Lo anterior, sin reparar en que aquella práctica tiene la potencialidad de revictimizar al niño.

169. La grabación de hechos relatados por un menor puede llegar a ser necesaria en situaciones excepcionales. No obstante, la práctica sistemática de grabación conlleva una grave violación de los derechos fundamentales a la intimidad y al bienestar mental del menor. Esto último ocurre en el caso concreto, tal como lo corrobora el hecho de que el abuelo paterno afirme que cuenta con «cientos de horas de video». Esta actuación, que se agrava con las amenazas de tipo religioso que emplea el familiar, le arrebató la tranquilidad, la serenidad y la espontaneidad que requiere un niño para gozar de un desarrollo adecuado. Además, lo obliga a guardar lealtad a su abuelo —en un enfrentamiento que no le concierne, pues él tiene derecho a gozar del amor y el cuidado de todos sus familiares—, lo que le impide estrechar sus vínculos afectivos con su madre y atenta contra su salud y desarrollo

mentales.

170. Cabe destacar que ninguno de los familiares está habilitado para recoger el testimonio del niño sin consentimiento de sus representantes legales. Este debe ser aportado al proceso del que se trate con el apoyo psicológico previsto por el Legislador para esos efectos, pues esta ha previsto que la práctica probatoria que implica a niños «se encuentra sometida a condiciones estrictas y medidas específicas de protección». Esta práctica, recurrente de los abuelos, expone al niño en su intimidad y en su integridad personal, y constituye un factor de riesgo adicional en la convivencia con los abuelos paternos.

171. Por último, respecto de las grabaciones al menor de edad como un mecanismo de recolección de pruebas, la Sala de Revisión no puede pasar por alto que, para el momento en que el abuelo paterno advirtió el presunto abuso sexual en contra del niño por parte de otro infante, adujo lo siguiente: «El [n]iño tuvo un comportamiento extraño el lunes de esta semana con la empleada del servicio, se desnudó y le mostró las partes íntimas; ella lo llamó y le tomó un vídeo» [énfasis fuera de texto]. De tal suerte, no solo los abuelos paternos han grabado al menor de edad, sino que han admitido que personas ajenas a su núcleo familiar primario lo graben, incluso cuando se encuentra desnudo. No cabe duda alguna de que esto compromete el bienestar del menor de edad y lo expone a un manejo inadecuado de su imagen.

172. Finalmente, como se ha dicho en esta providencia, sobre el riesgo que supone el conflicto familiar para el menor de edad, la Sala no puede soslayar que mientras el niño permaneció con su madre, en las entrevistas efectuadas por el ICBF no adujo ninguna postura adversa sobre sus abuelos paternos o su padre. Por el contrario, desde que se encuentra con los abuelos paternos, la postura hacia la madre amenaza el reconocimiento de los vínculos familiares y emocionales con aquella. En tal sentido, no cabe duda de que la unidad familiar se alcanzó en mejor forma, más tranquila y armónica, mientras el menor permaneció bajo el cuidado de su madre.

173. En esa medida, ante la prueba de la idoneidad de la madre para garantizar los derechos del niño, certificada por las autoridades de familia que han visitado su entorno, y dada la ausencia de fundamento sólido para la separación y evidenciado que, al estar con la madre, el niño reconocía con cada miembro de su familia un vínculo de afecto y apoyo, la Sala estima que es menester reunir a la madre y al hijo, y dotarlos de herramientas para la reconstrucción de la relación maternofilial. Esto para restablecer la unidad familiar, no solo respecto del vínculo y la convivencia con la madre, sino como medida para que el menor de edad tenga la posibilidad de reconocer lazos de afecto en todos los parientes involucrados, como solía hacerlo mientras vivía con su progenitora. Todos los miembros de la familia deberán contribuir para que la transición se efectúe de la mejor forma posible, en un ambiente de cooperación mutua, en pro del bienestar del niño. Esto, sin que las estrategias de protección que esta corporación adoptará puedan suponer la pérdida del vínculo familiar del niño ni con su padre, ni con sus abuelos paternos.

Remedio judicial

174. Medidas en relación con la dinámica del grupo familiar. Dadas las consideraciones previas sobre el caso concreto, la Sala Séptima de Revisión concederá la solicitud de amparo

formulada en la acción. Lo anterior, en vista de que la separación del niño y su madre no tuvo fundamento contundente que habilitara a las autoridades concernidas para promover y mantener su alejamiento. En consecuencia, la Sala revocará la decisión de segunda instancia, que declaró improcedente la acción de tutela de la referencia.

175. Con el propósito de restablecer el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella del menor de edad involucrado, la Sala considera necesario restablecer el vínculo maternofilial. Lo anterior, no solo en cuanto a la convivencia física del niño con su madre. También adoptará medidas para el afianzamiento de la relación maternofilial.

176. A ese efecto, en primer lugar, la Sala ordenará a la madre del niño remediar los riesgos en la infraestructura de su lugar de residencia, en la ciudad de Verde claro, asociados a la ausencia de sistemas de protección en ventanas y balcones. Esta falencia fue identificada el 15 de junio de 2023 por el ICBF. El ICBF deberá verificar que para el momento del traslado del niño a Verde claro los riesgos advertidos hayan sido completamente eliminados.

177. Superado el único riesgo que representa el lugar de residencia materno actual en la ciudad de Verde claro, se efectuará la entrega del infante a su madre. La medida se llevará a cabo en una diligencia a cargo del Juzgado Trece de Familia de Azul y del Centro Zonal de Azul claro. La mencionada diligencia debe efectuarse de forma pacífica y armónica, en pro del bienestar emocional del niño. En consecuencia, estará vedado a los familiares del niño entrar en controversias u oponerse de cualquier modo a su realización. Para que lo anterior ocurra de manera adecuada, el Juzgado Trece de Familia de Azul y del Centro Zonal de Azul claro deben prestar apoyo psicológico a todos los involucrados en la diligencia. Dicho apoyo tendrá por objeto brindar herramientas para procesar adecuadamente el cambio que conlleva la medida y asegurar que todos los integrantes de la familia sean conscientes de la necesidad de salvaguardar la salud emocional del menor.

178. Antes de la entrega del niño a su madre, que deberá ser realizada a través de profesionales en psicología que no hayan conocido previamente el presente asunto, el ICBF debe transmitirle al niño la síntesis que la Sala Séptima de Revisión elaborará para él. Además de transmitir el mensaje, los expertos en psicología deberán explicarle al infante lo decidido por esta corporación y resolver todas sus dudas sobre el particular. Todo esto, empleando las herramientas necesarias que demande la edad y los diagnósticos del niño. Es necesario que esta labor particular la efectúen profesionales en psicología que no se hayan aproximado al asunto, para asegurar que no hayan comprometido su juicio y puedan ofrecer al niño el mayor nivel de tranquilidad en el desarrollo de la diligencia.

179. Luego de efectuado el traslado del niño al lugar de residencia de la madre, a través de la regional correspondiente, el ICBF diseñará y pondrá en marcha un plan de manejo terapéutico para el restablecimiento y afianzamiento de la relación maternofilial. Del mismo modo, a través de las regionales correspondientes al lugar de residencia de los padres y abuelos paternos, la misma entidad estructurará un plan de manejo terapéutico a través del cual los miembros de la familia logren, en función del niño, el reconocimiento de su rol en el seno de la familia como del rol de los demás intervinientes. Lo anterior, con el objetivo de encontrar habilidades para el manejo del conflicto familiar, disponer de mecanismos de solución de aquel y procurar el restablecimiento armónico de las relaciones entre todos los

involucrados.

180. Llamado al padre de David para que cumpla sus obligaciones frente al menor. Se encuentra plenamente acreditado que las únicas personas que se han encargado de manera activa del cuidado del niño han sido, hasta ahora, sus abuelos paternos y la progenitora. Ha quedado establecido que el padre no ha cumplido las obligaciones que le atañen, pues sus responsabilidades han sido asumidas plenamente por los abuelos paternos. Tal circunstancia compromete el bienestar emocional del menor e implica una violación de su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Por tal motivo, la Sala de Revisión hará un llamado al padre de familia para que cumpla de manera adecuada los deberes morales, afectivos y económicos que tiene con su hijo. Igualmente, le recordará que el incumplimiento de tales obligaciones conlleva consecuencias jurídicas en el ordenamiento colombiano.

181. Ahora bien, con el ánimo de que exista claridad sobre la dinámica familiar en el futuro, a través de la regional correspondiente al lugar de residencia del niño y la madre, el ICBF deberá efectuar las acciones tendientes a la conciliación o a la fijación de alimentos y visitas del niño, asegurando que aquel no pierda contacto con su padre ni con sus abuelos paternos.

182. Finalmente, en relación con los miembros de la familia del niño, resulta necesario advertirles que, a partir de la fecha en que conozcan esta providencia, en pro de su desarrollo integral, deberán abstenerse de incurrir en las conductas conflictivas que generaron la situación. Les está vedado emitir juicio de valor alguno sobre la conducta de los demás, con destino al menor de edad, bajo el entendido de que sus manifestaciones le impiden el afianzamiento de los lazos afectivos con los miembros de su seno familiar, nuclear y extenso. Una vez conocida esta decisión, conforme a esta advertencia, deben abstenerse de emitir juicios de valor previos a la diligencia de entrega del menor de edad, que puedan dificultarla y comprometer aún más la estabilidad emocional del niño.

184. Cuando adopten las determinaciones pertinentes, las correspondientes autoridades dirimirán asuntos directamente relacionados con la ruptura de la relación maternofilial que pretende ser restablecida por parte de esta corporación. Por tal motivo, resulta forzoso que las decisiones que adopten sean congruentes con la jurisprudencia constitucional que se reitera en esta providencia. Naturalmente, esta obligación en modo alguno implica el desconocimiento del principio de independencia judicial, pues se funda tanto en la primacía de los derechos fundamentales del menor como en el poder de irradiación que ejerce la Constitución sobre las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

185. En consecuencia, esta Sala de Revisión ordenará al Juzgado Trece de Familia de Azul y al Juzgado Treinta de Familia del Circuito de Azul tener en cuenta los siguientes elementos de juicio, al resolver los asuntos que, en sus despachos, se encuentran pendientes de decisión: (i) las conductas que han implicado la violación del derecho al debido proceso de la madre del niño, las cuales fueron identificadas por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro y por el Tribunal Administrativo de Verde; (ii) las consideraciones expuestas en esta providencia sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, y sobre la excepcionalidad de las medidas que impliquen la separación de los hijos de sus padres; y (iii) la necesidad de aplicar el enfoque de género en el asunto correspondiente.

186. Compulsa de copias. Por último, habida cuenta de las posibles irregularidades en la actuación de la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno, que dio origen a la controversia actual, la Sala de revisión compulsará copias a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de Justicia y del Derecho.

187. El propósito es que las entidades, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, investiguen las eventuales irregularidades que podrían haber ocurrido en el marco de la presente controversia. La Sala de Revisión alude a la tramitación del proceso sin que se encontrara satisfecho el factor de competencia y a la variación de la custodia del niño, efectuada el 22 de agosto de 2023 de urgencia y sin razón motivada. Esto último, sobre todo en razón de que, en sede de revisión, el abuelo paterno del niño informó a través de su apoderada judicial, haber recibido asesoría y recomendaciones particulares de uno de los funcionarios de aquella entidad pública, incluso siendo visitado por este en su lugar de residencia con el propósito de recomendar un cambio en la persona que detentaría la custodia; siendo elegida para ese propósito la abuela paterna. Finalmente, la compulsa de copias tiene como propósito analizar el incumplimiento reiterado de las órdenes dictadas en sede de revisión, dirigidas a conseguir la remisión completa de la documentación relativa a esa causa.

188. Sobre la notificación de la decisión. Habida cuenta de la urgencia de las comunicaciones relacionadas con esta decisión, la Sala Séptima de Revisión le ordenará tanto a la Secretaría General de esta corporación como al juez de primera instancia efectuar las notificaciones correspondientes con celeridad, para asegurar que las medidas de protección se concreten en el menor tiempo posible.

Síntesis de la decisión

189. En esta oportunidad la Sala Séptima de Revisión analizó el caso de un niño que fue separado del hogar que conformaba con su madre, como resultado de una actuación administrativa irregular que otorgó la custodia del niño a sus abuelos paternos. Esta decisión fue refrendada, posteriormente, en varias oportunidades, manteniendo la separación entre madre e hijo. Incluso, en decisión reciente, el ICBF a través del centro Zonal Azul claro dictaminó la ubicación del menor de edad en un hogar sustituto.

190. Para dar solución a la controversia propuesta, la Sala de Revisión analizó, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela. Estableció que todos se encuentran debidamente satisfechos. En particular, al examinar el requisito de subsidiariedad, especificó que, pese a que está pendiente la decisión sobre la homologación de la decisión de enviar al niño a un hogar sustituto y la determinación sobre la pretensión de la custodia por parte del abuelo paterno, la situación particular del infante conlleva la existencia de un perjuicio irremediable, que amenaza su integridad emocional. Por consiguiente, el juez de tutela se encuentra habilitado para emitir un pronunciamiento sobre la violación de su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

191. Considerada la excepcionalidad de las medidas de protección que optan por la separación de los niños de sus padres, la Sala formuló el siguiente problema jurídico: ¿El ICBF y el Juzgado Trece de Familia de Azul vulneraron el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, al haber asignado su custodia a un entorno distinto a aquel que le

ofrece su progenitora, sin tener en cuenta la afectación del debido proceso propiciada por la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno y declarada por jueces de tutela; sin verificar las condiciones que podía proveerle al niño; sin que la madre y el niño hubieran tenido ocasión de manifestar su opinión y ejercer su derecho de defensa; y, en todo caso, actuando sin considerar el carácter excepcional que deben tener las medidas de protección que impliquen el alejamiento de los niños de sus progenitores?

192. La Sala de Revisión concluyó que, en efecto, las autoridades administrativas y judiciales de la especialidad familia que han resuelto el asunto, al no considerar la excepcionalidad de la separación de los hijos de los padres, lesionaron el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella. Además, llamó la atención sobre el hecho de que las exigencias exclusivas a la madre, y en todo caso desproporcionadas, sobre el cuidado del niño habrían desconocido sus elecciones autónomas de crianza, derivaron en una carga excesiva para aquella, que implicaba complacer a agentes externos de su núcleo familiar (abuelos paternos) y la exponía a una decisión históricamente desventajosa para la mujer, entre consolidar su profesión y el ejercicio de la maternidad, pues la controversia inició en el momento en que la madre decidió trasladarse de ciudad, con la intención de avanzar en su carrera profesional. Como consecuencia de este hallazgo, la Sala de Revisión encontró necesario adoptar medidas encaminadas al restablecimiento de los lazos familiares entre madre e hijo, para lo cual estimó imprescindible la reunión de los dos en el hogar materno, que se vio afectado por las medidas que produjeron la violación de los derechos del menor.

193. Pese a las manifestaciones momentáneas del niño sobre su deseo de permanecer con los abuelos paternos, la Sala encontró que, dada la variabilidad de su percepción sobre las relaciones familiares con cada uno de sus parientes, era menester ubicarlo bajo cuidado de su madre, pues estando con ella, incluso ante la existencia del conflicto familiar, identificaba relaciones armónicas con todo su entorno familiar, sin consolidar imágenes negativas de su familia paterna. Bajo su cuidado, puede reconocer más fácilmente vínculos de afecto que soporten su desarrollo integral y armónico.

Síntesis de la decisión para David

194. Este último apartado contiene una comunicación dirigida al menor de edad involucrado, con el propósito de explicarle de forma sencilla y sucinta la decisión adoptada.

195. Previamente, en casos similares a este, diferentes salas de revisión se han dirigido directamente a los niños y niñas, para suministrarles información sobre la situación y sobre el alcance de lo decidido. En este asunto, aquella necesidad deviene del hecho de que el menor está inmerso en un conflicto familiar que ha enfrentado a los miembros de su familia. Producto de aquel, sus emociones y perspectiva sobre sus padres y abuelos se han visto comprometidas. Es necesario que se le otorguen elementos de juicio para que estructure su propia valoración sobre lo sucedido y sobre lo resuelto por esta corporación, y logre procesar las emociones que pueda generarle.

Querido David:

Te enviamos un abrazo muy fuerte. Esta carta la escribimos un grupo de jueces. Trabajamos en un lugar que se llama Corte Constitucional. Nuestro trabajo es defender los derechos de

las personas, especialmente de niños como tú, a quienes la Constitución nos ordena proteger. Es bueno que sepas que a los niños como tú todos debemos protegerlos; no solo nosotros, también los miembros de sus familias para que crezcan sanos y felices. A veces, cuando algunos de los miembros de las familias cometen errores en esa protección, debemos intervenir para asegurarnos de que los niños disfruten de todos sus derechos.

Tú tienes el derecho a tener una familia. Por esa razón, no debes ser separado de ella, a menos que haya una conducta grave que te ponga en peligro. Supimos que vivías con tu mamá en Verde claro. También supimos que un grupo de personas decidieron que debías vivir con tu abuelo en Azul.

Tu mamá acudió a los jueces porque te extraña. A ella le pareció injusto que la hayan separado de ti. Tus abuelitos de Azul también quieren estar contigo. Todos se esfuerzan por protegerte. Pero al hacerlo han tenido desacuerdos en lo que más te conviene. Cada uno piensa que lo mejor para ti es estar con ellos, y no con los demás. Pero tus padres, es decir, tu papá y tu mamá, son quienes tienen las facultades para orientarte, aconsejarte y apoyarte más directamente. Ellos te guían para que seas feliz y cumplas tus sueños. Ellos y tú hacen parte de una familia, en la que todos están aprendiendo a ser padre, madre e hijo. Pero para hacerlo deben tener la oportunidad de estar unidos. Sabemos que tu padre no ha estado mucho contigo, pero tu madre sí. Es importante que vivas con ella para que puedas crecer muy bien. Nos dimos cuenta de que antes, cuando vivías con ella en Verde claro, pensabas que era divertida y que la amabas. Cometió algunos errores que no pueden volver a suceder. Ella lo sabe y está estudiando para ser cada día una mejor mamá. Lo hace para que tu estés bien a su lado.

Tomamos la decisión de que vivas con tu mamá. Eso no significa que no vayas a ver a tus abuelos. Seguirás compartiendo con ellos, de la manera que decidan otras personas que seguirán estudiando tu caso. Que vivas con tu mamá no implica que tus abuelos dejen de quererte, de cuidarte ni de apoyarte. Tampoco implica que ya nunca más volverás a Azul. Viviendo con tu mamá serás libre para quererlos y verlos a todos, si esa es tu decisión. Lo que tú sientas por cada uno de tus padres y abuelos, solo puedes decidirlo tú. Para eso, les pedimos a tu mamá, a tu papá y a tus abuelos que no te hablen mal de los demás. Vas a poder verlos con tus propios ojos, sin que nadie te diga nada de los demás. Tú eres el dueño de tus sentimientos y solo tú puedes decidir de qué manera los quieres. Eres libre para hacerlo.

Sabemos que tu abuelito conoce muchas cosas y que tus dos abuelitos paternos son muy importantes para ti. Pero ellos tienen sus propios sentimientos y tú los tuyos. Ninguno de tus familiares puede decirte qué sentir o influir en la construcción de tus sentimientos por los demás. No porque piensen una cosa tú estás obligado a pensar lo mismo. Tu familia debe quererte por lo que tú eres y eso incluye lo que tú sientes por personas como tu mamá, a quien sabemos que extrañas.

Aunque has dicho que quieres estar con tus abuelitos en Azul, hemos encontrado que tu mamá es una persona que te cuida, te protege y te asegura que estés rodeado de amor. No solo el de ella, sino de todos los miembros de tu familia. Vimos que cuando estuviste en Verde claro estabas bien y te sentías amado por todas las personas que hacen parte de tu

familia. Tú tienes derecho a tener una familia y a compartir con todos ellos, en la medida en que tú lo quieras, con la guía de tu mamá. Creemos que la forma en que fueron separados no fue la correcta y que las decisiones que se han tomado para que estés con tu abuela te exponen porque ella vive muy lejos. Para asegurar tu bienestar, ordenamos que vivas con tu mamá y que los dos puedan tener acompañamiento para reencontrarse y volver a construir los lazos que tenían.

No te preocupes por tus cosas. Tus abuelitos te las regalaron, de modo que tú, con la orientación de tu mamá y tu papá, puedes decidir en dónde se quedan esas cosas y qué harás con ellas. Tampoco debes preocuparte por la inseguridad o por las condiciones del colegio, todo lo irás resolviendo con tus papás, para que puedan sentirte más seguro. Ambos aportarán para eso.

Para que todos estén bien en tu familia, van a asistir a terapias para que puedas estar bien con todos tus familiares, sin que esto te cause miedo o te sientas mal. Tu familia necesita conocer cuál es el papel de los padres y los abuelos. Deben saber lo importante que son todos para ti, para que crezcas rodeado de amor. Esperamos que en esas terapias aprendan a vivir en armonía, es decir, respetándose y ayudando a que tú crezcas de la mejor manera.

No olvides que, en todo momento y lugar, puedes exigir que todos tus familiares respeten lo que piensas y sientes. Puedes pedir respeto a tu madre, a tu padre, a tus abuelos y a quienes te cuidan. Pedir respeto por tus derechos no implica que no los quieras ni ellos van a estar molestos por eso; puedes decirles qué te incomoda. Ellos tienen que hacer todo lo que esté a su alcance para que puedas vivir con toda tu familia en armonía.

Estaremos muy pendientes de ti y de tu familia. Para ayudarte a que logres estar feliz con todos los miembros de tu familia, necesitamos que nos cuentes lo que piensas, lo que sucede y cómo te sientes al respecto. En Verde claro, las personas de un lugar llamado ICBF estarán muy pendientes de lo que necesites. Otro juez vigilará que todo lo que ordenamos se cumpla en tu beneficio. Podrás decirles en cualquier momento lo que quieres y lo que no quieres, o los problemas que tú veas que se van presentando.

Esperamos que todo mejore en tu familia para que puedas estar muy bien y que, de ahora en adelante, la relación entre tus familiares no te cause molestias, sino alegrías. Recuerda siempre que tienes derecho a ser feliz y a que todas las personas de tu familia actúen para que eso sea así.

196. La comunicación dirigida al menor de edad será explicada por profesionales en psicología, adscritos al ICBF, al momento de la entrega del niño a su madre, previo a la misma. De preferencia, a través de un profesional que no haya conocido del presente asunto, como fue precisado anteriormente.

. DECISIÓN

RESUELVE

REVOCAR la sentencia dictada el 28 de octubre de 2022 por el Tribunal Superior de Azul (Sala Penal), que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y

Medidas de Seguridad de Azul, el 26 de septiembre de 2022, en el presente asunto. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho del menor de edad a tener una familia y no ser separado de ella.

. ORDENAR a la accionante que, si aún no lo ha hecho, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, elimine los riesgos en la infraestructura de su lugar de residencia advertidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) durante la visita domiciliaria efectuada el pasado 15 de junio de 2023. Esta entidad validará las modificaciones efectuadas por la madre para acatar esta orden y verificará que para el momento del traslado del niño los riesgos hayan sido superados.

. ORDENAR que, en el término de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, el Juzgado Trece de Familia de Azul y el Centro Zonal de Azul claro aseguren la entrega del menor de edad a su madre, de forma pacífica y armónica, mediando apoyo de profesionales en psicología durante la diligencia. En la actuación administrativa, los funcionarios deberán tener en cuenta las pautas de trato, respeto y prevalencia del interés del menor que se consignaron en esta providencia.

. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que, durante la diligencia de entrega del menor de edad, previo a su materialización, a través de profesionales en psicología que no hayan conocido previamente el presente asunto, transmita al niño la síntesis que la Sala Séptima de Revisión elaboró para él, se la explique y resuelva sus dudas sobre el particular.

. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que, a través de la regional correspondiente al lugar de residencia del niño y la madre, en el término de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, consolide un plan de manejo terapéutico para el restablecimiento y afianzamiento de la relación maternofilial. El plan deberá ser desarrollado por profesionales idóneos y concluirá hasta tanto ellos consideren que el objetivo de la terapia se haya cumplido.

. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que, a través de las regionales correspondientes al lugar de residencia de los padres y abuelos paternos, en el término de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, consolide un plan de manejo terapéutico a través del cual los miembros de la familia logren, en función del niño, el reconocimiento de su rol en el seno de la familia como del rol de los demás intervinientes. Lo anterior, con el objetivo de encontrar habilidades para el manejo del conflicto familiar y procurar el restablecimiento armónico de las relaciones familiares. El plan deberá ser desarrollado por profesionales idóneos y concluirá hasta tanto ellos consideren que el objetivo de la terapia se haya cumplido.

. CONMINAR a Pablo para que cumpla de manera adecuada los deberes morales, afectivos y económicos que le atañen en calidad de padre. El ciudadano deberá tener en cuenta que el incumplimiento de tales obligaciones conlleva consecuencias jurídicas en el ordenamiento colombiano.

. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que, a través de la regional correspondiente al lugar de residencia del niño y la madre, en el término de los cinco (5) días

siguientes a la notificación de esta decisión, efectúe las acciones tendientes a la conciliación o a la fijación de alimentos y visitas del niño, asegurando que aquel no pierda contacto con su padre ni con sus abuelos paternos.

. ORDENAR al Juzgado Trece de Familia de Azul y al Juzgado Treinta de Familia del Circuito de Azul tener en cuenta los siguientes elementos de juicio, al resolver los asuntos que, en sus despachos, se encuentran pendientes de decisión: (i) las conductas que han implicado la violación del derecho al debido proceso de la madre del niño, las cuales fueron identificadas por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Verde claro y por el Tribunal Administrativo de Verde; (ii) las consideraciones expuestas en esta providencia sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, y sobre la excepcionalidad de las medidas que impliquen la separación de los hijos de sus padres; y (iii) la necesidad de aplicar el enfoque de género en las causas correspondientes. Adicionalmente, el Juzgado Treinta de Familia del Circuito de Azul deberá prestar particular atención al cumplimiento del factor territorial al momento de dictar la providencia, pues habrá de considerar que el domicilio del menor se encontraba en Verde claro y que a él habrá de retornar en cumplimiento de la presente decisión judicial.

. ADVERTIR a los miembros de la familia —abuelos paternos, padre y madre del menor de edad— que, a partir de la fecha, en pro del desarrollo integral de este último, deberán abstenerse de incurrir en las conductas conflictivas que generaron la presente situación. En especial, les está vedado emitir juicio de valor alguno sobre la conducta de los demás, con destino al menor de edad, bajo el entendido de que sus manifestaciones le impiden el afianzamiento de los lazos afectivos con los que cuenta en su seno familiar, nuclear y extenso.

. COMPULSAR COPIAS a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de Justicia y del Derecho, para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, evalúen si hay lugar a abrir investigación contra la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno por las irregularidades en desarrollo del proceso adelantado sin competencia y por la variación en la custodia del niño efectuada el 22 de agosto de 2023, así como por el reiterado incumplimiento de las órdenes dictadas por esta Sala de Revisión, dirigidas a conseguir la remisión completa de la documentación relativa a esa causa.

. REITERAR lo dispuesto en los ordinales noveno del auto del 4 de mayo de 2023, sexto del auto del 25 de mayo de 2023 y segundo del auto del 6 de octubre de 2023, en el sentido de advertir a la Secretaría General de esta corporación, a las partes y a las personas vinculadas y oficiadas en esta decisión que, en vista de que en el presente asunto se exponen datos sensibles de un menor de edad, todos los involucrados deben asegurar la reserva de la información y se abstendrán de reproducir, publicar o difundir por cualquier medio, oral, escrito, físico o digital esta providencia, su contenido y cualquier elemento asociado a este proceso. Al interior de las entidades públicas convocadas, se precisará que el contenido de este asunto es reservado y las comunicaciones y gestiones internas, convocarán únicamente a los funcionarios necesarios e impedirán la identificación del menor de edad por cualquier medio.

. ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación emplear los nombres ficticios

utilizados en la versión publicada de esta providencia en el sistema de consulta de procesos abierto al público a través del dominio web de la Corte, cuando quiera que dé cuenta de las actuaciones relacionadas con este asunto.

. ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación que priorice las comunicaciones asociadas a este trámite constitucional, dada la urgencia de la materialización de las medidas de protección.

. ORDENAR al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Azul que, atendiendo a su calidad de juez de primera instancia, notifique esta decisión a las partes y a las personas vinculadas en el término de un (1) día contado desde el momento en que reciba la comunicación de esta decisión.

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

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

Sentencia T-007 de 2024

Anexos de la decisión

Anexo 1

Entrevista psicológica forense al menor de edad

La entrevista psicológica forense constituye una valoración que no se enmarca en ninguno de los procesos administrativos ni judiciales que han tenido lugar con ocasión del conflicto familiar. No fue decretada por ninguna de las autoridades involucradas en el asunto. Fue efectuada a iniciativa del abuelo paterno, quien la costeó. Esta ha sido presentada por los abuelos paternos de forma reiterada en todas las instancias de discusión que han intervenido en el presente asunto.

A continuación, se transcribe ampliamente la entrevista practicada al niño el 29 de diciembre de 2021, por solicitud de la apoderada del abuelo paterno:

«ENTREVISTADOR: [...] ¿tú con quién vives?

NIÑO: con mi mamá

ENTREVISTADOR: ¿en dónde?

NIÑO: En Azul, pero ella se quiere ir a vivir a Verde claro

ENTREVISTADOR: y ¿por qué [...]?

NIÑO: porque ella dice que Verde claro es mejor que Azul... es una pereza

ENTREVISTADOR: y ¿tú que crees?

NIÑO: que no

ENTREVISTADOR: ¿cómo te las llevas con tu mamá?

NIÑO: más o menos

ENTREVISTADOR: ¿por qué?

NIÑO: porque mi mamá me ha enterrado las uñas en los brazos y por qué me ha pegado con el celular en la cabeza. No me dan comida, allá en Verde claro un señor me amenazó con un teaser y también, también, que mi mamá me grita mucho, mucho y muy duro

ENTREVISTADOR: Vamos por partes. Uno por uno me vas contando; ¿cómo es eso que te entierra las uñas? Cuéntame, ¿qué estaban haciendo?; o ¿qué pasó?

NIÑO: Me regañó muy e hizo grrr (hace sonido de rugido)

ENTREVISTADOR: y ¿por qué te regañó?

NIÑO: me regañó porque me porte mal, pero me hizo así (representa seña de que le apretaron fuerte los brazos)

ENTREVISTADOR: y ¿qué hiciste?

NIÑO: No me acuerdo

[...]

ENTREVISTADOR: ¿En dónde estaban?

NIÑO: En Verde claro, en la casa de Arturo, que es el que me amenazó con un teaser, en la casa de los abuelitos de él

ENTREVISTADOR: Y ¿qué pasó después, cuando ella te enterró las uñas?; ¿tú qué hiciste?

NIÑO: Llorar

ENTREVISTADOR: ¿Lloraste?

NIÑO: Y me encerró

ENTREVISTADOR: ¿En dónde?

NIÑO: En un cuarto

ENTREVISTADOR: ¿Y cuánto tiempo te dejó ahí?; ¿mucho o poquito?

NIÑO: Mi tía está haciendo en silencio, me estaba dando la comida, abrió la puerta e hizo silencio y ahí yo estaba escondido y llorando y me dolía y no me puso curita

NIÑO: No, nunca.

ENTREVISTADOR: Ahora vamos a la siguiente: ¿cómo así que te pegó con un celular en la cabeza? Cuéntame eso.

NIÑO: Así, con la punta del celular (hace la seña del suce[s]o)

ENTREVISTADOR: y ¿por qué te pegó?

NIÑO: me pegó porque estaba muy brava conmigo y yo le dije espérate y me grito qué espérate ni que nada me voy a ir y no me esperó y después me pegó

ENTREVISTADOR: y ¿qué te dijo cuando te pegó?

NIÑO: niño tonto

[...]

ENTREVISTADOR: y ¿te dijo algo más?

NIÑO: no, nada más y ya se acabó

ENTREVISTADOR: Cuéntame otra cosa, me dijiste que te gritaban y te regañaban, ¿por qué te gritan?

NIÑO: (Grita duro imitando a su mamá) Grita qué te pasa así pero más duro, no lo puedo hacer, es que grita muy duro

ENTREVISTADOR: cuando te grita ¿qué te dice?

NIÑO: no quiero tener un hijo ¿por qué lo tuve?

ENTREVISTADOR: ¿tú qué sientes cuando te dice eso?

NIÑO: me siento triste

ENTREVISTADOR: ¿le has dicho que te sientes triste?

NIÑO: sí

ENTREVISTADOR: ¿qué dice ella?

NIÑO: Ella que dice que no le importa

ENTREVISTADOR: y ¿qué más cosas que dice?

NIÑO: otra cosa y otra cosa y ya no más, no me dice más cosas, me regañan y me gritan mucho, muy seguido. Mi papá es bravo, pero como ya no me porto mal, ya no me castiga. Pero mi mamá me hubiera castigado y a toda hora

ENTREVISTADOR: ¿a toda hora te castiga?

NIÑO: sí, por todo, por todo, si le sale algo mal solo grita cómetela, cómetela y yo digo no quiero.

ENTREVISTADOR: Y cuéntame ¿cómo es eso de que alguien te puso un teaser?

NIÑO: un señor que dijo que me iba a pegar una patada y me iba a mandar al otro lado de la finca.

ENTREVISTADOR: ¿te di[j]o que te va a pegar una patada?

ENTREVISTADOR: ¿y cómo se llama ese señor?

NIÑO: Ricardo

ENTREVISTADOR: ¿qué es tuyo?

NIÑO: tío

ENTREVISTADOR: ¿es hermano de tu mamá?

NIÑO: no y además me amenazó con un teaser lo prendió y me dijo mire mire mire mire

ENTREVISTADOR: ¿por qué te amenazó?, ¿qué te dijo?

NIÑO: lo prendió

ENTREVISTADOR: ¿tú que hiciste?

NIÑO: yo dije mami mami mami y me dijo no sea gallina

ENTREVISTADOR: ¿tu mamá te dijo?

NIÑO: no, el señor me dijo y el hijo de Ricardo dijo jajajaja

ENTREVISTADOR: y ¿tu mamá qué hizo?

NIÑO: mi mamá me protegió, pero ella también es mala

ENTREVISTADOR: ¿por qué es mala?

NIÑO: porque me grita mucho, igual que mi papa, pero ese día me defendió

ENTREVISTADOR: tú me dijiste que no te dan comida, ¿cómo es eso?

NIÑO: solo me dan frutita, no un platado así grande de comida, solo me dan un sándwich con una fruta

ENTREVISTADOR: ¿sándwich de qué?

NIÑO: de atún y de huevo

ENTREVISTADOR: ¿le has dicho a tu mamá que quieres algo más?

NIÑO: No porque quedo lleno. Le he dicho, pero ella dice es que tu abuelito Carlos se inventa cosas

ENTREVISTADOR: ¿y qué dice de tu abuelito Carlos?

NIÑO: dice que... ella, es que ella es mentirosa, mi abuelita me dice agradece que acá te damos comida, mi abuelita Cristina

ENTREVISTADOR: tú me dijiste que dicen cosas de tu abuelito Carlos, ¿qué dicen?

NIÑO: dicen que él es un viejo

ENTREVISTADOR: y ¿qué más?

NIÑO: dicen que es un mal abuelito, que no te está educando y que ya no te vamos a dejar volver allá, y que te tienes que quedar más porque uno no puede vivir con el abuelito. Ellas dicen que uno tiene que vivir con la mamá

ENTREVISTADOR: ¿hay algo más que tú me quieras contar?

NIÑO: no

ENTREVISTADOR: ¿pasas tiempo con tu abuelito Carlos?

NIÑO: sí

ENTREVISTADOR: ¿mucho o poquito?

NIÑO: mucho a veces y poquito a veces, no me dejan tanto tiempo con él

ENTREVISTADOR: ¿por qué?

NIÑO: porque mi mamá dice que no quiere que este tanto tiempo con él

ENTREVISTADOR: cuando estás con tu abuelito Carlos ¿cómo la pasas?

NIÑO: tengo otra cosa de mi mama, cuando me compra algo, o sea me lo compra, pero le duele, le duele, no le gusta comprarme cosas

ENTREVISTADOR: ¿tú cómo sabes que le duele?

NIÑO: porque mi abuelito Carlos me contó, como él ha leído muchos libros y todo, pues él sabe

ENTREVISTADOR: ¿en la casa de tu abuelito Carlos pasas rico o pasas aburrido?

NIÑO: aburrido y rico

ENTREVISTADOR: ¿por qué? cuéntame

NIÑO: megárico

ENTREVISTADOR: ¿qué hacen?

NIÑO: jugamos Nintendo, me compra muchos juguetes, tengo una batería, hacemos oficio, contrata una niñera muy buena y de todo

ENTREVISTADOR: ¿te gusta?

NIÑO: sí

NIÑO: sí, pero es que él tiene razón

ENTREVISTADOR: ¿cómo es eso?

NIÑO: una vez el vio la nevera vacía

ENTREVISTADOR: ¿quién te contó?

NIÑO: él me contó

ENTREVISTADOR: con tu papá ¿cómo te la llevas?

NIÑO: más o menos, porque él me regaña mucho, pero ya no me regaña tanto y se está volviendo más educadito. Mi mamá está empeorando y mi papá ya no me regaña tanto y me dice por qué tengo que repetirte las cosas, ahora es una regañada suave, me compró muchos regalos de navidad

ENTREVISTADOR: ¿cómo te va en el colegio?

NIÑO: mal, porque me porto muy mal y me han mandado mil notas

[...]

ENTREVISTADOR: ¿tú te quieres ir a Verde claro?

NIÑO: no

ENTREVISTADOR: ¿por qué?

NIÑO: porque en Verde claro roban más que en Azul, está empeorando...

ENTREVISTADOR: ¿quién te dijo eso?

NIÑO: mi abuelito. Mi mamá dice que Azul está empeorando y mi abuelito que Verde claro está empeorando

ENTREVISTADOR: ¿hay alguna otra razón por la que no te quieres ir?

NIÑO: allá hay muchos ladrones, roban mucho, pero mi abuelita y mi mamá dicen que están poniendo muchos policías y eso es mentira

ENTREVISTADOR: ¿tú como sabes que es mentira?

NIÑO: porque mi abuelito me dijo y él lee muchos libros y sabe todo

ENTREVISTADOR: además de la inseguridad, ¿hay algo más por lo que no quieras irte?

NIÑO: no, ella me quiere llevar a Verde claro y no me quiere volver a traer a Azul

ENTREVISTADOR: ¿tú si quieres volver a Azul?

NIÑO: sí

NIÑO: me quiero quedar acá con mi abuelito Carlos

ENTREVISTADOR: ¿por qué no con tu mamá?

NIÑO: con mi mamá no la paso divertido, ya te conté todo lo que pasa con mi mamá

ENTREVISTADOR: la última pregunta, cuándo tú te vas a donde tu mamá ¿te gusta?

NIÑO: sí porque es mi mamá, pero yo quiero vivir con mi abuelito Carlos, con mi mamá no

ENTREVISTADOR: ¿por qué quieres quedarte con tu abuelito Carlos?

NIÑO: porque mi abuelito Carlos sí me da amor, mi mamá no

ENTREVISTADOR: ¿cómo así?

NIÑO: me pega y ya te conté, no tengo más que hablar

ENTREVISTADOR: ¿qué crees que diga tu mamá de que quieres vivir con tu abuelito?

NIÑO: no tengo más palabras

ENTREVISTADOR: ok, ¿alguien te dijo que me contaras esto?

NIÑO: sí, mi abuelito Carlos, él me dijo que te dijera todo lo que ya te conté, que te contara lo que había pasado y sí es verdad.

ENTREVISTADOR: bueno David muchas gracias por contarme todo» [Énfasis agregado]

La psicóloga que realizó la entrevista alertó sobre la existencia de «un presunto maltrato de tipo físico, psicológico y de negligencia por parte de la madre del menor de edad, en cuanto que el niño relata golpes hacia [é]l con objetos, amenazas con armas, denigraciones y falta

de cubrimiento de necesidades básicas». Agregó, como lo destacan los abuelos paternos, que existe un vínculo maternofamiliar desorganizado. La entrevista fue empleada por los abuelos paternos ante las autoridades de familia que han intervenido en el presente asunto.

Anexo 2

Hallazgos del ICBF, Regional Verde

Remisión del caso al ICBF (Regional Verde). El defensor de familia adscrito al Centro Zonal de Azul oscuro inició el proceso de restablecimiento de los derechos del menor de edad ante la solicitud que hizo el abuelo paterno el 6 de enero de 2022, por posible violencia sexual. El 13 de enero de 2022, el funcionario adjudicó la custodia del niño a un tío de línea paterna. Pero, el 14 de enero de 2022, una vez la madre fue escuchada, ubicó al niño bajo su cuidado, al encontrarla idónea para ese efecto.

En esa oportunidad, el defensor de familia adscrito al Centro Zonal de Azul oscuro advirtió que las autoridades de familia de Azul eran incompetentes, por el factor territorial, para conocer del asunto. Resaltó que lugar de residencia del niño estaba en la ciudad de Verde claro, y su permanencia en Azul se limitaba al periodo vacacional. Por ende, el 17 de enero de 2022, remitió el expediente a la ciudad de Verde claro, en concreto, a la Regional Verde del ICBF.

Recepción del caso en el ICBF (Regional Verde). Remitido el expediente a la regional Verde, esta avocó conocimiento del asunto el 24 de enero de 2022. La abuela paterna aportó pruebas según las cuales el niño habría sido víctima de violencia intrafamiliar. La defensora de familia citó a la madre, le hizo recomendaciones y entrevistó al niño, cuando menos, en dos oportunidades.

A continuación, se relacionan los principales hallazgos y conclusiones del ICBF, a través de la Regional Verde, con ocasión de la denuncia efectuada por el abuelo paterno.

Conclusión: La madre del niño cuenta con las condiciones para brindar un cuidado responsable al menor de edad (responde a sus necesidades afectivas, emocionales y materiales) y ha mostrado un alto compromiso en la crianza. Encontró una red suficiente y vínculos familiares significativos para el cuidado del niño, compuesta por la madre y los abuelos maternos. Resaltó la existencia de un vínculo afectivo estrecho con la madre, y distante con el padre. Ante la existencia de falencias, la madre ha acatado las recomendaciones. Para el niño recomienda continuar seguimiento por psicología y mantenerlo en su entorno materno. En todo caso, dispone acompañamiento a la familia para la superación de las dificultades.

Aspecto

Hallazgo

Nutrición

El 2 de febrero de 2022, encontró que no había signos de desnutrición. Por el contrario, estableció que «en el hogar se consume[n] cinco tiempos de comidas fraccionadas en tres

comidas principales y dos refrigerios, [...] consume de manera variada todos los alimentos de los diferentes grupos, cuentan con disponibilidad y acceso a los alimentos y hasta el momento no se han identificado situaciones que afecten el aprovechamiento biológico». Además, talla e índice de masa corporal corresponden a la edad del niño, quien estaba en buenas condiciones de salud.

Educación

Al llegar a Verde claro el, niño estaba desescolarizado. El ICBF advirtió a la madre que debía acompañarlo pedagógicamente hasta lograr su matrícula. Tras la advertencia, la madre remitió certificado de matrícula. El niño refiere estar cómodo en su entorno escolar, en el que se encuentra con niños de la misma edad, lo que -destacó- no ocurría en Azul.

Condición psicológica

El niño sigue un plan de psicología por la EPS, con el fin de abordar la dificultad que presenta para acatar órdenes. La madre admite que el niño duerme con ella, estando en proceso de aprender a dormir solo; el ICBF adjudica la situación a síntomas de ansiedad leve en el niño y nerviosismo al separarse de figuras de apego emocional.

El infante presenta un diagnóstico de déficit de atención por hiperactividad. Para su tratamiento, la madre tenía al niño en terapia ocupacional y psicológica, particular. En su desarrollo, el niño ha presentado avances significativos. Duplicó sus periodos de atención en mes y medio.

Presunto abuso sexual

La madre explicó que el niño no le comentó nada al respecto. En cualquier caso, aseguró que quien fuera el presunto abusador no comparte vivienda con ellos y, para entonces, ambos menores de edad no tienen ningún contacto.

El ICBF emprendió proceso por psicología para atender la posibilidad del abuso, determinarla y conjurar sus efectos, a través de la fundación Creemos en ti. En el seguimiento, el menor de edad manifiesta sentimientos negativos hacia «Jesús», sin relatar ninguna situación respecto de aquel. No se ha indagado directamente sobre el particular «evitando la revictimización».

El niño presenta conductas sexualizadas con sus pares.

Rol de la madre

El niño agregó «que su madre lo regaña mucho, porque él se porta mal y también lo ha cogido del brazo y lo ha rasguñado, pero ahora ya no lo hace». El ICBF destacó que: «se observa vínculo afectivo madre e hijo, ausencia de pautas de crianza por parte de la progenitora ausencia de hábitos en el niño. El niño no hace referencia frente al tema de presunto abuso sexual. Teniendo en cuenta lo anterior se recomienda remitir al niño a [«]Creemos en ti[»] para que adquiera habilidades, límites y hábitos. Orientar y resaltar a la madre y la importancia de realizar el curso pedagógico en la [D]defensoría del [P]ueblo y la garantía de los derechos del niño la progenitora debe realizar proceso terapéutico ya sea en

su EPS o institución particular para fortalecer pautas de crianza y [adquirir] herramientas para establecer normas claras y hábitos con su hijo».

Producto del análisis, advertidas falencias en el rol materno, el niño y su madre fueron remitidos a psicología. Adicionalmente, la madre es remitida a un curso pedagógico en la Defensoría del Pueblo sobre pautas de crianza; este fue desarrollado por la progenitora. Para el 27 de mayo, el ICBF encontró una mejora en cuanto a las pautas de crianza, debido a la terapia psicológica que la madre desarrolla para ese efecto.

Para mayo de 2022, la madre y el ICBF señalaron que en el hogar hay reglas. Cuando el niño las infringe, la madre le retira elementos que son de su gusto, como mecanismo de formación. La madre niega —y el ICBF no encontró— signos de maltrato físico.

Sobre el particular, la accionante manifestó lo siguiente: «no sé porque dicen que yo maltrato a mi hijo, tal vez me han faltado pautas de crianza, pero yo desde que inicié el proceso en Bienestar he cumplido con todo lo que me han ordenado».

La abuela materna precisó que la madre busca estrategias para llevar al menor de edad al cumplimiento de normas. Ha ideado un sistema de puntos, que ha producido avances.

El 2 de febrero de 2022, el niño sostuvo que «le gusta vivir con su mamá, pero también [...] con su abuelo Carlos en Azul, porque él le compra juguetes y Nintendo y también le gustaría vivir con su abuelita que vive en México». El niño expresó lo siguiente: «PREGUNTADO: con quién te gustaría vivir más. CONTESTÓ: con mi abuelito Carlos. PREGUNTADO: sabes dónde vive el abuelito Carlos. CONTESTÓ: en Azul. PREGUNTADO: tú has vivido antes con tu abuelito Carlos. CONTESTÓ: porque él me da muchas cosas, me da juguetes normales, me tiene batería eléctrica, cuando tocas duro se tiene que poner audífonos para que nos y escucha nada, si no usa se escucha duro, me da amor y me quiere. PREGUNTADO: cómo es ese amor. CONTESTÓ: dándome abrazitos, me da carne, papitas, me da frutas, eso es todo. [...] en casa me gusta también como me cocina en Verde claro, lo[s] dos por igual. PREGUNTADO: qué reglas tienes en tu casa. CONTESTÓ: me acuesto a las cuatro, 5, 6, cojo la Tablet todos los días y todo el tiempo, me presta el celular, y mi abuelito de Azul me dice que no me presta el celular, pero me presta el Nintendo, en Verde claro tengo Nintendo, pero el de Azul es más caro y chévere. [...] PREGUNTADO: te gustaría vivir con el abuelito. CONTESTÓ: sí me gustaría vivir con mis abuelitos el de Azul y Verde claro, no mejor con el de Verde claro».

El 5 de mayo de 2022, el niño refirió: «yo estoy bien, me gusta jugar con un dinosaurio, la psicóloga de Creemos en Ti, me enseña cosas didácticas me gusta ir allá me gusta estar con mi mamita y estoy feliz».

El 27 de mayo de 2022, el niño destacó: «Yo estoy feliz con todos (el niño empieza a sentarse y pararse en el comedor y se va para la sala y regresa) el niño se observa disperso e inquieto y refiere: “estoy bien, me gusta jugar, me gusta mucho ver televisión, me gusta montar bici [...]. Se le pregunta al niño donde está el papá Pablo y el niño refiere: “Umm. no sé, él a veces me llama. Se le pregunta ¿Quién es la persona que más te consiente? el niño contesta: mi abuelito Carlos, él me quiere y yo lo quiero, porque él me compra muchas cosas que yo quiero y me deja hacer lo que yo quiero. ¿Hace cuánto no ve[s] a tu abuelito Carlos? el niño contesta: umm hace mucho, pero hablo todos los días con él por teléfono y jugamos mucho

¿de que hablan? el niño refiere: umm...solo juego con mi abuelo a Mario Card y pingüinos y yo le muestro todo lo que me compra mi mamá y mis abuelitos Cristina y Eduardo y le digo que estoy contento con mi mamá. Umm quiero quedarme con mi abuelo y también con mi mamá, pero no quiero que mi abuelo se ponga triste y quiero irme también con él, porque él me tiene un Nintendo, una batería y ropa super fina y también me tiene muchos, muchos juguetes y me deja hacer lo que yo quiera. ¿Cómo es tu mamá contigo? El niño respondió: mi mamá me pegaba con la mano, pero hace mucho ya no me pega, me consiente, me ama mucho y yo también y jugamos mucho y ella es divertida». Para ese momento, la entrevistadora refiere: «El niño nuevamente se levanta de la silla del comedor, se dirige hacia la alcoba, me voy detrás del niño y él se acerca a su progenitora la abraza y le da muchos besos y ella le dice hijo te amo y el niño le dice yo también y la abraza fuerte y su madre le dice, ve y sigue hablando con la doctora y el niño se desplaza nuevamente al comedor y se sienta. Se le pregunta a David ¿quién es la persona que más amas? el niño responde: mi mamá ¿con quién la pasas bien? el niño responde: “con todos, con mi mamá y más con mi abuelito Eduardo.” ¿Quién te ayuda con las tareas? el niño responde: mi mamá y mi abuelita ¿con quién juegas? el niño responde: umm... con mi mamá, es chistosa y me consiente y con mi abuelito Carlos. ¿cuéntame un poco de tu abuelita Bertha y el niño responde: ella me quiere mucho y yo fui a México y a veces hablo con ella y también la quiero ¿de qué hablas con ella? El niño responde: de como estoy y le digo que estoy feliz con mi mamá».

Sobre el conflicto familiar

Para el niño, «[e]l problema viene de Azul y en también en [sic] Verde claro porque hay una guerra y una pelea entre mi abuelito, mi papa, mi mamá, mi abuelita y mi otra abuelita por mí, porque todos quieren que viva con ellos. Mi abuelita Cristina es muy amorosa, pero también me gusta mi abuelita Bertha».

La madre del niño destacó que, aunque los abuelos paternos del niño le dieron mucho apoyo durante el embarazo, «cuando nació [...] se involucraban en lo que yo tenía que hacer con David y no me daban la oportunidad de ser mamá porque todo lo cuestionaban. La situación con ellos se complicó, porque el abuelo ya que él era muy obsesivo con el niño, lo llenaba solo de juguetes y todo el tiempo cuestionaban que yo no le daba ropa de marca, que le lavaba la ropa con jabón ordinario, que lo mantenía sucio, que nosotros no contábamos con el nivel socioeconómico para tener al niño [...]. Cuando empezaron a reiterar y a cuestionar mis pautas de crianza para David y la parte socioeconómica fue cuando empecé a guardar distancia [...] me denigraban». Finalmente, precisó «Yo lo único que deseo es que me den la oportunidad de ser mamá; me considero una buena mamá y deseo tener el cuidado definitivo de David».

El abuelo materno destacó lo siguiente: «No entiendo porque le han hecho la vida imposible a mi hija si ella es una buena madre, ha tenido que aprender, pero los abuelos por parte del papa no le permiten ser mamá la critican por todo».

El 2 de junio de 2023, el padre del menor de edad adujo en aquel proceso «pienso viajar mañana a Verde claro y por ninguna circunstancia quiero que le entreguen a mi papá Carlos a mi hijo”. Se deja constancia la inasistencia a la entrevista del señor Pablo y el día 3 de junio

de 2022 y se intenta nuevamente comunicación telefónica y el teléfono se encuentra fuera de servicio».

Anexo 3

Principales elementos recaudados en sede de revisión

A continuación, se relaciona la información más relevante recaudada durante el trámite de revisión. Esto, en vista de que los datos aportados por las partes y las personas vinculadas tienen una extensión considerable.

En primer lugar, se mencionará la información suministrada por los familiares del niño con ocasión del auto del 4 de mayo de 2023. En segundo lugar, se expondrán las manifestaciones efectuadas por el ICBF, en tanto refieren las manifestaciones efectuadas por el menor de edad, con fundamento en el decreto oficioso de pruebas en sede de revisión. Adicionalmente, se aludirá a las manifestaciones efectuadas por la Fiscalía General de la Nación y, finalmente, se relacionarán otro tipo de contestaciones al auto que decretó pruebas.

Intervención de los familiares del niño. Cada una de las intervenciones da cuenta del conflicto familiar existente, principalmente, entre la madre y el abuelo paterno del menor de edad. La madre insiste en que es ella quien está en capacidad actual para atender las necesidades de su hijo. Por el contrario, ambos abuelos paternos y el padre del niño sostienen que es el entorno paterno, y especialmente el abuelo, quien debe estar a cargo del cuidado del niño. Aseguran que, durante la vida del niño, la madre ha demostrado falta de diligencia en su cuidado.

Pronunciamiento sobre los hechos del caso

Familiar

Manifestaciones

Madre

Refirió que el cuidado de su hijo está a cargo de la abuela paterna desde que la Comisaría reparó en la denuncia penal que recaía sobre el abuelo paterno por presunto acto sexual en menor de 14 años, pues «cuando decidió darle la custodia al abuelo no se percató de esto (o no quiso hacerlo porque no le convenía, pues se ven serias irregularidades en el proceso de medida de protección en mi contra) ni de que el niño estaba adelantando un proceso de restablecimiento de derechos en la ciudad de Verde claro, ni que el niño viviera en Verde claro». Esto, aunque uno de los testimonios aportados por el abuelo paterno indicaba que ella vivía en Verde claro. Ambos abuelos paternos, como el progenitor, lo sabían, pero optaron por suministrar una dirección de notificación errónea. Aduce que, de este modo, se le otorgó la custodia del niño a su abuela paterna que no vive en Colombia. Precisó que cuando lo llama siempre responde la niñera o la empleada del servicio doméstico; «casi nunca han estado los abuelos».

Llama la atención sobre el hecho de que el presente asunto podría estar asociado con el que denomina «cartel de la infancia en comisarías de Azul oscuro». En relación con este

fenómeno adujo la existencia de «testimonios de madres que he conocido, quienes han denunciado a la doctora por sus acciones irregulares para entregar custodias de nuestros hijos y beneficiar al mejor postor y a la contraparte quienes ostentan un poder económico bastante estable. Cabe la pena resaltar que yo le he hecho denuncias en diferentes entidades y no ha pasado absolutamente nada». Aportó dos notas de prensa al respecto. No obstante, en ninguno de los enlaces se hace referencia puntual a la Comisaría accionada.

Destaca que antes de la decisión de la Comisaría siempre estuvo con su hijo, y que no es de recibo la afirmación de que los abuelos han pasado largo tiempo con aquel. Aportó un certificado del colegio en el que se aprecia que ella, y solo ella, asistió a las reuniones de padres mientras aquel cursaba prekinder y kinder. Indicó, además, que los abuelos paternos, desde el momento de nacimiento del niño han «descalificado [su] rol como madre» ante cualquier tipo de decisión que ha adoptado respecto del niño. Sostiene que «siempre les h[a] recalcado que el niño debe crecer bajo las pautas de crianza de sus padres, pero los abuelos le compran lo que él quiere, se la pasan llenándolo de lujos y de juguetes como se ve a continuación en el informe que me dio comisaría del Verde menta en la ciudad de Verde claro el día que tuve que entregar a mi hijo porque el abuelo tenía la custodia, demostrando como mi hijo ve al abuelo como un referente económico y proveedor de lujos».

Asegura que desde el momento en que fue separada de su hijo lo ha visto en pocas oportunidades. Solo después de siete meses pudo volver a quedarse con él, en una oportunidad. Pero el ICBF, «a través de la dra. Dalle, nos quitó ese privilegio». Además, informó que inicialmente se le asignaron visitas un sábado cada quince días. Estas se retiraron cuando se asignó la custodia a la abuela paterna; en ese momento las visitas fueron adjudicadas tan solo al abuelo paterno, en contravía de las directrices del juzgado de familia. En su momento se opuso a esta determinación y acudió al ICBF, a la Procuraduría y envió copia de su oposición a la Secretaría de la Corte Constitucional.

Precisó que, en la actualidad, las visitas son supervisadas, y se llevan a cabo cada quince días, por decisión adoptada el 31 de marzo de 2023 por el Centro Zonal Azul claro en diligencia en la que no fue oída, a diferencia del abuelo paterno. Adujo que el sustento de la decisión fue el hecho de que por un periodo de tiempo no aportó al sostenimiento de su hijo, cuando nunca se adoptó una decisión equivalente respecto del padre, al punto en que tuvo que denunciarlo por inasistencia alimentaria. Cuando intentó controvertir aquella decisión, los abuelos paternos solicitaron un aumento de cuota alimentaria, alegando que los gastos del menor ascendían a ocho millones mensuales, lo que en su criterio resulta exagerado, bajo la premisa de que «[s]iempre he pensado que el niño debe vivir de acuerdo a la condición económica de sus padres, no de sus abuelos y es algo que siempre le he dicho al papá de mi hijo». También pidieron que las visitas fueran supervisadas «para lograr alejarme cada vez más de mi hijo». El juzgado de familia que conoce el asunto descartó ambas posibilidades al no encontrar razones para que ninguna prosperara. La última vez que vio al niño fue el 11 de mayo de 2023 en un cuarto en las instalaciones del ICBF. Agregó que dado que su residencia está en Verde claro las visitas no han logrado concretarse en varias oportunidades por causa de su presupuesto. No obstante, destacó lo siguiente: «He cumplido a cabalidad hasta el momento y desde que el juzgado dictó el fallo con absolutamente todo (cuota alimentaria mensual, tratamiento psicológico e inclusive psiquiátrico, pues me preocupo por mi salud mental para poder llevar a cabo todo este proceso de la mejor manera ya que me ha

afectado en mi vida emocional de la peor manera posible, visitas cuando me dejaban quedar con él y demás)», a excepción de la cuota alimentaria fijada por la Comisaría de Familia accionada, en vista de que para entonces se quedó sin trabajo y sus ingresos no alcanzaban a cubrir la asignación efectuada. También precisó: «TENGO TODA LA DISPOSICIÓN PARA DEMOSTRAR Y HACER LO QUE TENGA QUE HACER, PARA VOLVER A ESTAR CON MI HIJO Y CRIARLO COMO SIEMPRE LO VENIDO HACIENDO. Además estoy esperando la respuesta con el documento de control de legalidad acerca de las visitas supervisadas». Incluso está asistiendo a terapia para contar con mayores herramientas en la crianza de su hijo.

Adujo que la situación ha afectado al niño. Lo encuentra siempre a la defensiva, y no sigue normas ni reglas. Adicionalmente, cuando habla con él en presencia del abuelo paterno percibe que el niño pide su aprobación para todo lo que dice. Sostiene que «Ahora pareciera que no me quisiera, cuando lo veo me saluda feo, cambió todo su discurso porque acá, en Verde claro, decía que no quería volver donde su abuelo (por sus propios pensamientos, no porque yo se lo dijera), se ha roto el vínculo materno filial porque he podido verlo muy poco en todo este año que ha transcurrido desde el día que me lo quitaron. Los fines de semana que me pude quedar con él y que estuvo más tiempo conmigo fue un niño COMPLETAMENTE FELIZ. Todo lo que me han hecho se conoce como violencia vicaria», que se concreta en desafíos institucionales para las madres, por el hecho de ser mujeres.

Padre

Refiere que no conoce de otras acciones judiciales o administrativas que los abuelos paternos hayan podido promover respecto de este asunto. Agregó: «Lo que es cierto, es que la persona menos indicada para tener bajo su cuidado a mi hijo David, es la señora Ana, quien, a lo largo de la corta vida del niño ha demostrado ser irresponsable, negligente e insubsistente de brindarle protección y amor. Además, es importante recordar que ella ha maltratado en numerosas ocasiones al niño, tanto verbal, como emocionalmente, así como también lo ha expuesto a peligros». Para el padre del menor de edad: «El [sic] solo quiere que lo dejen vivir con sus abuelitos; no quiere regresar con su mamá».

Abuela paterna

Es quien tiene la custodia del niño. Vive junto con él y el abuelo paterno en el mismo lugar. Se encarga de su cuidado y comparte los gastos del niño con el señor Carlos. No obstante, informó que «[d]ebido a mi condición de ciudadana mexicana, y a que tengo mi residencia en dicho país, me veo en la obligación de estar viajando con frecuencia por motivos de trabajo y personales y permanecer allí por periodos de tiempo. Sin embargo, esto n[o] ha impedido que esté al frente de lo relacionado con el cuidado y protección de mi nieto, que le brinde todo mi amor y cuidados y le dedique tiempo de calidad cuando me encuentro con él; además, tengo el apoyo permanente del abuelo paterno, quien también reside en la misma dirección, y que ha estado al cuidado del niño desde que era muy pequeño, y a quien David quiere más que a nadie».

Sostuvo que actualmente la madre del niño tiene visitas supervisadas (ordenadas por el ICBF, comoquiera que aquella habría incumplido el fallo del Juzgado Trece de Familia de Azul), de las cuales solo se ha llevado a cabo una, pues la madre ha solicitado aplazamiento en dos oportunidades.

Refirió que, «como abuela paterna de David, instaur[ó] una tutela en contra del Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Verde claro, contra la señora Ana y contra la Comisaría Primera de Familia de Azul oscuro, ya que el fallo emitido por dicho Juzgado, mediante tutela instaurada por la mamá del niño, vulneraba los derechos de [su] nieto, poniendo en riesgo inminente su integridad física y emocional». Aquella acción fue declarada improcedente por el Tribunal Contencioso Administrativo de Verde, el 9 de septiembre de 2022, en providencia no impugnada. Sostiene que no ha promovido ninguna acción judicial o administrativa adicional, en vista de que «hemos dedicado la mayor parte de nuestro tiempo y esfuerzo a enfrentar y responder las numerosas demandas y denuncias que en contra nuestra ha instaurado la señora Ana, con el propósito de poder quitarnos la custodia de nuestro nieto. Ha sido ella quien ha iniciado demandas contra nosotros, ante el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Verde claro, Tribunal Administrativo de Verde claro, tutela ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Azul, impugnación ante el Tribunal Superior Sala Penal de Azul y hoy ante la Corte Constitucional Sala revisión y ante la Fiscalía General de la Nación, con denuncias falsas contra el abuelo paterno del niño, y también en contra mía; además, el video en redes sociales hablando mal del abuelo, de la Comisaría de Familia y del ICBF». Pero en todos, la justicia les ha dado la razón. Planteó que el niño percibe el conflicto y está asustado de que lo separen de ella y del abuelo paterno; «hoy por fin, el niño siente paz y se siente amado y protegido por sus abuelitos».

Finalmente, sostuvo que: «siempre hemos grabado los testimonios de nuestro nieto cuando nos enteramos de cosas graves o preocupantes que él nos cuenta, ya que nos angustia mucho por todo lo que él ha tenido que pasar estando al cuidado de Ana, y consideramos que estas grabaciones nos pueden ayudar para demostrar que ella maltrata y tiene completamente abandonado y descuidado a nuestro nieto».

Abuelo paterno

Destacó que la custodia del niño la detenta la abuela paterna, desde el 22 de agosto de 2022, por disposición de la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno, cuando esta suspendió la custodia que él tenía, desde el 15 de marzo de 2022, «por razón de la tutela interpuesta en mi contra por la señora ANA ante el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Verde claro». Agregó que, actualmente el niño vive con él y con la abuela paterna, quien en ocasiones viaja a México pero que en todo caso está al frente de su cuidado. Juntos «sufragan todo lo referente a salud (medicina prepagada), educación, ropa, esparcimiento y recreación, terapias psicológica y ocupacional, alimentación de nuestro nieto, etc., esto desde que el niño era muy pequeño, ya que ni la madre del menor, ni los abuelos paternos [sic], han aportado para dichos aspectos, salvo en muy contadas oportunidades durante los ocho años de vida del niño», a causa de los largos periodos de tiempo que pasaba con el niño y a que en su concepto, «considero a David, lo más importante en mi vida». Recalcó que desde el nacimiento de su nieto es quien «se ha responsabilizado por hacer lo que ni mi hijo PABLO, ni la madre del niño no [sic] han hecho».

Pruebas a cargo del ICBF. A través de tres de sus dependencias, la entidad respondió la solicitud de pruebas efectuada por la magistrada sustanciadora. Refirió las actuaciones sobre el caso del menor de edad, y las conclusiones a las que ha llegado. Además, en vista de lo ordenado en el auto del 4 de mayo de 2023, los centros zonales involucrados procedieron a

visitar el domicilio de la madre y de la abuela paterna, y uno de ellos entrevistó al niño.

Pronunciamiento del ICBF en relación con el auto del 4 de mayo de 2023

Dependencia

Manifestaciones

Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

La entidad tramitó las actuaciones administrativas tendientes al restablecimiento de los derechos del menor. En la actualidad, refiere que «el ICBF no tiene bajo su competencia el [proceso administrativo de restablecimiento de los derechos] PARD del niño», pues este se encuentra «bajo la competencia de la Comisaría Primera de Familia de Azul oscuro».

Indicó que el 17 de noviembre de 2022, en el Centro Zonal de Azul oscuro entrevistó al menor de edad, por disposición del Juzgado Trece de Familia de Azul. El niño manifestó «yo quiero vivir con quien estoy. Me gusta vivir con quien estoy con mi abuelita y ya no quiero vivir con nadie más y todo feliz (...) aunque a veces me porto mal y me tiene que regañar, pero no me grita como mis papás yo los quiero a los dos, pero quiero vivir con mi abuelita y con mi abuelito, pero no puedo vivir con mi abuelito. Igual no me divierto con mi papá, pero quiero vivir con mi abuelita y quiero irme con ella a vivir a México. Su esposo vive haya [sic] y mi abuelita vino acá para cuidarme [...] ¿Con quién te sientes mejor de los miembros de tu familia? Sabía que ibas a decir eso, me siento mejor con mi abuelita (Bertha) es con quien mejor me [s]iento y con mi abuelito (Carlos) // ¿Quisieras retornar con tu mamá vivir con ella en la ciudad de Verde claro o continuar viviendo en Azul con su abuelita? No quiero vivir a Verde claro roban mucho, en Azul también, pero Verde claro es peor que Azul, además no quiero vivir con mi mamá no me gusta estar viviendo allá con ella. No sé ya me metió en un colegio horrible en Verde claro. Me aburro allá. Quiero seguir viviendo con mi abuelita». Para el entrevistador, el niño mostró tranquilidad al referir su deseo de permanecer con la abuela, e inquietud ante la idea de regresar a Verde claro.

El 7 de marzo de 2023, el Centro Zonal de Azul claro asumió el conocimiento de la causa, ante el cambio de localidad del lugar de habitación del niño. Este encontró que el niño vive con el abuelo paterno y su custodia la detenta la abuela paterna, radicada en México. Ella viaja con frecuencia para compartir con el niño. Ante ese hecho, el ICBF recomendó al juez de familia aclarar la custodia del niño.

El niño «refiere llevarse bien [con su progenitora], sin embargo, indica no sentirse cómodo estando con ella en Verde claro, debido a comportamientos negligentes en su cuidado y salud, según relata David y [el] abuelo paterno». En abril del mismo año, los abuelos paternos adujeron que permiten la comunicación telefónica con la madre.

Finalmente, adujo que el 5 de mayo de 2023 la especialidad de trabajo social encontró que el padre del niño estaba en proceso de acercamiento a él en sus ratos libres. Aquel refiere tener independencia económica pero los abuelos paternos «se encargan de la manutención de David e incluso aún lo ayudan económicamente a él».

Regional Verde. Centro Zonal Verde oscuro

Conoció la denuncia del abuelo paterno formulada el 13 de enero de 2022, inicialmente tramitado en Azul. Con base en el criterio del defensor en Azul, «a nivel general [el niño] presenta un desarrollo cognitivo, afectivo y social acorde a la edad con algunas dificultades leves en lo referente a atención y pronunciación. Se evidencia relación conflictiva entre el abuelo paterno y la progenitora, aparentemente el progenitor casi no se ha involucrado en lo que respecta a la crianza y cuidado del niño, asumiendo el abuelo paterno este rol. De igual forma, parece haber dificultades en lo que respecta a pautas de crianza en donde la progenitora usa un estilo autoritario, al igual que el progenitor en las ocasiones en las que comparte con el niño. // Por su parte, el abuelo parece ejercer un estilo permisivo y sobreprotector». Dos estilos de crianza que pugnan. Dando continuidad a la causa administrativa, el defensor de familia en Verde claro tramitó intervención psicológica y por trabajo social al niño y a su entorno materno, y paterno. Concluyó que el entorno materno sí es apto para brindarle cuidado; consideró que «la progenitora da cumplimiento a todo lo ordenado por la autoridad administrativa dando cumplimiento, garantía y protección a los derechos de su hijo». La regional aduce haber tenido contacto telefónico con el padre del menor de edad el 2 de junio de 2022. Aquel refirió: «me presentaré mañana a Bienestar para poner en conocimiento la situación que se viene presentando con mi padre señor Carlos y la verdad el niño debe estar con la mamá y por ninguna circunstancia doctora quiero que le entreguen a mi papá Carlos a mi hijo». Además, entabló comunicación con el abuelo y la abuela paternos, quienes indican que el niño con sus padres está expuesto a riesgos. Las gestiones de la autoridad de familia en la ciudad de Verde claro concluyeron cuando, el 7 de junio de 2022, la madre informó que el 2 de junio anterior, el abuelo paterno había llevado al niño a Azul por decisión de la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno. En esas condiciones, la defensora de familia cerró la petición y trasladó la historia de atención a aquella Comisaría por competencia territorial el 14 de junio de 2022.

Respecto de la visita y la entrevista ordenadas en el auto del 4 de mayo de 2023. El 11 de mayo de 2023, efectuó visita a la casa en la que reside la madre del menor de edad, quien atendió la diligencia. Indicó que su hijo reside con la abuela paterna por decisión del Juzgado Trece de Familia de Azul. El Centro Zonal concluyó que la madre «cuenta con los recursos económicos sólidos, necesarios y suficientes para los gastos de manutención del niño [...] cuenta con las condiciones habitacionales adecuadas [y] [...] reconoce el dialogo como fuente mediadora ante las dificultades, precisa amor, cariño, afecto y respeto por su hijo, lazos familiares y vínculos afectivos cercanos». Además, muestra interés porque su hijo retorne a vivir con ella, y reconoce factores de mejora con los que manifiesta está comprometida. En tal sentido, para el momento de la visita, el ICBF no encontró factor de riesgo alguno y, por el contrario, afirmó que la progenitora «adelant[ó] todas las recomendaciones, orientaciones, peticiones y ordenes referidas por la autoridad administrativa, evidenciándose garante para estar con su hijo».

Regional Azul. Centro Zonal Azul claro

El 12 de mayo de 2023, efectuó la visita y la entrevista ordenada por la magistrada sustanciadora. Encontró que, en el lugar de residencia actual del niño, este convive con ambos abuelos paternos. Nunca está solo, pues tienen dos empleadas del servicio doméstico que se alternan. El menor de edad cuenta con cuarto propio, con baño y estudio, en un apartamento con buenas condiciones habitacionales. En las mañanas asiste al colegio y en las

tardes recibe apoyo particular de una niñera, licenciada en primaria, que lo apoya en el desarrollo de las tareas desde las 3 a las 7 p.m. Los sábados también recibe apoyo pedagógico. Todas las semanas tiene terapia psicológica y ocupacional. El domingo ve televisión, juega o va al club con su abuelo. Además, tiene acceso a servicios de salud. La autoridad de familia concluyó que «los abuelos paternos se identifica que cuentan con muy buenas condiciones habitacionales, sin condiciones de riesgo, los abuelos le están garantizando el acceso al sistema de salud y educativo al niño, la vivienda, alimentación, protección y el cuidado del niño, sus cuidadores se muestran idóneos y responsables en la garantía de derechos del niño [...] así mismo la abuela paterna asegura que las personas que apoyan en su cuidado y se relacionan con el niño son personas de confianza para los abuelos paternos y son preparadas en la función que desempeñan [...] por lo anterior, se considera que el niño [...] bajo el cuidado de los abuelos paternos se encuentra bien [y] los abuelos paternos se muestran idóneos en su rol cuidador y protector».

Entrevista al menor de edad. Esta regional, practicó la entrevista ordenada mediante auto del 4 de mayo de 2023. El menor de edad manifestó: «soy feliz con mis abuelos». Agregó respecto de la separación de su madre «es normal, la extraño pero igual estoy feliz acá [...] me gusta estar acá, me siento feliz además puedo bajar y jugar fútbol, y eso me divierte, me gusta mi cuarto aunque por las noches a veces me da miedo porque mi abuelita Cristina (abuela materna) me decía que existían monstruos y lo podían coger de los pies por la noche, eso me da mucho miedo». Respecto de la madre, añadió que «mi mamá me cuida mal, no me compra pantalones de mi talla, no me da mis remedios». También precisó «no me gusta Verde claro, mi mamá me regañaba y me gritaba[,] una vez me enterró las uñas y me pegó con el celular por la cabeza, ella luego me pidió disculpas pero no la quise perdonar, estábamos en [el parque] y no me quise montar en los carros y le hice pagar, luego que me pegó con el celular me dijo que era sin culpa pero no le creo. Cuando era chiquito me bajó los pantalones y me pegó por la cola y me dolió. En realidad, me siento mejor acá toda la vida, siento que me cuidan más y me quieren más». Como conclusión, el Centro Zonal indicó que «el vínculo con su progenitora tiende a ser distante por la falta de asertividad en el momento de ejercer su rol materno, utilizando el castigo físico como método correctivo. Su progenitor por su parte no ejerció su rol de manera comprometida y responsable delegando a la progenitora y a abuelos paternos la crianza de su hijo». En consecuencia, el niño «cuenta con un entorno de acogimiento y bienestar donde se le garantizan los derechos fundamentales actualmente se encuentra escolarizado y vinculado al SGSSS, donde asiste periódicamente a citas médicas debido a los antecedentes de salud [trastorno por déficit de atención con hiperactividad]. Las figuras más significativas son sus abuelos paternos quienes se muestran garantes en su cuidado y protectores de las necesidades de su nieto propiciando [...] un ambiente sano seguro y protector».

Tras su vinculación a este trámite, enfatizó en que las medidas de restablecimiento de los derechos tienen un carácter provisional, y existe una tendencia a la permanencia de los niños en su entorno familiar y a no ser separados de aquel. No obstante, la progenitora muestra conductas negligentes cuando se encuentra al cuidado del menor de edad. Aduce que ha respetado todas las garantías que le asisten al niño y a las personas involucradas, por lo que solicitó desestimar las pretensiones.

Regional Azul. Centro Zonal Azul oscuro

Solicitó su desvinculación del presente asunto, comoquiera que ya no tiene la competencia sobre el caso de la madre y el niño que presentaron la acción de tutela de la referencia.

Información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, a través de varios de sus funcionarios. Mediante el auto del 4 de mayo de 2023, la magistrada sustanciadora indagó sobre las posibles noticias criminales que la entidad hubiere atendido por hechos relacionados con el menor de edad involucrado. La Fiscalía aportó la siguiente información, a través de cuatro de sus funcionarios

Respuesta a la solicitud de pruebas

Fiscalía

Manifestaciones

23 delegada ante los Jueces Penales Municipales de Verde claro

Informó la existencia de denuncia por inasistencia alimentaria formulada el 25 de abril de 2022 por la madre del niño en contra del padre. Esta noticia criminal fue asignada a la fiscalía delegada el 29 de abril de 2022. El caso fue archivado el 16 de septiembre de 2022, en la medida en que «no se logró establecer la capacidad económica del indiciado siendo este un requisito sine qua non y parte del ingrediente normativo del tipo penal». La fiscalía delegada destacó que en la denuncia correspondiente la madre del menor no hizo referencia a hechos relacionados con violencia intrafamiliar o sexual en contra del niño.

363 Seccional de la Unidad de delitos sexuales

En marzo de 2022, se le asignó una noticia criminal por redistribución de la carga laboral. Esta se encontraba en etapa de indagación. La denuncia la formuló la madre del niño, el 4 de octubre de 2021, en contra del abuelo paterno por el presunto delito de actos sexuales en menor de 14 años por hechos ocurridos el 30 de septiembre del mismo año. La autoridad judicial informó que los elementos de juicio recaudados, que incluyen una entrevista forense al niño, valorados en su conjunto, le permitieron archivar las diligencias por conducta atípica, el 14 de diciembre de 2022; así lo decidió en forma provisional. Por lo tanto, la causa se encuentra inactiva y la decisión de archivo está pendiente de notificar.

153 Seccional de la Unidad de Gestión de Alertas y Clasificación Temprana de Denuncias (GATED)

Aduce haber conocido noticia criminal recibida el 6 de septiembre de 2022 por el presunto delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, en razón de la denuncia de la madre del niño contra sus abuelos paternos, pues tras el fallo de tutela a su favor «no me han entregado a mi hijo y no me lo quieren entregar». La Fiscal emitió orden de archivo del caso el 22 de octubre de «2011 [sic]» por conducta atípica en la medida en que los denunciados no eran los padres del niño en ejercicio de la custodia. En este caso, ninguno de los padres del menor de edad detentan su custodia. No obstante, puntualizó que, con ocasión de los requerimientos hechos por esta corporación mediante el auto de pruebas, «esta delegada fiscal procederá a desarchivar la carpeta para darle continuidad al proceso» y a la indagación.

298 de la Unidad de Violencia Intrafamiliar

Obra denuncia formulada por el abuelo paterno contra la madre del niño por violencia intrafamiliar. En esta causa se presentó informe ejecutivo y orden a policía judicial, el 12 de mayo de 2023. La infractora fue citada el 28 de junio siguiente y el proceso está pendiente para el traslado del escrito de acusación.

Mediante auto del 30 de agosto de 2023, la magistrada sustanciadora solicitó actualizar la información al respecto. El funcionario se abstuvo de pronunciarse. No obstante, se advierte que ninguno de los involucrados ha manifestado ningún avance o decisión sobre el particular.

Pronunciamiento sobre los hechos del caso

Interviniente

Manifestaciones

Comisaría de Familia Azul oscuro Uno

El 11 de mayo de 2023, la autoridad adujo haber remitido el que denominó «MP No. 095-2022 digitalmente para su conocimiento y fines pertinentes». Adjuntó tres de cuatro archivos anunciados y suministró un enlace de consulta. No obstante, el vínculo de acceso al expediente exigía disponer de cuentas de correo electrónico de la Secretaría de Integración Social de Azul, motivo por el cual la Sala de Revisión no logró verificarlo en línea. Además, la Comisaría se abstuvo de responder las preguntas formuladas por la magistrada ponente.

Tiempo después, el 15 de junio de 2023, resaltó que avocó conocimiento del asunto, por remisión del ICBF de la denuncia contra la madre del niño por presuntos hechos de violencia intrafamiliar. Una vez valoró todo el acervo probatorio, fijó la custodia en favor del abuelo paterno, el 15 de marzo de 2022. Informó que ya no tiene competencia para conocer del asunto, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 10° del Artículo 100 del C.I.A.

Juzgado Cuarto

Administrativo Oral del Circuito Judicial de Verde claro

Mediante enlace electrónico, aportó las piezas procesales correspondientes a la primera acción de tutela (en primera y segunda instancia), promovida por la madre del niño, como aquellas relacionadas con dos incidentes de desacato formulados por ella. Informó que vinculó al trámite al abuelo paterno, quien impugnó la sentencia de primera instancia. El 5 de septiembre concedió la impugnación.

Paralelamente, el 31 de agosto de 2022, la madre del niño presentó escrito en el que informaba que la Comisaría de Familia Azul oscuro Uno no había cumplido la sentencia. Por tanto, el despacho corrió traslado a la comisaría, que informó las actuaciones desplegadas para acatar el fallo y solicitó la aclaración de este. El 21 de septiembre de 2022, se abstuvo de iniciar el incidente de desacato y ordenó su archivo. Tiempo después, le fue notificado el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Administrativo de Verde, que modificó la sentencia.

Refirió que, el 31 de enero de 2023, nuevamente, la actora presentó incidente de desacato manifestando que el Juzgado Trece de Familia de Azul no definió el asunto en el término conferido por el juez colegiado. Ante el silencio del juzgado, el 9 de febrero de 2023 abrió incidente de desacato. Finalmente, el 23 de febrero el juzgado incidentado adujo que en esa fecha resolvió la medida de restablecimiento de los derechos del niño. Producto de lo anterior, el juzgado de familia ordenó «la permanencia condicionada del NNA [...], en el medio familiar extenso y bajo custodia y cuidado de su abuela paterna». Por esa razón, informó, archivó el incidente.

Juzgado Trece de Familia de Azul

El 15 de mayo de 2023, informó que adoptó sentencia el 23 de febrero de 2023. Esta fue objeto de solicitudes de aclaración y adición. Desde entonces ha recibido los comprobantes de pago de la cuota alimentaria por parte de la madre del niño.

Tiempo después el ICBF modificó el régimen de visitas a la madre, pues encontró « “posibles actos de negligencia nuevamente en la progenitora”, según “registro videográfico y chats donde se observa que la progenitora presuntamente ha puesto en peligro a su menor hijo dado que este, manifiesta que no le fueron suministrados los medicamentos por su progenitora y que en su compartir de fin de semana lo expuso sin supervisión a contacto con otro menor de edad así como dispositivos móviles con acceso a internet” ». En virtud de ello, fijó visitas supervisadas por un lapso de seis meses. También le ordenó a la madre probar el proceso terapéutico que le fue ordenado. Además, el Centro Zonal Azul claro le pidió al juzgado informar si había restricción para que los abuelos paternos tuvieran custodia compartida.

Sobre aquella decisión de modificación de visitas, el 25 de abril de 2023, la madre solicitó efectuar un control de legalidad por la extralimitación de las funciones de seguimiento del Centro Zonal. Advirtió el incumplimiento del fallo por parte de la abuela paterna, quien no ejerce la custodia por sí misma en vista de que se encuentra radicada en México.

La juez informó que, mediante auto del 15 de mayo, ordenó la devolución de las diligencias para que el ICBF se pronunciara sobre la solicitud de nulidad que la madre interpuso. En la providencia dictaminó una visita adicional al lugar en el que se encontraba el niño. Además, ofició a la madre y a los abuelos para que acreditaran el cumplimiento de las medidas adoptadas en el fallo. Agregó que ejerce sus funciones desde marzo de 2023, en encargo. No obstante, revisado el plenario, concluye que el niño sí fue escuchado antes de adoptar una decisión.

Principales manifestaciones en relación con el traslado de las pruebas. Al poner en conocimiento de las partes los elementos probatorios recaudados, la madre, el padre y los abuelos paternos se pronunciaron en forma constante. A continuación, se relacionan los argumentos del abuelo paterno y la madre, por su trascendencia para la decisión.

Abuelo paterno. La apoderada judicial aportó piezas procesales ya conocidas mediante enlace electrónico aportado por el Juzgado Trece de Familia de Azul. También hizo un recuento de las actuaciones en el marco del proceso de restablecimiento de los derechos del niño, y reiteró el contenido de los informes previamente aportados al expediente por parte

de los abuelos paternos.

Destacó que, pese a las alegaciones de la madre del niño, lo cierto es que las notificaciones del proceso surtido ante la comisaría de familia demandada finalmente sí fueron recibidas por ella, como lo admite. Agrega que no es cierto que la adjudicación de la custodia a la abuela paterna haya obedecido a la denuncia penal en contra del abuelo paterno; «según manifiesta el señor Carlos, es porque el día viernes 19 de agosto de 2022 él recibe en su casa la visita de una funcionaria de la Comisaría quien le informa, que debido a una acción de tutela instaurada, le será retirada la custodia del niño, por lo que él debería presentarse en las instalaciones de la Comisaría el lunes 22 del mismo mes, en compañía de una persona de la familia extensa que tuviera las condiciones, y la capacidad de asumir la custodia de su nieto, razón por la cual se comunicó con su exesposa y abuela paterna del niño, quien para ese momento se encontraba radicada en México, para solicitar su ayuda ante esta circunstancia, quien decide viajar a Colombia de manera inmediata y se presenta ante la Comisaría de Familia el día 22 de agosto de 2022, fecha en la cual le es concedida la custodia como medida de urgencia o emergencia».

También adujo que los abuelos paternos son cercanos al niño desde el momento de su nacimiento, y ambos tanto el abuelo como la abuela tienen un vínculo afectivo fuerte con él. Aduce que los informes del Jardín Infantil en los que consta que fue la madre quien acudía a las reuniones no dan cuenta de información cierta porque «CARLOS, asistió a la mayoría de las actividades académicas del niño, se reunía frecuentemente con las directivas y profesoras del colegio, y lo recogía puntualmente los viernes cada quince días para permanecer con él los fines de semana, era la persona que con frecuencia acudía a la institución por salud del niño o de otro tipo; pues, el colegio trataba de comunicarse con los padres, pero ellos no respondían»; además, era quien costeara el jardín ante el incumplimiento de la familia materna. Al respecto agregó que «[d]esde que el niño ingresó al Colegio, han sido los abuelos paternos quienes se han hecho cargo de cubrir todos los gastos incluyendo matrícula, pensiones, alimentación, uniformes, útiles, transporte, etc.; esto a pesar de que, inicialmente la familia materna se había comprometido con \$500.000». Del mismo modo se han encargado del seguimiento educativo y de las terapias por psicología, como de su atención en salud mediante un plan de medicina prepagada. Todo ello lo paga el abuelo paterno, lo que demostraría que es el que ha estado a cargo del niño y no su madre. Agregó enfáticamente que:

La señora ANA manifiesta mientras vivía en la ciudad de Verde claro con su hijo, ella se sostuvo SOLA, sin la ayuda de los abuelos paternos, y que ellos, durante esos seis meses no aportaron nada para la manutención del niño, pero la señora ANA se olvida al momento de hacer esta afirmación, que DURANTE SIETE AÑOS, ella nunca aportó ni para los gastos de educación, ni para la salud, ni para la ropa o las medicinas de su hijo; tampoco se preocupó nunca por llevarlo a los especialistas indicados por las instituciones educativas; que vivió despreocupadamente durante esos SIETE AÑOS, sin preguntar siquiera a los abuelos paternos si ellos requerían alguna ayuda para cubrir al menos una parte de estos gastos; durante todo este tiempo, no se tuvo que preocupar por pagar una matrícula, o comprar unos uniformes, útiles o ropa para su hijo, gracias a que LOS ABUELOS PATERNOS, corrían con absolutamente todos los gastos de su nieto. [Agrega la apoderada que] el señor CARLOS señala que si bien es cierto, los abuelos paternos han participado activamente en la crianza

del niño; no es menos cierto, que esto se debe a que la señora ANA lo ha permitido, al dejar que ellos se hagan cargo de casi la totalidad de sus responsabilidades; tanto en el aspecto económico, salud, educación, y esto se debe principalmente a que la señora ANA sabe que su hijo cuenta con el amor y apoyo de sus abuelos en las áreas que él necesite.

Refiere que, en una ocasión, la accionante publicó una foto en redes sociales «cuando el niño no había cumplido aún un año de nacido, la cual subió a sus redes sociales con el título de “Las brujas andan sueltas”, y en la que aparece ella junto al niño en una situación lúgubre y sombría, vale la pena aclarar que CARLOS y la señora BERTHA, son personas creyentes, por lo que manifiestan su consternación por la utilización del niño para algo como esto. Por otra parte, el padre del niño, PABLO, también le expresó a la señora ANA, su inconformidad frente a la publicación de dicha foto y la utilización del niño». Adicionalmente, la abuela paterna se contrarió por la marca de la vacuna aplicada al niño contra el Covid-19 ante el temor de que no fuera útil para su ingreso a México.

En lo que respecta al cuidado del niño por parte de empleadas domésticas, no es cierto, pues el niño tiene varias actividades en su rutina que no están a cargo de ellas. Agregó que una de dichas empleadas es pedagoga y apoya el proceso educativo del menor de edad. Lo anterior, en vista de que el traslado abrupto del niño a Verde claro supuso un atraso significativo de aquel frente a sus compañeros, según el criterio de los abuelos paternos.

En lo que atañe a las aseveraciones de la tutelante sobre el «cartel de la infancia» en las comisarías de Azul oscuro, la abogada destaca que en las investigaciones periodísticas uno de los nombres en común de aquellos casos es de quien fuera, por algún tiempo, la apoderada de la accionante.

Por último, solicitó que se requiera a aquella Fiscalía que determinó la reapertura de la investigación penal, por causa de la solicitud de información de la Corte Constitucional.

Madre. Refirió que «como MUJER tengo el derecho de poder movilizarme por el territorio nacional y ante la oportunidad laboral que se me presentaba en la Ciudad de Verde claro, me trasladé de ciudad. Ello generó, toda esta arremetida jurídica». Si bien el traslado implicó el cambio de colegio, nunca generó la desescolarización del niño que quedó ubicado en un colegio desde febrero de 2022. En 2021, envió al niño a Azul con el programa de acompañamiento de la aerolínea e indicando al padre los medicamentos que él estaba tomando para entonces, por lo que resalta que no es admisible que se informe que no ha sido responsable de su salud.

Afirma lo siguiente: «he reconocido algunas fallas, no soy un ser humano perfecto y a raíz de ello he aprendido y recopilado mucha información para mejorar mis pautas de crianza, pero es imposible aplicar algo de lo aprendido cuando no puedo compartir con mi hijo o cuando le hablan mal de mi». «Mi hijo recuerda puntualmente las pautas inadecuadas de crianza que en su momento infortunadamente utilic[é], empero, como lo menciona el ICBF REGIONAL VERDE este tipo de conductas desaparecieron, pues mostré total receptividad al proceso terapéutico y el PARD que en su momento se inició por estos hechos concluyó satisfactoriamente. [Concluye] que en este momento se me está JUZGANDO DOS VECES POR MISMOS ACTOS». Enfatizó que «en su momento ejecuté 2 pautas inadecuadas de corrección con mi hijo y las cuales fueron moduladas y reconsideradas ante el desarrollo de los cursos

terapéuticos que realicé. Adicional, una madre NUNCA va a ser perfecta, de esto trata históricamente la verdadera maternidad, todas cometemos errores, somos seres humanos también pues no nacimos con un manual de como criar a nuestros hijos, y más yo que lo tuve a mi corta edad y sin una pareja presente para ayudarme, solo conté con el apoyo de mis padres».

Finalmente planteó que ha sido «TACHAD[A] por parte de la FAMILIA PATERNA de ser una MUJER JOVEN, INEXPERTA, CARENTE DE RECURSOS ECONÓMICOS A DIFERENCIA DE LA FAMILIA PATERNA, lo cual, ha permitido que las AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS obtengan un sesgo DE ESTEREOTIPO DE GÉNERO mediante el cual las personas jóvenes no tenemos derecho a hacer nuestra vida y poder recomponer y arreglar algunos actos que puedan ser reprochables». Cuestionó que si «[I]o más importante acá y lo que alega la contraparte es que el niño sea escuchado, acá me pregunto, ¿POR QUE NO SE TIENEN EN CUENTA LAS VALORACIONES PSICOLÓGICAS EL NIÑO EN LA CIUDAD DE VERDE CLARO?, ¿PORQUE NO SE ESCUCHÓ AL NIÑO CUANDO EN MIS VISITAS LLAMABA AL ABUELO A PREGUNTARLE SI PODÍA QUEDAR CONMIGO Y ÉL LE RESPONDÍA QUE NO? ¿POR QUÉ NO ESCUCHARON AL NIÑO CUANDO EL ABUELO PATERNO VINO A LA CIUDAD DE VERDE CLARO AL RESCATE DE MANERA ILEGAL Y EL NIÑO LE DECÍA QUE NO SE QUERÍA IR CON EL?».

Anexo 4

Expediente suministrado por el Juzgado Trece de Familia de Azul

A partir de las piezas procesales compartidas por esa sede judicial se identificaron aspectos relevantes del proceso judicial. Por su relevancia para comprender la situación, se destacan los siguientes aspectos:

* El asunto le fue repartido el 5 de octubre de 2022 a ese juzgado. Lo anterior, en vista de la orden dictada por el Tribunal Administrativo de Verde en sede de tutela.

□ El 27 de octubre de 2022 se ofició a los padres para ponerles en conocimiento la asignación del asunto y el despacho ordenó visita domiciliaria al lugar de residencia del niño.

□ La madre, a través de apoderada judicial, solicitó adición de la anterior providencia en el sentido de decretar visita domiciliaria al lugar de residencia materno. Además, solicitó la nulidad de lo actuado por la comisaría.

□ El 3 de noviembre de 2022, se efectuó investigación sociofamiliar al lugar de residencia del niño. Concluyó la necesidad de tratamiento terapéutico en el grupo familiar.

□ El 4 de noviembre de 2022, la abuela paterna solicitó la custodia del niño. También reclamó entrevista al niño, para que fuera escuchado.

□ El 17 de noviembre de 2022, se efectuó la entrevista al niño. La entrevistadora concluye que «no se evidencia inobservancia o amenaza en los derechos del niño». En la sesión la abuela paterna destacó que le ha sugerido a la mamá visitas al niño con el acompañamiento del padre y que cuando el niño se ve con la madre, se torna agresivo. Ella puntualizó que debe tener visitas supervisadas porque el niño dice que la mamá lo graba todo el tiempo. Aportó, entre otros, dictámenes por psicología y psicología clínica. Por esta última

especialidad se destaca que hay un lenguaje sexualizado no esperado para su edad; «en medio de la sesión hace interrupciones levantándose y cogiendo diferentes juguetes entre ellos un par a los que personifica sexualiza y hace gemidos». Sobre el particular, afirma que los juguetes se están montando y refiere que eso se lo enseñaron los niños en Verde claro: «Jesús se le montaba al otro niño y le hacía así [...] hoy dice que sabe que nadie debe tocarlo, pero es reiterativo en su conducta y sonidos». El niño refiere que no quiere estar con la madre, pero que la extraña.

□ El 21 de noviembre de 2022, la madre puso de presente que la abuela paterna no vive en Colombia. También manifiesta que «ha tenido un escaso y casi inexistente contacto con su hijo» por voluntad de la abuela paterna. Por ende, solicitó visitas provisionales.

□ El 28 de noviembre de 2022, los abuelos paternos solicitaron custodia compartida entre ellos, o en su defecto, en favor de la abuela paterna. Alegaron actitudes negligentes de la madre desde el nacimiento del menor de edad. Refirieron estudios psicológicos y conceptos sobre la ausencia de cuidado del menor de edad mientras permaneció con la madre. La solicitud fue reiterada el 12 de diciembre de 2022, el 27 de enero (cuando informaron el archivo de la causa penal contra el abuelo) y el 2, 8 y 23 de febrero de 2023, en esta última oportunidad concentrando la solicitud exclusivamente en el abuelo paterno. Además, este efectuó la misma solicitud en forma urgente el 7 de junio de 2023, ante los que calificó de requerimientos de la madre por la falta de presencia permanente de la abuela paterna.

□ El 5 de diciembre de 2022, la madre presentó argumentos de cierre. Alegó que en el caso «al haber incorporado un Proceso de Restablecimiento de Derechos dentro del proceso de Acción de Medida de Protección, la unidad de materia legislativa y procedimental afectó el debido proceso; llevando, incluso a todas las autoridades constitucionales al error, pues hoy en día se están tramitando dos procesos distintos e independientes y de legislaciones especiales cada uno de ellos en un solo proceso, lo que es abiertamente improcedente e incomprensible». Esto se debió a la recepción del trámite surtido en la Regional Verde del ICBF. También destacó que los videos aportados como prueba por su contraparte dan cuenta de la forma en que la abuela paterna involucra al niño en el conflicto mediante preguntas inductivas y sugestivas. Finalmente, cuestionó la adjudicación de la custodia a la abuela sin que mediara, inicialmente, ningún análisis sobre su idoneidad.

□ El 14 de diciembre de 2022, el juzgado pone en conocimiento de las partes la entrevista efectuada el 17 de noviembre. Además, habilita la comunicación con la madre mediante video llamada, tres veces por semana y en el horario que acuerden la madre y el hijo. También, ordena la valoración psicológica de los padres y los abuelos paternos.

□ El 19 de diciembre de 2022, la madre presentó escrito de contradicción sobre la entrevista del 17 de noviembre anterior. Destaca que el maltrato referido por el niño son regaños, que no bastan para la pérdida de la custodia. Hizo énfasis en que el niño estaba preparado para las preguntas, cuando él mismo aduce que sabía que le iban a preguntar con quién quería vivir. También solicitó ampliar el régimen de visitas a contacto presencial.

□ El 31 de enero de 2023, la madre señaló que existe manipulación del niño por parte de la abuela paterna. Además, cuando pide hablar con el menor de edad se le impide. Recalcó que quien ostenta la custodia sale del país y no permanece con el menor de edad, quien

permanecería al cuidado de empleadas del abuelo paterno.

□ El 31 de enero de 2023, la madre solicitó la declaratoria de pérdida de competencia toda vez que se inobservó el plazo de dos meses para proveer, fijado por el juez de tutela.

□ El 31 de enero de 2023, se aporta al expediente valoración psicológica de padres y abuelos paternos, por parte del Colegio Colombiano de Psicólogos.

□ El 23 de febrero de 2023, el Juzgado Trece de Familia de Azul dictó fallo en el que asignó la custodia a la abuela paterna.

Contenido de la sentencia del 23 de febrero de 2023

¿«[C]uál es la medida de restablecimiento de derechos que resulta ajustada a la situación del estado de los derechos y garantías constitucionales del NNA, [...] quien está ubicado en modalidad familia extensa con su abuela paterna»?

Decisión

1. 1) Ordena la permanencia condicionada del NNA en el medio familiar extenso y bajo custodia y cuidado de su abuela paterna.

2. 2) Ordena al defensor de familia emitir órdenes para el cumplimiento de la orden anterior y hacer seguimiento y verificación de los derechos del NNA según la parte motiva de la decisión.

3. 3) Advierte que la decisión procede sin perjuicio de las actuaciones administrativas que puedan surtirse en forma posterior por el ICBF.

4. 4) Advierte que la decisión no es susceptible de recursos.

Razón de la decisión

«[L]a medida de restablecimiento que mejor consulta tal prerrogativa es declarar en estado de vulneración de derechos e imponer como medida de restablecimiento de derechos, la permanencia condicionada en medio familiar extenso en cabeza de su abuela paterna, [...] para que continúe con su proceso de tratamiento integral de formación, adaptación y superación de hechos dolorosos y peligrosos (presunto abuso sexual)». Además, el niño expresa su deseo de vivir con la abuela paterna.

Consideraciones generales destacables

□ Según los «últimos informes técnicos interdisciplinarios en la actuación, imperativo resulta considerar que la situación de vulnerabilidad de derechos que afronta la [sic] NNA DAVID, al haberse verificado que desde el inicio del proceso administrativo adelantado, no fue posible superar las dificultades del núcleo familiar primario, sus progenitores, sino que por el contrario se evidencia que desde el momento del nacimiento [...] su relación materno y paterno filial no ha sido adecuada, por las diversas situaciones que los progenitores han atravesado», sin puntualizarlas.

□ Para el momento, bajo la custodia de la abuela paterna, «no se evidencia en este momento amenaza, riesgo o inobservancia en sus derechos los cuales están garantizados actualmente representados en cuidado, interés, asistencia médica, psicológica, amor, comprensión, dialogo, escucha, parámetros, dedicación, entrega y manutención».

□ Los padres del niño son los primeros llamados a ostentar su custodia. No obstante, ante la situación de vulneración de los derechos, valora a cada uno de los padres y abuelos paternos, para establecer quién puede ser idóneo para el cuidado del menor de edad

Consideraciones sobre el padre

□ «[N]o es responsable como padre, en l[o]s aspectos económicos, personales y amorosos».

□ Ha mostrado desinterés por su hijo.

□ «[P]ara el momento de la presente evaluación Pablo carece de habilidades y recursos de tipo psicológico que le permitan adquirir la responsabilidad de una persona. Lo anterior no significa que el peritado no posea la capacidad de adquirir las competencias parentales necesarias para [a]sumir el cuidado de su hijo, más cuando por medio de su propia versión expresa afecto hacia [él] y el deseo de ejercer el rol paterno».

□ «[N]o es la persona idónea en este momento para ostentar la custodia y cuidado de su hijo, bajo las condiciones de especial protección que [...] requiere en este momento de su temprana edad. No obstante, se insta al mismo para que inicie proceso terapéutico psicológico y busque c[ó]mo mejorar las falencias encontradas para subsanarlas y así ser el padre que espera ser para su hijo».

Consideraciones sobre la madre

□ «[H]a sido una persona interesada, activa y participativa dentro del trámite adelantado, desde que tuvo conocimiento ha estado representada por apoderado judicial y siempre ha manifestado el querer tener en cabeza suya la custodia y cuidado personal de su hijo». Sin embargo, hasta el momento no ha acreditado el pago de las cuotas alimentarias, sin preocuparse por las necesidades de su hijo.

□ « [L]a señora Ana al tiempo que se encontraba con su hijo en la ciudad de Verde claro, estaba tratando de superar las falencias encontradas dentro del proceso de restablecimiento de derechos, con sus esfuerzos y con el acompañamiento del equipo interdisciplinario del ICBF, Centro Zonal Verde oscuro de la ciudad de Verde claro, cumpliendo con la asistencia a tratamiento neuropsicológico y terapia ocupacional para el déficit de atención presentado en su hijo, asistencia a tratamiento terapéutico, Asociación Creemos En Ti, para el presunto abuso sexual, vinculación educativa, salud y a todo lo necesario para el sano desarrollo integral de DAVID, con lo que demostró que la progenitora venía realizando un proceso de empoderamiento de su rol materno de manera asertiva».

□ No obstante, la jueza hace hincapié en una actitud negligente de la madre.

□ Negligencia en materia de salud. El niño presenta afecciones desde nacido a las que la madre no le ha prestado atención, bajo la idea de que son cosa de los abuelos. Ella destaca

que el niño no está enfermo y que ha sido muy sano. Esto supone negligencia y descuido.

□ Negligencia en materia educativa. El juzgado se fundamentó en los informes de uno de los colegios, para afirmar que la madre no asiste a reuniones ni ha seguido el tratamiento psicológico indicado. Además, mientras estuvo con ella en Azul, el niño no realizaba sus actividades escolares. Concluyó que la madre le resta importancia al trastorno de TDAH de su hijo.

□ Negligencia sobre la protección sexual del niño. Cuando la madre afirma que el niño y aquel presunto agresor, cuatro años mayor que él, se bañaban juntos y además con ella, «expon[e] al niño a situaciones de vulneración cuando aún no se ha logrado desvirtuar lo relatado». Además, la juez reprocha los comentarios de la familia de la madre sobre la posibilidad de que el NNA mienta y sobre el hecho de que puede ser un acto exploratorio de los niños. Sobre lo primero, refiere que es inadmisibles que ante un acto que precisa toda la atención, resten (incluyendo a la madre) importancia al hecho.

□ Habilidades parentales. Si bien la madre es «una persona reflexiva, empática, sensible, amable, con adecuado control de impulsos y tolerancia a la frustración, que puede llegar a exhibir desregulación sobre todo ante circunstancias que emanan un cambio inesperado o se ubican fuera de su control, [...] opta por ser una persona planificadora, que se anticipa a las consecuencias y adecuado control de sus emociones, que no se encuentra exenta de dejarse llevar de sus impulsos [...] [También,] se hace reconocimiento en la evaluada de habilidades para crear redes de apoyo que fortalezcan sus recursos, adaptabilidad a las características del menor, calidez y afecto en su interacción, como estimulación en su aprendizaje por medio de la planificación de actividades y tareas, al igual que habilidades para la organización doméstica como para la vida personal (control de impulsos, adecuada autoestima, estrategias de afrontamiento y proyecto de vida). Pero también, se identifica una importante carencia de supervisión y control del comportamiento de DAVID, como déficit en la responsabilidad asociada a su bienestar, así llama la atención posibles carencias en la capacidad parental para la protección de DAVID, que no garantizan a gran escala sus derechos y cuidados básicos, lo que constituye una vulnerabilidad en el ejercicio del rol materno, en especial porque en la triangulación de la información se identifica minimización y negación de hechos a los que ha estado expuesto el niño por parte de las fuentes de información que lleva a la existencia de contradicciones en la garantía de los derechos del niño», porque los familiares de la madre manifestaron que cuando nació no tuvo un episodio de «bronquiolitis», como reconoció la madre, sino una «gripita». En suma, «Ana, aun cuando cuenta con importantes recursos psicológicos y habilidades parentales, carece concretamente de competencias parentales que requieren ser potencializadas para el cuidado y crianza positiva de DAVID que le permita implicarse de modo eficaz con su hijo».

□ En suma, por el momento, no es la persona idónea para asumir la custodia.

Consideraciones sobre el abuelo paterno

□ Ha sido una figura importante en la vida del niño. «[E]s quien le ha proporcionado al niño cuidado, protección y apoyo económico como emocional desde hace varios años, al su hijo PABLO no haber adoptado su rol de padre es su abuelo quien lo tratado de ejercer, se advierte en él plena participación en todo el proceso de su nieto y la preocupación por él».

□ «[C]uenta con habilidades orientadas al cuidado, percibiendo las necesidades ajenas siempre y cuando sea oportuno, sin dejar de lado que ante determinadas situaciones, puede que le cueste trabajo comprender y aceptar algunas emociones, ya sean propias o impropias».

□ «[N]o cuenta con ningún impedimento o recomendación que no le permita asumir la custodia de su nieto, pero no pierde de vista esta Jueza que en los informes rendidos conforme a la evaluación de psicología se relató tanto por el mismo señor CARLOS como por su hijo PABLO de la [...] mala relación que ellos han tenido a lo largo de su vida y por lo cual se recomienda que se debe mejorar a través de tratamiento psicológico para los dos, tema que no se debe dejar de un lado, además de lo anterior, es óbice para esta Jueza que la relación que tiene el abuelo paterno con la progenitora de DAVID, no es buena y esto no permitiría ni sería vehículo para aportar a que la relación materno y paterno filial mejore y puedan los progenitores volver a sustentar la custodia y cuidado personal de su hijo común, bastan las razones anteriormente expuestas para que el Despacho no considere que el abuelo paterno [...] sea la persona idónea para en este momento otorgarle la custodia de su nieto y así restablecer los derechos que se han visto vulnerados a lo largo de la presente actuación, sin embargo, no es lo anterior, obstáculo para que el abuelo paterno siga estando presente en la crianza del NNA DAVID, pues como ya se dijo ha sido una figura de suma importancia en la vida y desarrollo del niño»

Consideraciones sobre la abuela paterna

□ Desde el momento de la entrega del niño a su abuela paterna se ha evidenciado que sus derechos se han restablecido.

□ En el conflicto, ha tomado parte activa. Esto es evidente cuando manifiesta «“yo vine a salvar a DAVID”, “yo tengo que salvar a mi nieto, y mi nieto tiene que ser una persona de bien y no solo eso, una persona feliz”».

□ Para ella, el niño se torna agresivo cuando ve a la mamá, por esto y porque la mamá siempre lo graba, la abuela paterna considera que las visitas deben ser supervisadas. La abuela ha propuesto a la madre que las visitas sean supervisadas por el padre del niño.

□ «[R]especto a las competencias parentales, el cuestionario para la evaluación de adoptantes, cuidadores, tutores y mediadores (CUIDA), develó que [...] cuenta con habilidades orientadas al cuidado, donde sus actitudes están encaminadas a ser reflexiva y resolutiva, con capacidad de comprensión por los sentimientos ajenos, donde salen a relucir sus habilidades de asertividad logrando ser receptiva ante las opiniones de otros, y abierta a nuevas situaciones, aunque en ocasiones puede sentir incomodidad ante los cambios. Posee habilidades altruistas, que se evidencian en el agrado que siente al ayudar a otros, siendo que reconoce sentimientos ajenos».

□ Ante las dificultades para obedecer, «con la actual psicóloga que atiende a DAVID se está trabajando en la modificación e implementación de las pautas de corrección».

□ Respecto de los cuestionamientos de la madre sobre el lugar de domicilio de la abuela paterna, consideró que el simple hecho del viaje no implica la desprotección del niño.

Régimen de visitas

La madre podrá compartir con su hijo, un fin de semana cada quince (15) días, recogiénolo en la residencia actual, el viernes entre 6 y 7 pm y retornándolo el domingo o lunes festivo a más tardar a las 6 pm. El siguiente fin de semana será para su padre, bajo las mismas prerrogativas. Ambos podrán contactarse con su hijo, vía llamada o videollamada, de manera diaria estableciendo un horario con la abuela paterna. Podrán asistir a todos los eventos académicos y culturales, previo aviso de la abuela paterna, para que acuerden quién asistirá.

Las vacaciones de mitad y final de año serán repartidas 50% con la progenitora y 50% con su familia paterna (incluyendo al progenitor). El primer periodo de este año la progenitora, el segundo periodo la familia paterna. El siguiente año alternado.

Las vacaciones de semana santa este año con su progenitora y el próximo año con la familia paterna. De contar el niño con semana de receso será compartida con su familia paterna y el próximo año con su progenitora.

Cuota alimentaria

Cada padre consignará a la abuela paterna \$1.000.000.00 pesos mensuales y los gastos escolares extra. Además, el 50% de los gastos médicos no cubiertos por el POS (hoy PBS)

Otras indicaciones

□ «[B]ajo ningún motivo DAVID puede compartir con su primo JESÚS y el progenitor de Jesús, tío materno, hasta tanto no se cuente con decisión de autoridad competente frente a los posibles hechos de abuso sexual».

□ Los padres deben cumplir las recomendaciones médicas que la abuela paterna les hará saber.

□ «Deberán de igual manera vigilar de manera exhaustiva, el posible contacto del niño con videos de pornografía o actividades que representen algún riesgo para su integridad, y su salud emocional, física y sexual».

□ «Los padres deberán ponerse de acuerdo para otorgar el permiso de salida del PAIS en caso de que la progenitora o la familia paterna, desee salir con el niño, únicamente para VACACIONES».

□ «[R]equiere a los progenitores para que se empoderen de su rol de padres, cumplan con todos las recomendaciones y requerimientos [...] para que en el menor tiempo posible sean las personas idóneas para otorgarles la custodia y cuidado personal de su hijo, siendo garantes de sus derechos y siendo las personas que por Ley son los llamados en primera instancia a ser los protectores del NNA».

□ Establece la necesidad de que todos los involucrados acudan a tratamiento psicológico.

□ El 27 de febrero de 2023, el defensor de familia de Azul oscuro solicitó claridad sobre el fallo, pues a su juicio desde enero de 2022, no tenía a cargo ninguna actuación en relación

con el menor de edad, luego de remitir el expediente a la ciudad de Verde claro.

□ El 28 de febrero de 2023, la madre del niño aportó información a la Defensoría de Familia de Azul oscuro que indicaba que el niño ya no residía en esa localidad, sino en Azul claro.

□ El 28 de febrero de 2023, la apoderada de los abuelos paternos pidió aclaración del fallo. Informó que para la fijación de la cuota alimentaria es preciso tener en cuenta que los gastos reales mensuales del menor de edad ascienden a \$8.435.000, valor no cubierto en la fijación efectuada por el juzgado. También adujo la necesidad de fijar un régimen de visitas que considere el riesgo que representa la madre para el menor de edad, conforme los mismos argumentos plasmados en la providencia; a su juicio debe evitarse que el niño pernocte con la madre y las visitas deben vigilarse. Además, solicitó un fin de semana para el abuelo paterno, pues por la rutina de los demás días no tienen tiempo de recreación. Ese mismo día, en escrito separado, los abuelos paternos solicitaron adicionar el fallo en el sentido de otorgar custodia compartida a ambos, en vista de que la abuela paterna manifestó que la carga de la crianza, exclusivamente en ella, le genera angustia y dificultades en vista de sus viajes frecuentes fuera del país.

□ Mediante Auto del 28 de febrero de 2023, el Juzgado Trece de Familia de Azul aclaró el fallo en el siguiente sentido: El competente para el seguimiento del fallo es el defensor de familia de Azul oscuro, sin que esté habilitado para emitir órdenes, pues solo debe acatar lo dispuesto por el juzgado.

□ Mediante Auto del 2 de marzo de 2023, el juzgado negó la aclaración y la solicitud de complementación. Además, remitió el expediente a la Defensoría de Familia de Azul claro ante el cambio de dirección del lugar de residencia del niño.

□ Antes de iniciar el periodo vacacional de semana santa, el 31 de marzo de 2023, en audiencia virtual, el Centro Zonal de Azul claro modificó el régimen de visitas de la madre fijado por el Juzgado Trece de Familia de Azul. Lo anterior, mediando solicitud del abuelo paterno en ese sentido y en vista de que valoraciones por psicología y nutrición, efectuadas ese mismo día, sugerían una actitud negligente de la progenitora. En la motivación de la decisión, la defensora de familia sostuvo que el fallo del juzgado indica la obligación de cumplir todas las recomendaciones médicas cuando el menor se encuentra en desarrollo de las visitas de alguno de sus progenitores. Además, refiere puntualmente la obligación de vigilar de manera exhaustiva el posible contacto del niño con vídeos pornográficos o actividades que representen riesgo para su integridad.

El abuelo paterno, en su solicitud, aportó vídeos en los que, según su descripción, el menor de edad relata que la progenitora no le ofreció los medicamentos prescritos por el médico y que en la salida del fin de semana con aquella, fue dejado en una habitación con un celular en compañía de otro menor de edad, sin supervisión directa y permanente de un adulto. Debido a ello, la defensora de familia ordenó: «modificar la medida de restablecimiento de derechos [...] y [...] visitas supervisadas en las instalaciones del centro zonal Azul claro cada 15 días en horario de día hábil dando inicio el 13 de abril de 2023 a las 3:00 pm por hora y media y así sucesivamente cada 15 días previamente confirmada la cita. La suspensión del régimen de visitas se llevará a cabo por el lapso de los 6 meses estipulados inicialmente por el juez de familia y será revisado el cambio de medida durante la audiencia de fallo

próxima». Del mismo modo ordenó a la madre aportar constancia del proceso terapéutico dispuesto por la juez de familia y en la misma audiencia le corrió traslado a la madre del menor de edad de los vídeos en los que sustentó la decisión.

□ El 25 de abril de 2023, la madre solicitó control de legalidad sobre la modificación al régimen de visitas. Argumentó una extralimitación en las funciones de la defensora de familia. Adicionó que en la primera visita que tuvo con su hijo, el inconveniente no fue la falta de remisión de los medicamentos por parte de la abuela paterna, sino de la fórmula médica sin la cual no podía medicar al niño. También precisó que el niño no tuvo acceso a pornografía, pues su móvil tiene control parental desde que vivía con su hijo. Destaca que, en los videos empleados como prueba en su contra, hostigan al niño para que diga cosas, cuando el niño ha manifestado que no le gusta que lo graben; refiere la madre que el niño comenta que el abuelo le ha dicho que dios castiga a quienes no dicen la verdad y que debe contarle todo lo que hable con su mamá. Finalmente refirió con extrañeza que la acreditación de la terapia psicológica se le hubiese pedido a ella, en exclusiva, y no a los demás miembros de la familia involucrados, a quienes también les fue ordenada. La apoderada del abuelo paterno se opuso al control de legalidad solicitado.

□ El 15 de mayo de 2023, la trabajadora social visita el lugar de residencia del niño y conceptúa con destino al Juzgado Trece de Familia de Azul que «[s]e hace necesario definir el cuidado de David, en su abuelo paterno, ya que la señora Bertha, debe ausentarse frecuentemente, por su trabajo y su situación personal a México, dejando sin representación legal a David en Colombia, en caso de alguna situación inesperada». Incluso precisó que su salida frecuente del país es un factor de riesgo para el niño.

En ese momento, el abuelo paterno manifiesta que el padre del niño trabajaba para su empresa con anterioridad. Aunque ya no labora en ella, él sigue pagándole \$3.000.000 de los cuales aporta \$800.000 para el niño, en vista de que no le alcanza para aportar el millón estipulado por el juzgado.

En esa ocasión, el niño sostuvo lo siguiente sobre cómo se sentía: «Muy feliz, ¿Por qué?: porque me quieren, se preocupan y me cuidan, aquí me cuidan mejor sin regañar. ¿Quiénes te cuidan? Ambos, mis abuelos. ¿TE HAS VISTO CON TUS PAPAS? Sí. Mi papá es un poquito más bravo que mi mamá. Sabes, Acá no me dejan hacer todo lo que yo quiera, me regañan y me quitan cosas. ¿Cómo te sientes en tu colegio? Bien, acá tengo amigos, sabes en Verde claro en el otro colegio era horrible, había popo en los baños y había moscas, los niños se peleaban entre ellos muy fuerte, un niño se orinaba por ahí en el patio, el colegio era chiquitico, y los profes no decían nada. ¿Cuántas veces has visto a tu mami desde que estas acá? Por ahí unas 7 veces máximo. ¿Cómo te has sentido con tu mami en las visitas? Bien pero mejor acá. Una vez la abuelita dijo que yo tenía el pantalón como el del chavo del ocho, allá no tenía casi ropa, ni zapatos, mi mamá se compró un computador y un celular nuevos, y a mí nunca me compra nada, me dijo que me iba a comprar una batería mejor que la que me regalaron los abuelos acá, no es capaz de comprarme un camarote, ni un Nintendo, y ya no le creo, no cumple sus promesas. ¿David si pudieras cambiar algo en este momento de tu vida que cambiarías? Nada, no quisiera que aumente más ni menos, no aumentar más ni menos, así como esta todo, está bien. ¿POR QUÉ? Porque soy más feliz acá. ¿Cómo te sientes en esta casa? Muy Feliz. ¿Quién es el que más regaña? MI abuelito, ¿Quién es el que más

cuida los niños? Más el abuelito, luego Andrea y luego la profe DORA. ¿Si tuvieras una varita Mágica y pudieras pedir tres cosas que pedirías? 1- Que nadie me regañe y me dejen hacer lo que quiera. (Se sonríe), 2- Quedarme aquí para siempre, pero pudiendo visitar a mi mamá. 3- Quitarme el miedo que tengo».

El 8 de junio de 2023, la madre del niño informó algunos avances en el proceso de conocimiento del Juzgado Trece de Familia de Azul, constatables mediante el vínculo electrónico de consulta, suministrado por ese despacho judicial a la Sala de Revisión. En concreto, se aprecia que para entonces:

□ El 26 de mayo de 2023, al descorrer el traslado del concepto de la trabajadora social, la madre insistió en su solicitud de visita al lugar en el que ella reside, en la ciudad de Verde claro. Recalcó que la condición socioeconómica no puede generar la ruptura del vínculo familiar. No obstante, ha sido claro que el menor de edad ha optado por permanecer con sus abuelos por aquellas cosas materiales que le ofrecen, mismas que ella no puede darle, y porque considera que puede hacer o que quiere. Manifestó que, tras las terapias de fortalecimiento de su rol como madre, considera que su hijo «debe aprender que en la vida se trabaja, se lucha por las cosas, se crece en sociedad moral y éticamente, dignificando su vida a raíz de su esfuerzo de hombre, empero, hoy para mi hijo se está viendo la comparación económica y su forma de obtener sus pertenencias». Considera que las visitas presenciales sin supervisión son la forma de restablecer el vínculo materno-filial. Además, estima que en su caso es necesaria la aplicación de un enfoque de género.

□ Mediante auto del 2 de junio de 2023, el Juzgado Trece de Familia de Azul ordenó visita sociofamiliar al lugar de residencia de la madre del niño, con el fin de identificar si existe alguna situación de riesgo para el menor de edad en ese lugar.

□ Del expediente, pudo constatarse que, en efecto, a través de su Regional Verde y del Centro Zonal Verde oscuro, el ICBF valoró el lugar de residencia de la madre del niño el 15 de junio de 2023. En el desarrollo del estudio, se advirtió que la progenitora tiene un empleo estable, en la modalidad de teletrabajo. Durante la entrevista la madre del niño «manifiesta que su mayor deseo es recuperar la custodia de su hijo, indica que ha mejorado sus condiciones de vida ya que cuenta con un empleo estable y bien pago, tomó en alquiler una vivienda la cual se encuentra adecuada con las pertenencias de su hijo, con el fin de poder tenerlo nuevamente bajo su cuidado. Refiere que la relación con el abuelo paterno del niño, y quien ha sido su custodio estos meses es muy conflictiva ya que éste “ha querido quitarme a mi hijo, me dice que yo no le doy una vida digna, que yo le compro ropa barata, juguetes baratos y que el niño con él está mejor porque ellos tienen más dinero. Él se obsesionó con David y no quiere regresármelo”. Señala que, pese a que la custodia del niño está dada por medio de comisaría de familia a su abuela paterna la señora Bertha, ésta permanece por fuera del país, por lo que el niño reside actualmente con el abuelo paterno, y se encuentra principalmente al cuidado de una niñera y de la persona encargada de las actividades domésticas del hogar».

La trabajadora social concluyó que: «la familia [unipersonal y materna] en mención cuenta[n] con características favorables que pueden garantizar un entorno emocional seguro para la crianza y protección del niño, [la madre] demuestra tener capacidad, interés, amor y entrega

para atender las necesidades afectivas y demás que requiere. En la actualidad la progenitora cuenta con las condiciones habitacionales, sociales y económicas estables para garantizar el cumplimiento de los derechos del niño, resultandos favorables para encargarse del cuidado de éste, sin embargo, se evidencian situaciones sin resolver entre adultos, conflicto entre madre y familia paterna [...] por lo que es importante que tanto madre como familia extensa ligada afectivamente con el niño recurran a espacios de acompañamiento psicológico en la elaboración de conflictos y pautas de crianza que les permita mejorar su relación como cuidadores». Agregó que, «durante el recorrido en la vivienda, se logra evidenciar que las condiciones locativas de la misma representan un factor de riesgo para el desarrollo del niño [...] toda vez que en el estudio, en las dos habitaciones secundarias, incluida la habitación del niño y en la habitación principal (la de la progenitora), se evidencian ventanas sin vidrio y/o mayas de seguridad en un apartamento ubicado en un onceavo piso, así como el balcón cuenta con una barrera de seguridad que cubre únicamente la mitad del espacio hacia arriba, lo que representa un peligro inminente para un niño de corta edad además diagnosticado con TDAH, por lo que se realizan sugerencias de ajustes de seguridad para la adecuación de estos espacios en toda la vivienda sea para visitas a su progenitora o para cambio de vivienda del niño a la ciudad de Verde claro según decisión de la autoridad encargada» (énfasis agregado).

Anexo 5

Información sobre la permanencia de la abuela paterna en el país

Sobre las salidas del país de la abuela paterna entre los años 2021 y 2023 (hasta el 11 de julio, momento del reporte de la información), a partir de la información aportada por aquella y por Migración Colombia, la Sala de Revisión efectuó los siguientes hallazgos:

Año

Ingreso

Salida

Duración en Colombia

Días

Porcentaje al año

2021

04-11

19-11

16

4,3%

Total

16
4,3%
2022
15-01
11-02
28
7,6%
24-05
31-05
8
2,1%
13-06
08-07
25
6,8%
22-08
02-11
67
18,3%
10-11
26-12
47
12,8%
Total
175
47,9%

2023
15-01
15-03
60
31,2%
11-04
22-04
12
6,2%
11-05
12-05
2
1%
15-06
17-06
3
1,5%
03-07
05-07
3
1,5%
Total
80
41,6%

Cabe destacar que existen incongruencias en la información suministrada por ambas fuentes. Sin embargo, la diferencia es apenas de un día en algunos ingresos de la abuela paterna al país, por lo que el porcentaje de permanencia de aquella en el país es aproximado.

Anexo 6

Audiencia del 22 y 23 de agosto de 2023 (Centro Zonal Azul claro)

Con ocasión del auto del 30 de agosto de 2023, se conoció la decisión de la defensora de familia. Aquella fue adoptada en audiencia del 22 y 23 de agosto de 2023. A continuación, se destacan los principales aspectos de esta:

□ En la diligencia se debatieron solicitudes de nulidad impetradas por la madre del niño, en virtud de la modificación del régimen de visitas previsto por el Juzgado Trece de Familia de Azul. para su apoderada, solo podía hacerlo, una vez abierto el proceso de restablecimiento de los derechos correspondiente, lo que no ocurrió. La solicitud fue negada, y la misma fue objeto de recurso de reposición. La apoderada de los abuelos se opuso.

□ La psicóloga interviniente en la diligencia dejó en claro que el niño no refiere maltrato de ninguno de sus familiares (2:43:50). Sugirió además que los cambios bruscos podrían afectar emocionalmente al infante (2:48:18). También precisó que el conflicto familiar puede generar un conflicto personal en el menor de edad (2:49:28).

□ La apoderada de la madre destaca que, al valorar psicológicamente a la abuela paterna, las profesionales en la salud mental terminan proponiendo la custodia del niño en cabeza del abuelo paterno, sin explicación alguna.

□ Durante la audiencia se proyecta un video aportado por la madre, en el cual el niño tiene un celular y está en desarrollo de un juego de «pistolas». En niño al ser inquirido por la madre sobre las razones para ello, responde que en todo caso «no sale sangre», para tranquilizarla. Este refiere que no se encuentra con un adulto cerca.

□ La abuela paterna se manifiesta en el sentido de que para ella y para el abuelo paterno el niño es un hijo. Asegura que desde que supieron de su existencia lo adoptaron como su hijo. Destaca que su radicación en México no le impide estar al tanto de todo lo relacionado con su nieto.

□ La madre destaca que ha cumplido las exigencias efectuadas sobre la búsqueda del fortalecimiento de sus habilidades parentales. Ha adquirido facultades para desarrollar su rol como madre, mediante terapia psicológica. También informó que en el lugar donde labora, le otorgan un subsidio para la contratación de una niñera para su hijo. Además, refiere que las medidas en su contra fueron adoptadas sin la posibilidad de probar.

□ El padre adujo que, aunque inicialmente se opuso a que la custodia fuera otorgada a los abuelos paternos, cambió de parecer en la medida en que el niño se encuentra en buen estado y ha mejorado su comportamiento en el entorno escolar. Entretanto, en Verde claro no fue cuidado de forma adecuada al punto en que sufrió abuso sexual por parte de otro menor de edad. Califica a la madre como una desagradecida que no ve todo lo que los abuelos paternos han hecho por el menor de edad y todo lo que le han dado (23:40). En esa medida, le parece inconcebible que lo haya denunciado por actos sexuales sobre el niño. Agrega que, al estar viviendo en casa de sus padres, siente que ha logrado compartir más con el menor de edad.

□ El abuelo paterno destacó que en solo dos visitas presenciales la madre del niño demostró no estar habilitada para su cuidado. Minimiza lo que le ocurre al menor de edad, junto con la familia materna. Bajo su custodia el niño pasaba hambre, accedía a contenido pornográfico y fue abusado; incluso pasó siete años durmiendo con la mamá. Si el ICBF ha encontrado que es apta para su cuidado es porque preparó todo para que así pareciera. Resalta que la madre ha promovido el odio del niño en contra de toda la familia paterna. Pero estando con los abuelos paternos, el padre ha logrado desempeñar su rol.

□ La defensora de familia, mediante la Resolución n°. 878 de 2023 modificó la medida de protección. Fijó su ubicación en un hogar sustituto, habida cuenta de que el Juez Trece de Familia de Azul impuso la obligación de ejercer una vigilancia exhaustiva para evitar que el niño accediera a videos de contenido pornográfico. No obstante, el niño ha tenido en su poder aparatos celulares sin supervisión. Recalcó que adopta la medida en vista de que el lugar de residencia de la madre no había sido visitado (pese a la visita efectuada por orden de la autoridad judicial), la abuela paterna está radicada fuera del país, el padre no ostenta habilidades parentales y fue bajo supervisión del abuelo que ocurrieron los hechos.

□ La madre, el padre y los abuelos paternos interpusieron recurso de reposición y, en caso de no varias medidas, solicitaron la homologación del fallo. De manera unánime, consideraron que la medida es desproporcionada e irrazonable. Además, expone al menor a cambios extremos intempestivos, que conforme el criterio de la psicóloga adscrita a la Defensoría de Familia, comprometen la estabilidad emocional del niño. Resaltan que el acceso al móvil no comprueba la visualización de contenido pornográfico, y que solo tiene acceso a llamadas y no a la red; la familia paterna refiere que su adquisición obedeció a la insistencia de la madre por comunicarse con el niño. La apoderada de los abuelos paternos destacó que el acceso al celular denunciado por el abuelo y que originó la restricción de las visitas a la madre sí implicaba un riesgo para el niño por los hechos de abuso sexual a los que presuntamente fue sometido el infante en Verde claro, en donde accedía a pornografía en presencia de las cuidadoras. La apoderada de la madre solicitó considerar la ubicación del niño en el medio extenso materno, y recalcó que los abuelos paternos insisten en tener un hijo que no es suyo. El padre recalcó que este asunto no amerita una perspectiva de género y debe centrarse en el bienestar del niño, a quien no le hace bien que le quiten su estilo de vida.

Expediente T-9.***.**7

M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera