

Sentencia T-012/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Condición de subordinación o indefensión

INTERES SUPERIOR DEL MENOR CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 44 DE LA C.P.-

Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Derecho de los padres biológicos a mantener contacto con sus hijos/DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL, FISICA Y PSICOLOGICA Y A NO SER ABUSADOS SEXUALMENTE/DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA/PRINCIPIO DE ARMONIZACION CONCRETA DE LOS DERECHOS EN TENSION/REGIMEN DE VISITAS-No podía ser interrumpido unilateralmente

Esta Sala insiste en la posición que de tiempo atrás ha sostenido esta Corte en el sentido de que los vínculos familiares y con ellos el cariño y el amor, son el componente primigenio indispensable que garantiza el desarrollo armónico e integral de los niños y niñas, así como la evolución del libre desarrollo de su personalidad y en general, incide directamente en el ejercicio pleno de sus derechos. Sin embargo, cuando por una u otra circunstancia, la cohesión entre los miembros de la familia no puede mantenerse, el impacto sobre los derechos fundamentales de los niños y niñas debe mitigarse de tal manera que se evite su restricción o anulación y sea restablecida la eficacia de los mismos. Es indudable que la posición de Diana como madre del niño quien está bajo su custodia y cuidado, la pone en una situación preponderante sobre Juan Antonio, padre de Diego, quien a pesar de contar con instrumentos jurídicos de defensa (acudir a la Defensoría o Comisaría de Familia o Juez de esa especialidad) para hacer valer el derecho de su hijo a tener una familia y a no ser separado de ella, y así restablecer el contacto directo con el niño, los mismos no le aseguran una respuesta inmediata para la eficacia de los mencionados derechos fundamentales. Entonces, la tensión existente entre el derecho fundamental del niño a su integridad personal, física y psicológica y a no ser abusado sexualmente (arts. 1º 12 y 44 C.P.), invocado por su madre para no permitir las visitas de su hijo en el hogar del padre, y el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 C.P.) sostenido por este último para pedir el cumplimiento de la regulación de visitas pactada ante la Comisaría de Familia, debe ser solucionado en aplicación del principio de armonización concreta por parte

del juez constitucional, de tal manera que ninguna de las dos garantías básicas resulten sacrificadas. Para esta Sala de Revisión, Diana debe velar por la integridad física y psicológica de su hijo Diego y en cumplimiento de esa obligación estaba facultada para acudir inmediatamente, como lo hizo, a la autoridad competente para que se adoptaran las medidas del caso, previo agotamiento del procedimiento respectivo, pero no para interrumpir unilateralmente el régimen de visitas, sin que la Defensoría o la Comisaría de Familia o en su caso un Juez de esa especialidad, en el trámite del proceso respectivo, emitieran medidas de protección en favor del niño o modificaran el régimen de contacto con su padre pactado inicialmente, con la finalidad de asegurar el interés superior del menor, como acertadamente lo consideró el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo al resolver la acción de tutela.

RESTRICCION DE VISITAS-Caso en que tal decisión era inoponible al tutelante porque fue puesta en su conocimiento meses después de proferida

Aclara la Sala de Revisión que aunque la Comisaría de Familia, emitió el 30 de junio de 2011 el Auto número 08, por medio del cual, entre otros, adoptó medida provisional de restricción de visitas en la casa del padre del niño, consistente en que podía tener contacto con su hijo en la casa materna o en el lugar en el que dispusiera su ex pareja, en todo caso, tal decisión le es inoponible al tutelante, debido a que solamente le fue puesta en su conocimiento hasta el 4 de octubre de 2011, es decir, ad portas de la terminación de la actuación administrativa que se adoptó el 10 de octubre del citado año. En este orden, las Defensorías o las Comisarías de Familia, según lo dispuesto en los artículos 82 y 83 de la Ley 1098 de 2006, de acuerdo con la situación concreta, tienen competencia para proferir cualquiera de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reguladas en el artículo 53 de la mencionada normativa, pero las mismas, a más de ser adecuadas, deben ponerse en conocimiento oportunamente de quienes están llamados a cumplirlas.

Referencia: expediente T-3.180.007

Acción de tutela interpuesta por Juan Antonio, contra Diana.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, NILSON PINILLA PINILLA y JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la decisión adoptada, el 27 de julio de 2011 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, que accedió a la protección temporal de los derechos invocados, en la acción de tutela a la que acudió mediante apoderado judicial Juan Antonio en representación de su menor hijo Diego, en contra de Diana.

Aclara la Sala que para garantizar el derecho a la intimidad del niño involucrado en este proceso y como medida de protección a sus derechos fundamentales y los de su familia¹, se optó por cambiar los nombres reales del pequeño y de sus padres, al igual que los datos de los funcionarios que intervinieron en el proceso administrativo en la Comisaría de Familia y el municipio en donde ocurrieron los hechos, por nombres ficticios, a saber: Juan Antonio, padre biológico del niño; Diana, madre biológica del niño; Diego, niño afectado y, Francisco, Comisario de Familia de Trujillo Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

El señor Juan Antonio, a través de apoderado judicial, promovió acción de tutela a favor de su hijo Diego quien al momento de acudir en dicha acción constitucional, contaba con dos (2) años de edad, en contra de su madre Diana, por la vulneración de su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella regulado en el artículo 44 de la Constitución.

En el escrito de tutela se relacionan los siguientes,

1. Hechos

1.1. Afirmó que de la unión libre que sostuvo con Diana, procrearon a Diego, nacido el 6 de octubre de 2008 quien sigue bajo la custodia y el cuidado personal de su madre, desde hace quince meses que decidieron vivir separadamente.

1.2. Adujo que su relación con la demandada ha sido pésima, al punto de que luego de la separación fue agredido por ella y además lo amenazó con herirse para luego inculparlo y posteriormente denunciarlo por violencia intrafamiliar.

1.3. Agregó que el 4 de mayo de 2010 la madre de su hijo lo citó a la Comisaría de Familia del municipio de Trujillo -Valle del Cauca-, con el fin de regular las visitas de Diego, debido a que no quería que tuviera contacto muy seguido con su hijo, acordando que podía verlo todos los días desde las 3:30 P.M. a 6:00 P.M. y dos fines de semana al mes.

1.4. Manifestó que cuando el acuerdo se cumplía, fue citado nuevamente el 31 de marzo de 2011 por Diana a la Comisaría de Familia, en donde la madre del niño sostuvo que para el bienestar y estabilidad de Diego, no estaba de acuerdo que su padre lo visitara según lo estipulado en el acta del 4 de mayo de 2010, por lo que se dispuso que se permitiría contacto con su hijo los miércoles desde las 3:00 P.M a 6:00 P.M y cada quince días desde el viernes de 3:00 P.M. hasta el domingo 6:00 P.M. de ese fin de semana.

1.5. Expuso que al momento de acudir a la acción de tutela hacía un mes que había sido privado injustamente del trato personal y la comunicación en amor con su hijo, debido a que su madre no lo permite, desconociendo así lo pactado en la Comisaría de Familia el 31 de marzo de 2011.

1.6. Afirmó que desde abril de 2011 la madre del menor empezó a trabajar en la Alcaldía del citado municipio en el horario de 8:00 am a 12 del día y de 2: pm a 6:00 pm, motivo por el cual el menor pasa el día en casa de los abuelos maternos.

1.7. Sostuvo que desde la separación con Diana, no ha podido tener una relación de amor, cuidado, protección y comunicación regular con su hijo, que son elementos necesarios para el desarrollo integral del menor, debido a los obstáculos puestos por su madre con el único fin de no permitir su relación con Diego y como una estrategia para vengarse de él, a pesar de que ha cumplido con la cuota alimentaria que le corresponde.

1. Fundamentos jurídicos de la acción de tutela

2.1. El demandante considera que la actuación de Diana, madre de Diego, consistente en impedir que se cumpla lo pactado en el acta del 31 de marzo de 2011 en la Comisaría de Familia, desconoce el derecho de su hijo a tener una familia y a no ser separado de ella dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, además de atentar contra su desarrollo integral, el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, provisión de un ambiente armónico apto, la protección del niño frente a riesgos prohibidos, desarrollo armónico y salud mental, inclusive la suya en condición de padre.

1. Pretensión

1. Trámite Procesal

Mediante Auto del 12 de julio de 2011, el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, tramitó la acción de tutela, tuvo como pruebas los documentos allegados con la misma, decretó la práctica de varios testimonios y corrió traslado a la accionada para que dentro de los dos (2) días siguientes ejerza sus derechos de contradicción y defensa e informe sobre los hechos invocados por el actor. De la misma manera, a través de providencia emitida el 21 de julio de 2011, se vinculó a la Comisaría de Familia del citado municipio, se le remitió copia de la acción de tutela para que se pronunciara dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación de dicho proveído².

1. Respuesta a la acción de tutela

4.1.1. Respuesta de Diana, madre del niño demandada

Por intermedio de apoderado judicial, Diana, como madre y representante legal de Diego, sostuvo que la separación con el demandante sucedió de manera distinta a lo narrado en la

acción de tutela, debido a que para el 16 de abril de 2010, por razones laborales se encontraba fuera del país y al llamar el 20 del mismo mes y año, el padre de su hijo le manifestó que no quería continuar con la relación de pareja, motivo por el cual necesitaba saber dónde dejar a su hijo. Enseguida, abandonó la casa que habitaban como grupo familiar, lo que la obligó a que luego de llegar al país el 26 de abril de 2011 se ubicara en la casa de sus padres.

Agregó que la conciliación para regulación de visitas firmada el 4 de mayo de 2010 ante la Comisaría de Familia, se hizo sin ninguna prevención al aceptar la propuesta del padre del niño. La segunda conciliación para los mismos fines que se llevó a cabo el 31 de marzo de 2011, se originó en el incumplimiento del padre del menor de lo pactado inicialmente.

Adujo que Diego estuvo con su padre el fin de semana desde el viernes 24 de junio hasta el domingo 26 de junio de 2011, "visita en la cual mi niño (...) me argumentó que no quería que le MORDIERAN MAS EL CHICHI, razón por la cual me llené de temor de volverlo a mandar a la casa del papá por esto el día 30 de junio del 2011 se le practicó examen psicológico en la secretaría de familia del municipio de Trujillo en donde citaron al padre del menor para informarle la situación y no compareció"³.

Afirmó que no es cierto que haya privado injustamente del trato personal y la comunicación del demandante con su hijo.

Finalmente, sostuvo que no se opone a la conciliación de regulación de visitas, sino que las mismas se desarrollen en un ambiente distinto y con acompañamiento de un funcionario, debido a que su hijo está siendo sometido a abuso sexual por parte de una persona distinta a su padre, que frecuenta la casa de éste, hechos que están en averiguación por la Fiscalía General de la Nación.

Allegó con la respuesta a la acción de tutela el examen psicológico realizado al menor por la Comisaría de Familia y solicitó la práctica de algunos testimonios, así como sea decretada visita familiar para verificar las condiciones de vivienda y del entorno en el que vive el padre del niño.

4.1.2. Respuesta de la Comisaría de Familia

Mediante oficio recibido el 25 de julio de 2011 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, Francisco, Comisario de Familia (E), sostuvo que en esa institución no reposa ningún documento que certifique que la señora Diana esté incumpliendo la conciliación realizada el pasado 31 de marzo de 2011. De la misma forma que actualmente se adelanta un proceso investigativo por denuncia realizada por la madre de Diego, por presunto abuso sexual del niño, como es la manipulación de sus órganos genitales por una persona mayor cuando su padre lo lleva a casa.

Adujo que es de especial atención para esa entidad, adelantar las diligencias necesarias relacionadas con ese caso, con la finalidad de verificar la realidad de los hechos, debido a que el niño manifiesta que un mayor en la casa de su padre, le está manipulando sus genitales, lo que puede constituir un presunto delito de abuso sexual con menor de catorce años, según lo que el niño le manifestó a su madre y luego lo ratificó en la valoración psicológica⁴.

1. Documentos obrantes en el expediente de tutela

1. Copia de la audiencia de conciliación para la fijación de cuota alimentaria, custodia provisional y regulación de visitas llevada a cabo el 31 de marzo de 2011 por la Comisaría de Familia (folios 11 al 15 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

1. Copia de la audiencia de conciliación para la regulación de visitas llevada a cabo el 4 de mayo de 2010 por la Comisaría de Familia (folio 16 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

1. Copia del informe de valoración psicológica al menor, llevada a cabo el 30 de junio de

2011 por la Comisaría de Familia (folios 26 al 30 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

1. Copia del documento (Formato Único de Noticia Criminal), iniciada por la Fiscalía General de la Nación - U.R.I de Tulúa Valle del Cauca, por el presunto delito de actos sexuales con menor de catorce años, radicada el 25 de julio de 2011 (folios 73 al 77 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

I. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Mediante fallo emitido el veintisiete (27) de julio de 2011, el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo, Valle del Cauca, accedió al amparo de los derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separado de ella, en favor del menor Diego, hasta tanto haya un pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa o judicial competente, que confirme o modifique la situación actual de visitas. En consecuencia, ordenó a Diana, madre del niño cumplir con la regulación de visitas, pactada en el acta de conciliación realizada el 31 de marzo de 2011 ante la Comisaría de Familia de ese municipio, con la advertencia de que en el futuro debe abstenerse de negar sin previa orden administrativa o judicial de autoridad competente, el contacto entre Diego y su padre Juan Antonio, so pena de incurrir en desacato.

De igual manera, exhortó a Juan Antonio, para que cumpla plenamente la recomendación de cuidado y seguridad que hizo la Psicóloga adscrita a la Comisaría de Familia de ese municipio, en relación con la denuncia de abuso sexual en contra del niño, de conformidad con la valoración psicológica realizada el 30 de junio de 2011 y aplique lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, debiendo, además, en término no inferior a 8 días hábiles, asistir a entrevista con dicha profesional, de lo cual debe darse cuenta a ese despacho judicial. Advirtió igualmente que para la protección de su derecho a las visitas, deberá someterse al procedimiento que actualmente cursa ante la Comisaría de Familia de ese municipio o acudir a la jurisdicción ordinaria.

Ordenó a la Comisaría de Familia del mencionado municipio, que en el término máximo de 4 meses, contados desde el 30 de junio de 2011, fecha de la presentación de la queja o denuncia, previo agotamiento de lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, efectuara la valoración de las pruebas que se recopilen y la intervención de un equipo interdisciplinario, se pronuncie acerca de la necesidad de emitir o no medidas de protección en favor de Diego, especialmente con el régimen de visitas para con su señor padre, instándolo a extremar la vigilancia del presente caso, en relación con la situación denunciada por la madre del niño.

Finalmente, se remitieron copias de lo actuado a la Fiscalía General de la Nación -Seccional de Tulúa -Valle del Cauca-.

Para llegar a esa decisión, consideró el despacho judicial que debido a la situación de indefensión en la que se encuentra el niño, originado en las desavenencias entre sus progenitores, no puede privársele de facto por su madre el derecho a las visitas y con ello a la relación afectiva con su padre y la familia de éste, con fundamento en la posición dominante que ostenta originada en la custodia y cuidado personal del niño.

De tal manera, los mandatos constitucionales y legales consagran de forma directa y determinante el derecho inalienable de los niños -aún los de padres separados- a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores, con la única excepción fundada en el interés superior del menor, en la que judicialmente se haya probado, que el trato con alguno de sus padres, puede ocasionarle daño físico o moral.

III. PRUEBAS PRACTICADAS POR EL MAGISTRADO SUSTANCIADOR

Mediante Auto del 29 de noviembre de 2011, el Magistrado Sustanciador, con la finalidad de tener mayores elementos de juicio para resolver el asunto, particularmente en lo relacionado con las actuaciones posteriores al amparo adoptado por el Juez Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, decidió por Secretaría General ordenar a las entidades que se mencionan enseguida, informen dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación respectiva, lo siguiente:

a) A la Comisaría de Familia del mencionado municipio de Trujillo -Valle del Cauca- para que informe si se remitió al niño a valoración médico legal y el resultado de la misma; si el padre del niño asistió a la entrevista con la psicóloga y el resultado de la misma, según se ordenó

en el fallo de tutela y, si dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir del 30 de junio de 2011, se adelantó el procedimiento dispuesto en la Ley 1098 de 2006, tendiente a la necesidad de emitir o no medidas de protección en favor del menor, especialmente lo relacionado con el régimen de visitas con su padre y en caso afirmativo, enviar a esta Corte copia de la decisión proferida.

b) A la Fiscalía General de la Nación – Seccional Tulúa –Valle del Cauca-, para que informe el trámite que ha surtido la investigación penal de oficio iniciada por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, por remisión que hizo la mencionada Comisaría de Familia y,

c) Se comisionó al Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo –Valle del Cauca- para que recepcionara declaración tanto al padre como a la madre del niño, relacionada, en su orden, con el desarrollo y cumplimiento del régimen de visitas pactado el 31 de marzo de 2011 ante la Comisaría de Familia del citado municipio, según lo ordenado por ese despacho judicial al resolver la acción de tutela y, con la observancia de las indicaciones sobre cuidado, seguridad e integridad personal del niño, así como se indagara si para la regulación del régimen de visitas, el demandante acudió a la jurisdicción ordinaria o se sometió al procedimiento adelantado por la Comisaría de Familia.

3.1. Respuesta a las pruebas practicadas por el Magistrado Sustanciador de la Sala Quinta de Revisión

3.1.1. Comisaría de Familia del municipio de Trujillo –Valle del Cauca-

A través de oficio recibido en esta Corporación el 11 de enero de 2012, Luz Elean Rodríguez Torres, Comisaria de Familia del municipio de Trujillo –Valle del Cauca-, sostuvo que esa entidad remitió por competencia de la Fiscalía General de la Nación, para que oficiara al médico legista tendiente a realizar la valoración médico legal al niño. De la misma manera, agregó que el padre del menor asistió el 2 de agosto de 2011 a la entrevista ordenada por el juez de tutela, en la cual se le hicieron varias recomendaciones que se comprometió a cumplir y a tener más cuidado con su hijo, mostrándose preocupado por la situación.

De la misma forma, adujo que el 6 de octubre de 2011 los padres del niño presentaron un acuerdo a la Comisaría de Familia y solicitaron dar por terminado el proceso de investigación No 8 del 30 de julio de 2011, acordando seguir con el convenio surtido en audiencia

conciliatoria del 31 de marzo de 2011 ante esa Comisaría, referido a la regulación de visitas, petición a la que se accedió a través de auto del 10 de octubre de 2011, por medio del cual se dio por terminado en forma definitiva el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor del menor y se levantó la medida provisional de restricción de visitas. A la mencionada respuesta, se adjuntaron los documentos que la soportan.

3.1.2. Fiscalía Veintiocho Seccional de Tulúa -Valle del Cauca-

A través de oficio F28-1578 del 9 de diciembre de 2011, remitido al despacho del Magistrado Sustanciador el 13 de enero de 2012, Juan Carlos Gallego Chaves, Fiscal 28 Seccional de Tulúa -Valle del Cauca- hizo relación del trámite que ha surtido el proceso investigativo por la presunta conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, con base en el informe procedente de la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca-.

Afirmó que se ordenó a la Policía Judicial realizar las pesquisas tendientes a lograr la ocurrencia del hecho y la plena identificación del autor o autores, entrevistar a la madre del menor presuntamente abusado, realizar una valoración psicológica al mismo, someterlo a valoración médico legal sexológica y realizar visita socio familiar para determinar el modo de vida en las casas tanto de la madre como del padre del niño, así como entrevista a este último.

Resaltó que el médico legista, tras realizar una valoración médico legal-sexológica al niño, concluyó encontrarlo en buen estado de salud, desarrollo pondoestatural adecuado para su edad y desarrollo sicomotor normal. Adujo igualmente que en la valoración psicológica forense realizada al menor no emergen sentimientos o síntomas de trastornos psicológicos o comportamentales asociados con los hechos narrados.

3.1.3. Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-

En cumplimiento de la comisión encomendada, el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, el 12 de diciembre de 2011 recepcionó declaración a la madre del niño, quien manifestó que está cumpliendo con la regulación de visitas, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar pactado en la Comisaría de Familia, según lo ordenado por el Juez de Tutela. Agregó que una vez le entrega el infante a su padre en desarrollo del acuerdo, debe confiar en él porque no se da cuenta que pasa de allí en adelante, debido a que no tiene

ninguna comunicación con su ex pareja. Sostuvo que el trato del padre hacia su hijo es bueno y que ha venido cumpliendo con la cuota alimentaria respectiva.

De la misma manera, el mencionado despacho judicial recibió declaración al padre del niño, diligencia que se llevó a cabo el 14 de diciembre de 2011, en la que sostuvo que ha seguido las indicaciones de cuidado y seguridad que le hizo la psicóloga en la valoración realizada a su hijo el 30 de junio de 2011, según lo ordenado el 27 de julio del citado año por el juez al resolver la acción de tutela. En ese sentido, adujo que en el tiempo de las visitas permanece siempre con su hijo y que cuando lo lleva a su casa, su pareja sentimental colabora con su cuidado, sin que lo haya dejado a cargo de nadie, velando de esta forma por su integridad personal.

Agregó que gracias a la orden impartida por el juez de tutela se regularon las visitas a su hijo con el que tiene un trato muy bueno y ahora puede compartir más tiempo con él. Afirma que en su casa de habitación únicamente convive con su pareja. Finalmente afirmó que su entorno familiar conoce del presunto abuso sexual en contra del menor, frente a lo cual manifestaron que es absurdo, máxime cuando en el mismo conviven otros niños sin que se haya presentado ningún antecedente similar al presuntamente ocurrido.

3.2. Informe rendido a la Sala de Revisión por la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca- y pruebas documentales allegadas

Mediante oficio del 19 de enero de 2012, Piedad Liliana Benítez Villada, Comisaria de Familia de Trujillo -Valle del Cauca-5, informó que dentro de la investigación seguida por los hechos puestos en conocimiento por la madre del niño, se profirió el Auto número 08 del 30 de junio de 2011, en el que se ordenó, entre otras medidas, restringir las visitas del menor a la casa de su padre, mientras se definía el proceso penal, en consecuencia, éste podrá visitar a su hijo en el hogar materno o en el lugar que disponga su progenitora.

Agrega que, solamente hasta el 4 de octubre de 2011, se le notificó personalmente al padre del niño la decisión emitida.

Como soporte de lo afirmado, adjuntó copia del Auto número 08 del 30 de junio de 2011, emitido por la citada Comisaría de Familia, así como de la notificación personal de su contenido al padre del niño surtida el 4 de octubre de 2011.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para adoptar una decisión dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Planteamiento del problema jurídico

2.1. Corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la actuación de Diana, madre de Diego, consistente en interrumpir el régimen de visitas acordado con Juan Antonio, padre de su hijo en la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca- el 31 de marzo de 2011, con el argumento de que en el hogar de éste se presentó abuso sexual contra el menor, constituye o no vulneración del derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, invocado por el tutelante.

2.2. Con la finalidad de resolver el problema jurídico propuesto, se reiterará la doctrina constitucional sobre los siguientes temas: (i) la procedencia de la acción de tutela contra particulares, cuando se esté frente a una situación de subordinación e indefensión; (ii) el interés superior del niño, según lo regulado en el artículo 44 de la Constitución; (iii) el derecho fundamental de los niños y de las niñas a tener una familia y no ser separados de ella y, (iv) se entrará a solucionar el caso concreto.

1. La procedencia de la acción de tutela contra particulares. Reiteración de jurisprudencia

3.1. Al analizar lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, esta Corporación en múltiples oportunidades⁶ ha sostenido que en esa disposición se confía a la ley la posibilidad de establecer los casos en los cuales la acción de tutela procede contra particulares cuando:

(i) prestan un servicio público; (ii) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo y, (iii) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular. Mientras que el primer supuesto es objetivo, los otros dos, requieren de valoración fáctica en cada caso, sin olvidar la relación existente entre las partes⁷.

3.2. La mencionada disposición constitucional fue desarrollada expresamente por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, siendo objeto de análisis de constitucionalidad en la sentencia C-134 de 1994, en la que se declararon inexecutable algunos de sus apartes y executable otros⁸, bajo el entendido de que “la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por violación de cualquier derecho constitucional fundamental”.

3.3. Debido a que los hechos materia de análisis por esta Sala de Revisión, pueden enmarcarse en uno de los supuestos de la tercera circunstancia que hace procedente la acción de tutela contra particulares, en la misma se reducirá la presente referencia dogmática.

3.4. En efecto, mientras que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia que tiene su origen en la obligatoriedad de un orden jurídico o social determinado, como la que se presenta entre los trabajadores frente a sus empleadores, o con los estudiantes respecto de los profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica dependencia de una persona respecto de otra, ella emana de situaciones de naturaleza fáctica, en cuya virtud, la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como la posibilidad de respuesta oportuna, inmediata y efectiva ante la vulneración o amenaza de la que se trate⁹.

3.5. Es decir, el estado de indefensión se manifiesta cuando la persona afectada en sus derechos por la acción u omisión del particular, se encuentra inerme o desamparada, esto es, sin medios físicos o jurídicos de defensa, o cuenta con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental¹⁰. De allí que en cada caso concreto, debe el juez de tutela apreciar los hechos y circunstancias, con el fin de determinar si se está frente a una situación de indefensión, para que proceda la acción de tutela contra particulares¹¹.

3.6. Existen algunas situaciones identificadas enunciativamente por la Corte que pueden revelar la condición de indefensión, así: (i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos que le permitan conjurar la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular; (ii) quienes se encuentran en situación de marginación social y económica; (iii) personas de la tercera edad; (iv) discapacitados; (v) menores de edad¹²; (vi) la imposibilidad de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular; (vii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes como en la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc y, (viii) el uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro¹³.

3.7. Ha indicado también esta Corporación que la procedencia de la acción de tutela en estos casos, encuentra fundamento jurídico en el restablecimiento del derecho a la igualdad, toda vez que quienes se encuentran en alguna de las circunstancias mencionadas, no cuentan con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Esa es la razón por la cual, el Estado debe acudir a su protección en caso de haberse afectado alguno de sus derechos fundamentales, lo cual se traduce en una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato de la garantía vulnerada¹⁴.

4. El interés superior del niño, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución.
Reiteración de jurisprudencia

4.1. Según lo ha indicado en múltiples oportunidades esta Corte¹⁵, los derechos fundamentales de la infancia, gozan de una amplia y especial protección tanto en el orden jurídico interno como en el ámbito internacional.

4.2. Justamente, en el artículo 44 Constitucional se enumeran, algunos de los derechos básicos de la niñez, entre otros, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Se indica igualmente que debe prodigarse protección contra toda forma de abandono, violencia física o

moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, así como, gozarán también de los demás derechos dispuestos en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

4.4. Según la jurisprudencia de esta Corte, de la disposición citada, se desprende: (i) la protección reforzada de los derechos de los niños y la garantía de un ambiente de convivencia armónico e integral tendiente a la evolución del libre desarrollo de su personalidad¹⁷; (ii) amparo a la niñez frente a riesgos prohibidos, lo que equivale a sostener que se debe evitar su exposición a situaciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física y moral, la explotación económica o laboral y en general el irrespeto de la dignidad humana en todas sus formas; (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus progenitores. Es decir, en caso de conflicto entre los derechos de unos y de otros, la solución ofrecida debe ajustarse a la preservación de los intereses superiores de la niñez y, (iv) la necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales¹⁸, de tal manera que no se incurra en conductas arbitrarias, desmesuradas e injustificadas. De esta forma, la Constitución resalta la importancia de los nexos familiares, circunstancia concebida igualmente por el Código de la Infancia y de la adolescencia (Ley 1098 de 2006), al afirmar que la familia es el pilar fundamental en el desarrollo de los niños, de las niñas y de los adolescentes¹⁹.

4.5. A su vez, la protección a la niñez en el derecho interno, se refuerza a nivel internacional en los tratados sobre derechos humanos²⁰, como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2, dispone que la niñez “gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” ²¹.

4.6. En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca, entre otros, específicamente las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas y enfatiza en que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres y la obligación de velar por el bienestar de niños y niñas cuando sus familiares no estén en condición de asumir por sí mismos dicha tarea. De la misma manera enfatiza en que los Estados Partes deben poner el máximo

empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño²² y, finalmente, al reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social²³.

5.-El derecho fundamental y prevalente de los niños y de las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella y el de los padres biológicos a mantener contacto con sus hijos e hijas (art. 44 C.P). Reiteración de jurisprudencia

5.1. Al analizar el contenido del artículo 44 de la Constitución, en cuanto a la necesidad de proteger el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, la jurisprudencia de esta Corporación ha insistido en la importancia de la familia para el desarrollo integral y armónico de la infancia. De allí que la relación entre sus miembros contribuye, en principio, a crear un ambiente de amor y cuidado indispensable para alcanzar dicho objetivo. De tal manera que desconocer la protección de la familia²⁴, incluyendo los vínculos de sus miembros separados por cualquier circunstancia²⁵, implica al mismo tiempo amenazar seriamente los derechos fundamentales de los niños²⁶.

5.2. Ha sostenido la Corte que un niño o una niña sin familia, se ven privados de crecer en un ambiente de cariño, afecto, solidaridad, alimentación equilibrada que propicia la educación, la recreación y la cultura. Por ello, sus padres o miembros de familia que ocupen ese lugar -abuelos, parientes, padres de crianza-, son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los vínculos familiares y deben poner especial atención encaminada a que la niñez crezca en un escenario apropiado para el ejercicio de sus derechos y que puedan contar con los cuidados y la atención requerida. Desde esa óptica, la intervención estatal en el núcleo familiar, está autorizado de manera marginal y subsidiaria y únicamente si se presentan razones suficientes que así lo ameriten²⁷. Es decir, solamente en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los niños y niñas, le corresponde al Estado hacerlo.

5.3. Ha insistido la Corte en que la identificación del nivel de amparo y de cuidado que el Estado debe proporcionar, así como la forma en que ha llevarse a cabo, implica un análisis de cada caso y de las singularidades del mismo. Ha destacado que la intervención estatal no puede fundarse en que los padres o familiares carecen de suficientes recursos económicos y nivel de educación, en razón a que ello implicaría, a más de una sanción jurídica irrazonable

a padres y a hijos, un trato a todas luces discriminatorio, porque terminaría por restringir con base en tales carencias, el derecho que tienen los niños y niñas de gozar de la compañía y el amor de la propia familia²⁸.

5.4. Sobre este aspecto, la Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos, 729, 830 y 931 que los menores tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor³².

5.5. En ese mismo sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) en su artículo 2233, dispone que a los niños, las niñas y a los adolescentes les asiste el derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella. Adicionalmente indica que solo podrán ser separados de ésta cuando la familia no le garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a los procedimientos establecidos para cada caso concreto³⁴.

5.6. Dentro de las situaciones identificadas por la jurisprudencia constitucional que ameritan la separación de los niños y niñas de su entorno familiar, al no cumplirse las exigencias básicas para asegurar el interés superior de la niñez, se encuentran las siguientes: (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas; (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”³⁵ y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia³⁶.

5.7. De lo expuesto se puede inferir que existe una presunción no solamente en el orden jurídico interno³⁷, sino en los tratados internacionales de derechos humanos³⁸, a favor de mantener el vínculo recíproco entre los padres biológicos y sus hijos o hijas, cualquiera sea la configuración del grupo familiar³⁹, pudiendo ser separados, únicamente por motivos excepcionales⁴⁰. Presunción que solo puede ser desvirtuada por medio de argumentos poderosos, relacionados, se insiste, en la ineptitud de la familia biológica para asegurar el

bienestar del niño o de la niña, o en los riesgos o peligros reales y concretos que los amenacen. En todo caso, la carga de la prueba recae en quien alega las mencionadas circunstancias⁴¹, en el trámite de los procesos pertinentes regulados en la legislación, con estricto respeto de la garantía del debido proceso y de los derechos fundamentales de las personas involucradas⁴².

5.8. En definitiva, según lo indicado en el artículo 44 de la Constitución el mantenimiento de las relaciones personales estrechas directas y personales entre los hijos y sus padres -aún cuando éstos últimos estén separados por cualquier causa- constituye un derecho fundamental⁴³, que puede ser protegido a través de la acción de tutela.

1. Caso concreto

Esta Sala de Revisión debe determinar si el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 C.P.), se vulneró con la actuación unilateral de Diana, madre de Diego, consistente en no permitir las visitas al menor por parte de su Padre Juan Antonio, reguladas por el acuerdo al que llegaron los padres del niño ante la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca- el 31 de marzo de 2011, con el argumento de que en el hogar del progenitor de su hijo se presentó abuso sexual contra éste.

Aclara la Sala de Revisión que para solucionar el caso concreto seguirá el siguiente orden: (i) se expondrán los hechos probados en la acción de tutela; (ii) se indicarán las razones por las cuales en el presente caso, no se está frente al fenómeno del hecho superado y, (iii) se establecerá si la actuación de la madre del niño originó la vulneración del derecho fundamental invocado por el padre de Diego.

6.1. Hechos probados en la acción de tutela y en su trámite

6.1.1. La Sala de Revisión encuentra que existe un acuerdo suscrito el 31 de marzo de 2011 entre Diana y Juan Antonio ante la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca-, relacionado con la periodicidad en la que éste último tendría relación personal y directa con Diego, debido a que sus padres decidieron no convivir bajo el mismo techo.

6.1.2. Desde finales de junio de 2011, Diana decidió no permitir que Diego pernotara en la

casa de Juan Antonio en cumplimiento de la regulación de visitas pactada el 31 de marzo de 2011 ante la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca, argumentando que en ese lugar se había presentado manipulación de los órganos sexuales de su hijo por parte de una persona distinta a su progenitor, según lo manifestado por el niño y que luego ratificó en el estudio psicológico efectuado⁴⁴.

6.1.3. En efecto, el 30 de junio de 2011 la madre del niño acudió a la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca- buscando orientación legal y psicológica por el presunto abuso sexual del que fue objeto su hijo, a quien se le realizó valoración psicológica⁴⁵, diligencia en la que previamente a enunciar las personas que viven en el hogar del padre, de los antecedentes familiares, de la descripción del problema y de la impresión diagnóstica, se conceptuó que es necesario que el niño esté acompañado siempre de una persona responsable de su crianza y cuidado, “más cuando personas inescrupulosas se valen de la inocencia e ingenuidad de estos niños para manipular sus órganos genitales y cuando a estos niños no se les ha orientado sobre los cuidados que deben tener ellos con su cuerpo a ellos esto les va a parecer natural o una muestra más de afecto (...) por ello es necesario orientar al niño diciéndole que el cuerpo es de él, que debe cuidarlo, que nadie lo puede tocar en sus órganos sexuales y que si esto sucede debe manifestárselo a sus padres o cuidadores para así tomar precauciones”.

6.1.4. Dentro de las recomendaciones⁴⁶ se consignó que debe orientarse a los padres del menor, respecto de lo que está sucediendo con su hijo, específicamente sobre la presencia siempre de una persona responsable de su cuidado y seguridad, finalidad para la que llamaron por teléfono al padre y le dejaron mensajes para que se presentara en las instalaciones de la Comisaría, pero no lo hizo. Se agregó que si en el hogar del padre no se garantizan los derechos del niño, se debe llegar a un acuerdo respecto de la regulación de visitas, recordándoles que a pesar de que dejaron de ser pareja, siguen siendo padres.

6.1.5. Por los hechos narrados, mediante Auto número 08 del 30 de junio de 2011, la Comisaría de Familia avocó conocimiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, adoptó como medida provisional la restricción de visitas del niño en la casa del padre, disponiendo que podría ver a su hijo en el hogar materno y compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación para que se determine la presunta conducta punible de abuso sexual con menor de 14 años⁴⁷, y se realice la valoración médico legal al menor⁴⁸. Sin

embargo, el contenido de la mentada providencia no le fue notificada al padre del niño, sino hasta el 4 de octubre de 2011⁴⁹.

6.1.6. El 12 de julio de 2011, el padre del menor radicó acción de tutela en contra de la madre de su hijo, tendiente a la protección del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, presuntamente vulnerado por la actuación de esta última, consistente en el incumplimiento de la regulación de visitas pactada el 31 de marzo de 2011.

6.1.7. En el trámite de la acción de tutela, el juez de instancia recepcionó testimonios sobre los hechos, a dos hermanos del actor, a la hija de éste y a su cuñada⁵⁰, así como a dos amigas de la demandada⁵¹. Las primeras declaraciones son coincidentes en señalar el amor, cariño, afecto y cuidado permanente brindado por el padre del niño, luego de la separación con la demandada y de su sufrimiento por la privación de las visitas por parte de la madre de su hijo a partir de finales del mes de junio de 2011, así como, algunos de ellos afirman que dicha actuación, es una retaliación de la demandada por la separación con su ex pareja sentimental. En las segundas declaraciones se afirma que cuando le correspondían las visitas al padre del niño, no todo el tiempo estaba bajo su cuidado y que la relación de pareja que sostuvieron demandante y demandado no fue la mejor y que su separación se debió a la existencia de otra mujer en la vida del padre del menor.

6.1.8. Mediante fallo del 27 de julio de 2011, el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, resolvió: (i) tutelar transitoriamente el derecho fundamental invocado, mientras la autoridad administrativa o judicial competente se pronuncia de fondo confirmando o modificando la situación actual de visitas; (ii) ordenó a la madre del niño cumplir con la regulación de visitas pactada el 31 de marzo de 2011 ante la Comisaría de Familia, advirtiéndole que en el futuro, debe abstenerse de negar, sin previa orden judicial o administrativa, las visitas entre el menor y su padre; (iii) exhortó al padre del niño para que cumpliera con las recomendaciones de cuidado y seguridad para con éste, que hizo el 30 de junio de 2011 la psicóloga adscrita a la Comisaría de Familia. Además le impuso la obligación de asistir dentro de los 8 días hábiles siguientes a entrevista con dicha profesional y lo instó para que respecto del régimen de visitas se someta al procedimiento que para ese momento cursaba en la Comisaría de Familia o que acudiera a la jurisdicción ordinaria y, (iv) ordenó a la Comisaría de Familia que dentro de los 4 meses siguientes, contados desde el 30 de junio

de 2011, fecha de la presentación de la queja, se pronuncie sobre la necesidad de emitir o no medidas de protección en favor del menor, particularmente en lo relacionado con el régimen de visitas con su padre.

6.1.9. Siguiendo lo ordenado por el juez de tutela, el 2 de agosto de 2011 el padre del menor asistió a la Comisaría de Familia a entrevista en la que se le hicieron varias recomendaciones que se comprometió a cumplir y a tener más cuidado con su hijo, mostrándose preocupado por la situación⁵².

6.1.10. De la misma forma, el grupo interdisciplinario de la Comisaría de Familia⁵³, realizó visita socio-familiar a las viviendas de los padres del menor (al padre el 3 de agosto de 2011⁵⁴ y a la madre el 30 del mismo mes y año citado⁵⁵) y constató que al interior de ambos hogares, se encuentran y se cumplen las condiciones afectivas, físicas y mentales adecuadas para ser habitadas por el niño, en razón a que se goza de afecto, cariño, seguridad y del ambiente propicio que requiere en su etapa de crecimiento y desarrollo, alimentación, salud, ambiente sano, desarrollo de la primera infancia y recreación⁵⁶.

6.1.12. A través del Auto número 11 del 10 de octubre de 2011, la Comisaría de Familia: (i) dispuso la terminación definitiva de la investigación, debido a que las partes aclararon sus diferencias en favor del menor; (ii) levantó la medida provisional de restricción de visitas al hogar del padre; (iii) dio continuidad a la regulación de visitas que consta en el acta del 31 de marzo de 2011 y, (iv) se abstuvo de emitir medidas de protección en favor del niño, debido al compromiso del padre de extremar la vigilancia y cuidado personal de su hijo.

6.1.13. La Fiscalía 28 Seccional de Tuluá -Valle del Cauca-, afirmó que la valoración médico legal-sexológica al niño concluyó que se encontraba en buen estado de salud, desarrollo pondoestatural adecuado para su edad y desarrollo psicomotor normal. De la misma forma, que del análisis psicológico forense no surgen sentimientos o síntomas de trastornos psicológicos o comportamentales asociados a los hechos. Manifestó que hasta ahora no existen elementos materiales probatorios que permitan hacer una inferencia lógica y razonable de responsabilidad contra el padre del niño⁵⁷.

6.1.14. De las declaraciones rendidas por los padres del niño el 12 y 14 de diciembre de 2011 ante el juez que conoció de la acción de tutela, por Comisión del Magistrado Sustanciador, se infiere que: (i) se está cumpliendo con el régimen de visitas acordado ante la Comisaría de

Familia; (ii) la comunicación entre el padre y la madre del menor es inexistente; (iii) el trato del padre para con su hijo es bueno y este último cumple con la cuota alimentaria correspondiente y, (iv) el padre del menor está siguiendo las indicaciones de cuidado y seguridad para con su hijo en el desarrollo del régimen de visitas pactado.

6.2. Razones por las cuáles en el asunto objeto de análisis no existe hecho superado

6.2.1. Reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que cuando la aspiración primordial en la que consiste el derecho fundamental alegado ha sido satisfecha, desaparece la vulneración o amenaza y en consecuencia, la posible orden a impartir por el juez constitucional caería en el vacío y por ende perdería eficacia y razón de ser la acción de tutela, debido a la inexistencia de un objeto jurídico sobre el cual proveer⁵⁸.

6.2.2. En el caso analizado por la Sala de Revisión, a pesar de que la situación que motivó que el padre del niño acudiera en solicitud de amparo constitucional del derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 C.P.), originado en la actuación de su ex pareja y madre del menor, consistente en no permitir el contacto entre padre e hijo, con el consecuente incumplimiento del régimen de vistas pactado, en principio, de acuerdo con las pruebas obrantes, pareciera estar superado, debido a que con la decisión adoptada el 10 de octubre de 2011 por la Comisaría de Familia, se insiste, se resolvió terminar de forma definitiva el proceso que cursaba por los hechos mencionados, se levantó la medida provisional de restricción de visitas a la casa del padre del niño y se reanudó al respecto lo acordado y, no se emitieron medidas de protección en favor del niño.

6.2.3. Sin embargo, el fenómeno del hecho superado no se presenta en el asunto analizado, por las siguientes razones:

a) La actividad tendiente a la remoción del obstáculo que afecta el derecho fundamental amparado, no solamente implica el cumplimiento de deberes y obligaciones recíprocas entre los padres del niño, que no se agotan en un solo acto de éstos (positivo o negativo, según la posición en la que se encuentren), sino que implica asumir actuaciones continuas -no solo de la familia, sino de la sociedad y del Estado- tendientes a garantizar un ambiente que propicie su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (art. 44 C.P.).

b) De tal manera que en la sola reiniciación del contacto entre el padre y su hijo a instancias

del amparo tutelar, de las órdenes emitidas y del cumplimiento de las mismas por parte de los padres del niño y por la Comisaría de Familia, no permite que de inmediato desaparezca la vulneración o amenaza que se cierne sobre el derecho protegido y de los que se relacionan con el mismo, sino que se hace necesario emprender una serie continua de actividades, a cargo tanto de sus progenitores, como de las autoridades encargadas de velar por los derechos de los niños.

c) Si bien es cierto que el derecho fundamental afectado se amparó hasta tanto las autoridades administrativas y judiciales respectivas se pronuncien de fondo, en el sentido de modificar o confirmar la regulación de visitas, también lo es, que la Fiscalía Seccional de Tuluá -Valle del Cauca- no ha definido el proceso penal iniciado por los hechos relacionados con la acción de tutela y que el resultado del mismo, podría incidir en las órdenes proferidas por el juez constitucional y,

d) En definitiva, de la naturaleza misma del derecho afectado y de su núcleo esencial se infiere que su restablecimiento no se ha conseguido en su integridad, razón por la cual, para garantizar el interés superior del niño prodigado por la Carta Política, esta Corporación debe abordar el fondo del asunto, con la finalidad de determinar las demás órdenes a proferir, para que el amparo sea eficaz.

6.3. Con las actuaciones de Diana, madre de Diego, se vulneró a este último el derecho fundamental invocado

6.3.1. Para esta Sala de Revisión, de las pruebas obrantes en el expediente se infiere claramente que las desavenencias existentes entre la ex pareja compuesta por Juan Antonio y Diana, que surgieron previamente a la separación pero que este hecho las agravó, han afectado no sólo a su hijo Diego, por la ruptura de los vínculos afectivos que existían entre sus padres, sino que ha trascendido al punto de resquebrajar igualmente los lazos mantenidos entre los miembros de la familia de uno de los padres del niño con los familiares del otro⁵⁹.

6.3.2. Esta Sala insiste en la posición que de tiempo atrás ha sostenido esta Corte en el sentido de que los vínculos familiares y con ellos el cariño y el amor, son el componente primigenio indispensable que garantiza el desarrollo armónico e integral de los niños y niñas, así como la evolución del libre desarrollo de su personalidad y en general, incide

directamente en el ejercicio pleno de sus derechos. Sin embargo, cuando por una u otra circunstancia, la cohesión entre los miembros de la familia no puede mantenerse, el impacto sobre los derechos fundamentales de los niños y niñas debe mitigarse de tal manera que se evite su restricción o anulación y sea restablecida la eficacia de los mismos.

6.3.3. Es indudable que la posición de Diana como madre del niño quien está bajo su custodia y cuidado, la pone en una situación preponderante sobre Juan Antonio, padre de Diego, quien a pesar de contar con instrumentos jurídicos de defensa (acudir a la Defensoría o Comisaría de Familia o Juez de esa especialidad) para hacer valer el derecho de su hijo a tener una familia y a no ser separado de ella, y así restablecer el contacto directo con el niño, los mismos no le aseguran una respuesta inmediata para la eficacia de los mencionados derechos fundamentales.

6.3.4. Entonces, la tensión existente entre el derecho fundamental del niño a su integridad personal, física y psicológica y a no ser abusado sexualmente (arts. 1º 12 y 44 C.P.), invocado por su madre para no permitir las visitas de su hijo en el hogar del padre, y el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 C.P.) sostenido por este último para pedir el cumplimiento de la regulación de visitas pactada ante la Comisaría de Familia, debe ser solucionado en aplicación del principio de armonización concreta por parte del juez constitucional, de tal manera que ninguna de las dos garantías básicas resulten sacrificadas⁶⁰.

6.3.5. Para esta Sala de Revisión, Diana debe velar por la integridad física y psicológica de su hijo Diego y en cumplimiento de esa obligación estaba facultada para acudir inmediatamente, como lo hizo, a la autoridad competente para que se adoptaran las medidas del caso, previo agotamiento del procedimiento respectivo, pero no para interrumpir unilateralmente el régimen de visitas, sin que la Defensoría o la Comisaría de Familia o en su caso un Juez de esa especialidad, en el trámite del proceso respectivo, emitieran medidas de protección en favor del niño o modificaran el régimen de contacto con su padre pactado inicialmente, con la finalidad de asegurar el interés superior del menor, como acertadamente lo consideró el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo al resolver la acción de tutela.

6.3.6. En ese sentido, aclara la Sala de Revisión que aunque la Comisaría de Familia, emitió el 30 de junio de 2011 el Auto número 08, por medio del cual, entre otros, adoptó medida

provisional de restricción de visitas en la casa del padre del niño, consistente en que podía tener contacto con su hijo en la casa materna o en el lugar en el que dispusiera su ex pareja, en todo caso, tal decisión le es inoponible al tutelante, debido a que solamente le fue puesta en su conocimiento hasta el 4 de octubre de 2011, es decir, ad portas de la terminación de la actuación administrativa que se adoptó el 10 de octubre del citado año.

6.3.7. En este orden, las Defensorías o las Comisarías de Familia, según lo dispuesto en los artículos 8261 y 8362 de la Ley 1098 de 2006, de acuerdo con la situación concreta, tienen competencia para proferir cualquiera de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reguladas en el artículo 53 de la mencionada normativa⁶³, pero las mismas, a más de ser adecuadas, deben ponerse en conocimiento oportunamente de quienes están llamados a cumplirlas.

6.3.8. A su vez, a Juan Antonio, padre de Diego, le asiste el derecho de mantener el vínculo paterno filial con su hijo, máxime cuando hasta el momento ninguna de las entidades competentes, ha determinado que su separación es indispensable para garantizar el interés superior del menor. Por el contrario, la Comisaría de Familia, mediante Auto No. 11 del 10 de octubre de 2011 levantó la medida provisional de restricción de visitas que le había impuesto (que no le fue notificada), dio continuidad a la regulación de las mismas acordada y terminó de forma definitiva la investigación por los hechos que puso en conocimiento la madre del niño y, la Fiscalía Seccional de Tuluá, aún no ha definido la investigación penal seguida por el presunto delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años. De la misma forma, al niño debe garantizársele el derecho fundamental de no ser privado abruptamente del amor, afecto y cariño brindado por su padre y la familia de éste. Así como, el padre del menor tiene la obligación de guardar su integridad física y mental.

6.3.9. De tal manera que Diana, madre de Diego, si antes de la decisión del juez de tutela, tenía la obligación de seguir cumpliendo con la regulación de visitas pactada el 31 de marzo de 2011, hasta tanto la autoridad competente –Comisaría de Familia o un Juez de esa especialidad o, inclusive la justicia penal- no resuelva lo contrario, con mayor veras, ahora debe respetar lo acordado, luego de la decisión proferida el 10 de octubre de 2011 por la Comisaría de Familia de Trujillo –Valle del Cauca-. Lo anotado no implica que deje de estar

atenta o renuncie a su obligación de estar pendiente de la integridad física y mental de su hijo. A su vez, Juan Antonio, padre del niño, deberá seguir implementando y poniendo en práctica las medidas pertinentes, tendientes a la garantía efectiva de dicho derecho predicable de su hijo, particularmente, las recomendaciones consignadas en el informe del 30 de junio de 2011 que da cuenta de la valoración psicológica realizada al menor por la Comisaría de Familia del citado municipio, como lo consideró con acierto igualmente el juez en el fallo de tutela objeto de revisión.

6.3.10. Por lo expuesto, esta Sala Quinta de Revisión, modificará el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, confirmando lo en él dispuesto, con la adición que se precisará enseguida y que quedará en la parte resolutive del fallo, como consecuencia de la ponderación realizada y para garantizar la eficacia de los derechos en conflicto en cabeza de Juan Antonio y de Diana, padres del menor y particularmente para asegurar la realización del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella en cabeza de su hijo Diego, así como para procurar un ambiente propicio para la evolución del libre desarrollo de su personalidad.

6.3.11. En efecto, el fallo se adicionará en lo siguiente:

a) Se exhortará tanto a Juan Antonio como a Diana, padres de Diego, para que junto con su hijo, se sometan a tratamiento psicológico dirigido por el(la) profesional en esa área del conocimiento adscrito(a) a la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca-, con la finalidad de que adquieran conciencia sobre los cuidados y el amor que deben brindarle a su hijo, de tal forma que se propicie un ambiente armónico y adecuado que garantice la evolución de su libre desarrollo de la personalidad y especialmente que asegure la integridad física y mental de Diego. La periodicidad de dicha actividad y el espacio de su duración, deberán determinarse por el mencionado profesional, de lo cual se deberá informar al Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, cada que ella se lleve a cabo.

b) Se exhortará tanto a Juan Antonio como a Diana, para que asistan, por una sola vez, preferiblemente juntos, a la Comisaría de Familia de Trujillo, Valle del Cauca, para que el titular de esa institución, los oriente en los derechos y deberes que tienen como padres, así como respecto de los derechos fundamentales que la Constitución y los tratados

internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia garantizan a los niños. De la misma manera para que se les recuerde las consecuencias del incumplimiento de tales garantías fundamentales. De la realización de dicha actividad la Comisaría de Familia deberá presentar informe inmediatamente al Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-.

c) Se requerirá al Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo, Valle del Cauca, para que desde el momento en que se le comunique el presente fallo, cada mes y por espacio de dos (2) años, haga seguimiento al cumplimiento de las órdenes proferidas por ese despacho, adicionadas por esta Sala de Revisión, tendientes a confirmar el estado de salud física y psicológica del niño, con apoyo de la Comisaría de Familia de ese municipio, de lo cual deberá dejar constancia en el expediente de tutela y remitir copia de lo actuado a la Procuraduría General de la Nación.

d) Se aclarará igualmente que el fallo de tutela emitido por la Sala de Revisión, está condicionado a lo resuelto con sentencia en firme en el proceso penal que en la actualidad está surtiendo trámite en la Fiscalía Veintiocho (28) Seccional de Trujillo -Valle del Cauca-.

e) Se requerirá al Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, a la Comisaría de Familia de ese municipio y a la Fiscalía Veintiocho (28) Seccional de Tulúa -Valle del Cauca-, para que garanticen el derecho a la intimidad del niño involucrado en el proceso de tutela y el de su familia, adoptando las medidas a que haya lugar.

f) Finalmente, se ordenará a la Fiscalía Veintiocho (28) Seccional de Tulúa -Valle del Cauca-, para que una vez emita la providencia que define la investigación por el delito de actos sexuales abusivos con menos de 14 años, según los hechos que puso en su conocimiento la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca-, de manera inmediata remita copia de la misma, a la citada Comisaría, al Juzgado Promiscuo Municipal del mencionado municipio y a la Procuraduría General de la Nación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el fallo de tutela, emitido el 27 de julio de 2011 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca- que accedió a la protección del derecho fundamental de Diego a tener una familia y a no ser separado de ella, dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, hasta tanto haya un pronunciamiento de la autoridad competente, que ratifique o modifique la situación actual de visitas, lo cual se confirma.

SEGUNDO.- ADICIONAR, el fallo de tutela en el siguiente sentido:

(i) EXHORTAR tanto a Juan Antonio como a Diana, padres de Diego, para que junto con su hijo, se sometan a tratamiento psicológico dirigido por el(la) profesional en esa área del conocimiento adscrito(a) a la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca-, con la finalidad y en las condiciones dispuestas en el literal a) del apartado 6.3.11 de esta providencia.

(ii) EXHORTAR tanto a Juan Antonio como a Diana, para que asistan, por una sola vez, preferiblemente juntos, a la Comisaría de Familia de Trujillo, Valle del Cauca, siguiendo los lineamientos de lo establecido en el literal b) del apartado 6.3.11 de este fallo.

(iii) REQUERIR al Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo, Valle del Cauca, para que haga seguimiento de las órdenes proferidas en el fallo de tutela, de acuerdo a las instrucciones indicadas en el literal c) del apartado 6.3.11 de esta providencia.

(iv) ACLARAR que el fallo de tutela emitido por la Sala de Revisión, está condicionado a lo resuelto con sentencia en firme en el proceso penal que en la actualidad está surtiendo trámite en la Fiscalía Veintiocho (28) Seccional de Trujillo -Valle del Cauca-.

(v) REQUERIR al Juzgado Promiscuo Municipal de Trujillo -Valle del Cauca-, a la Comisaría de Familia de ese municipio y a la Fiscalía Veintiocho (28) Seccional de Tulúa -Valle del Cauca-, para que garanticen el derecho a la intimidad del niño involucrado en el proceso de tutela y el de su familia, adoptando las medidas a que haya lugar.

(vi) ORDENAR a la Fiscalía Veintiocho (28) Seccional de Tulúa -Valle del Cauca-, para que una

vez emita la providencia que define la investigación por el delito de actos sexuales abusivos con menos de 14 años, según los hechos que puso en su conocimiento la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca-, de manera inmediata remita copia de la misma, a la citada Comisaría, al Juzgado Promiscuo Municipal del mencionado municipio y a la Procuraduría General de la Nación.

(vii) ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se remita copia de la presente sentencia a la Procuraduría General de la Nación, para los efectos pertinentes, en especial, para que despliegue la facultad dispuesta en el artículo 277-1 de la Constitución.

TERCERO.- LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Esta medida se ajusta, no solo a las normas constitucionales ligadas a la protección de la infancia, sino también a lo regulado en la Ley 1098 de 2006, orientado a asegurar la prevalencia de los derechos de los niños y de las niñas (art. 9) y su intimidad (art. 33). La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores implicados en

procesos de tutela, así como los de sus familiares, ha sido adoptada por esta Corporación como medida de protección en varias oportunidades, entre otras, en las siguientes sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-510 de 2003, T-292 de 2004, T- 900 de 2006 y T-887 de 2009.

2 Folio 65 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

3 Folios 4 y 5 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

4 Folios 70 a 72 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

5 La información se allegó a la Sala de Revisión, previa llamada telefónica del Despacho del Magistrado Sustanciador, tendiente a aclarar esta situación una vez fue advertida.

6 Entre otras, pueden consultarse las sentencias T-1085 de 2004; T-1149 de 2004; T-1196 de 2004 y T-735 de 2010.

7 Sentencias T-767 de 2001, T-1217 de 2008 y T-735 de 2010.

8 En la mencionada sentencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional, resolvió: “Primero.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 1o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 2o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 9o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “la vida o la integridad de”.

9 Sentencias T-211 de 2001, T-611 de 2001, T-179 de 2009, T-160 de 2010 y T-735 de 2010.

10 A ese respecto, en la sentencia T-438 de 2010, se sostuvo: “En el plano de las relaciones privadas, los efectos de la protección a los derechos fundamentales tienen una eficacia horizontal y son una manifestación del principio de la igualdad. Pues, precisamente en virtud de las relaciones dispares que se sostienen en el ámbito social, la parte débil quedaría sometida sin más, a la voluntad de quien ejerce autoridad o tiene ventaja sobre ella, sin que la persona que se encuentre en estado de indefensión o subordinación tenga la posibilidad de asumir una verdadera defensa de sus intereses”.

12 Recordados en la sentencia T-438 de 2010.

13 Sentencias T-277 de 1999 y T-761 de 2004, recordadas en la sentencia T-714 de 2010.

14 Sentencia C-134 de 1994, recordada en la sentencia T-735 de 2010.

15 Sentencias C-576 de 2008 y T-887 de 2009.

16 Sentencias T-429 de 1992 (protege el derecho al acceso a la educación normal frente a la educación especial); sentencias T-523 de 1992; T-217 de 1994; T-278 de 1994; T-339 de 1994 (protegen el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella); sentencia T-524 de 1992 (protege el derecho de los niños al libre desarrollo de su personalidad); sentencias T-067 y T-068 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la igualdad de oportunidad en colegios bilingües; sentencias T-378 de 1994, T-068 de 1994, T-204 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la vida y a la salud; sentencia T-466 de 1992 (protege el derecho de los niños a la recreación).

17 En la sentencia T-576 de 2008, sostuvo esta Corporación que una sociedad que no vela porque “sus niños y niñas crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro”.

18 Sentencia T-887 de 2009.

19 “Artículo 2º: Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los

adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.

20 Como lo recordó la Sala Quinta de Revisión de esta Corte en la sentencia T-319 de 2011, “el derecho de los menores a recibir protección es reconocido por varios tratados internacionales ratificados por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991, como la Convención sobre Derechos de los Niños, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, en los que se trata a los menores como sujetos activos, prestos a recibir protección y a exigir cuidado, amor, educación y recreación, en fin velar y actuar como actores de su propio desarrollo”.

21 En la sentencia T-887 de 2009 se manifestó: “Resulta clave mencionar la protección que se deriva para la niñez tanto a partir de lo consignado en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, se pronuncia respecto de la necesidad de ampara derechos específicos de la niñez. El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.” Acá adquiere especial importancia la Convención sobre los Derechos del niño, ello no sólo por el número de países que han ratificado este documento internacional -dicha Convención ha sido ratificada por 191 países-. El único país desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991. Esta Convención es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales.” Se tiene entonces que los derechos consignados en ese Tratado internacional no constituyen una opción y tampoco están sujetos a una interpretación libre y arbitraria. No son derechos neutrales. “Estos derechos representan valores muy claros y (...) exigen un compromiso: el de lograr que den resultados; el de actuar y promover medidas que aseguren su realización; el de proclamar cualquier tipo de preocupación, expresar críticas y fomentar cambios cuando los derechos se niegan o no se

aplican como debieran. Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm. Otros documentos importantes que contienen derechos de los niños son el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del Secuestro de Niños, aprobado por la Ley 173 de 1994; el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo, aprobado por la Ley 515 de 1999; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la Ley 620 de 2000; el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo aprobado por la Ley 704 de 2001; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Ley 765 de 2002”.

22 Art. 18 de la Convención sobre los derechos del niño.

23 Art. 27 *ibídem*.

24 La Sala Plena de esta Corte, en la sentencia C-572 de 2009 hizo una aproximación al concepto de familia. En este sentido, manifestó que: “El punto de partida clásico de la noción de familia es aquel según el cual aquélla se origina en el matrimonio. De igual manera, este término incluye el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a cargo, la relación de hombre y mujer sin descendencia. Igualmente, abarca los lazos familiares derivados de la adopción. Este es el concepto que se toma en consideración en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16.1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

25 En la sentencia T-572 de 2009, la Corte destacó la importancia de mantener los vínculos familiares aún a pesar de encontrarse los miembros de la familia separados por distintas circunstancias. Afirmó que en múltiples oportunidades ha protegido el derecho constitucional fundamental a tener una familia y no ser separado de ella en el caso de quienes se hayan recluidos en establecimientos carcelarios. Sobre el mismo tema, pueden consultarse las sentencias T-274 de 2005, T-1275 de 2005, T-566 de 2007 y T-515 de 2008.

26 Al respecto, es importante recordar que el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y

de seguridad material y moral. De acuerdo a este principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento. A su vez, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986, dispone que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil (art. 1), y que el bienestar de los niños depende del bienestar de su familia (art. 2). En similar sentido, en materia de Adopción Internacional establece que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”.

27 Sentencias T-752 de 1998 y T-887 de 2009.

28 Ibidem.

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

30 El artículo 8 dispone: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

31 El artículo 9 consagra: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea

objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

32 Sentencia T-319 de 2011.

33 El artículo 22 establece: “DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. // Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.”

34 Ibidem.

35 Ibídem.

36 Sentencia T-887 de 2009.

37 Sentencias T-529 de 1992, T-531 de 1992, T-178 de 1993, T-217 de 1994, T-290 de 1995, T-587 de 1998, T-715 de 1999, T-1214 de 2000, T-209 de 2002 y T-887 de 2009, entre otras.

38 Por ejemplo, el artículo 20 de la convención sobre los derechos del niño; el principio 6 de la Declaración de los derechos del niño; la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diciembre 3 de 1986; el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho el 29 de mayo de 1993 y ratificado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996.

39 Como lo recuerda la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003 esta regla ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otras en el caso de Keegan vs. Irlanda -sentencia del 19 de abril de 1994- en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

40 Al respecto, en la sentencia T-887 de 2009, se sostuvo que: “Es así como la Convención sobre los derechos del niño acentúa, de manera especial, que la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños y de las niñas. Desde esta perspectiva, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de las niñas y de los niños. El artículo 7º, prevé, a su turno, que la niñez tiene “derecho a conocer a sus padres y a ser criada por ellos, en la medida en que ello sea posible”. El principio 6º de la Declaración de la ONU sobre los Derechos del Niño se pronuncia en sentido similar y determina que cuando resulte factible que los niños y las niñas permanezcan en su entorno familiar, así deberá ser. El mismo principio subraya que los niños o niñas sólo podrán ser separados de su familia biológica por motivos excepcionales”.

41 Sentencia T-510 de 2003 y T-887 de 2009.

42 En la sentencia T-887 de 2009, esta Corporación recordó que “La protección estatal de la familia debe ser integral. De este modo, las autoridades públicas “deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”. A contrario sensu, tales autoridades tienen la obligación de adelantar

programas y políticas públicas así como de adoptar medidas encaminadas “a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que merecen los niños”. Las autoridades del nivel nacional, departamental y municipal, “deben contar con programas sociales dirigidos a brindarle a las familias opciones para que los niños permanezcan en un ambiente sano y seguro, mientras que sus progenitores cumplen con sus deberes laborales”.

43 Sentencia T-408 de 1995. Posición reiterada en la sentencia T-572 de 2009.

44 El incumplimiento por parte de la madre del niño de la regulación de visitas pactado inicialmente el 03 de mayo de 2010, fue puesto en conocimiento de la Comisaría de Familia por el padre del menor mediante escrito radicado en esa entidad el 11 de diciembre de 2010. En ese entonces, la Comisaría de Familia le manifestó el 20 de diciembre de 2011 que como se le ha informado, ese despacho ha agotado los recursos para el cumplimiento de lo acordado y le ha dado a conocer que legalmente cuenta con mecanismos para hacer valer los derechos que crea vulnerados (folios 89 y 90 del cuaderno 1 del expediente de tutela). El 31 de marzo de 2011, los padres del menor acudieron a la Comisaría de Familia para conciliar la regulación de visitas, diligencia en la que la madre no está de acuerdo con el hecho de que el padre tenga contacto todos los días con su hijo como quedó estipulado en el convenio inicial. Finalmente las partes consensualmente disponen que cada quince días el padre recogería a su hijo el viernes y lo entregaría a su madre el domingo a las 6:p.m. (folios 12 y 13 del cuaderno 1 del expediente de tutela en el que obra diligencia de conciliación pactada en la mencionada Comisaría de Familia).

45 La valoración psicológica se realizó en el hogar de los abuelos maternos el 30 de junio de 2011, con la finalidad de verificar lo manifestado por la madre del niño, según certificación expedida por la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca- el 9 de julio de 2011 y que reposa a folios 63 y 64 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

46 Las recomendaciones plasmadas en el informe de valoración psicológica que obra a folio 29 del cuaderno 1 del expediente de tutela, se lee: “Después de haber realizado la valoración al niño, llamé por teléfono en varias ocasiones al señor padre (...) pero como no fue posible comunicarme con él, dejé un mensaje de voz para que él se acercara a la Comisaría, manifestarle la inquietud (sic) y tomar medidas preventivas. (..)” la madre “manifiesta que

también le dejó razón al padre del niño con algunos familiares de él pero hasta la presente el señor no se ha presentado en esa dependencia.

El objetivo era orientar al señor padre para que cuando se lleve al niño a su hogar, siempre haya una persona que se haga responsable de su cuidado y seguridad, mas cuando en muchas ocasiones el padre debe salir y es cuando adultos inescrupulosos aprovechan la oportunidad y abusan sexualmente de estos menores. El objetivo principal es que los padres de este niño se acerquen a la Comisaría de Familia con el fin de ser orientados con respecto a lo que presuntamente está pasando y si en la casa del señor padre no se garantizan los derechos al niño se debe llegar a un acuerdo o conciliación respecto de la regulación de visitas. Como esta ex pareja ha presentado continuamente diferencias en la regulación de las visitas, considero que ellos deben estar conscientes de que antes de estos conflictos primero debe estar el bienestar de su hijo ya que dejaron de ser pareja pero siguen siendo padres (...)"

47 La Fiscalía General de la Nación - Seccional Tulúa - Valle del Cauca- recepcionó la noticia criminal el 25 de julio de 2011, por remisión de las diligencias que hizo la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca- (folios 73 a 77 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

48 Según consta en el Auto No. 11 del 10 de octubre de 2011, recibido por la Sala de Revisión el 13 de enero de 2011, previa práctica de pruebas ordenada mediante Auto del 29 de noviembre de 2011 (folio 34 del cuaderno 2 del expediente de tutela).

50 Folios 31 al 43 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

51 Folios 52 al 58 ibidem.

52 Según hizo saber la Comisaría de Familia de Trujillo -Valle del Cauca- a la Sala de Revisión, en informe recibido el 11 de enero de 2012, previa práctica de pruebas decretadas por el Magistrado Sustanciador (folio 16 del cuaderno 2 del expediente de tutela).

53 Compuesto por la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia y la Trabajadora Social Practicante de la citada Comisaría de Familia.

54 Folios 23 y 24 del cuaderno 2 del expediente de tutela.

55 Folios 31 a 33 del cuaderno 2 del expediente de tutela.

56 Según aparece consignado en el Auto No. 11 del 10 de octubre de 2011.

57 Según hizo saber la Fiscalía 28 Seccional de Tulúa -Valle del Cauca- a la Sala de Revisión, en informe recibido el 9 de diciembre de 2011, previa práctica de pruebas decretadas por el Magistrado Sustanciador (folios 41 al 46 del cuaderno 2 del expediente de tutela).

58 Entre otras, pueden consultarse las sentencias T-485 de 2008, T-821 de 2008, T-825/09, T-859 de 2009 y T-175 de 2010.

59 Por ejemplo, de la respuesta que dio la esposa del hermano del padre del niño, cuando el despacho judicial que conoció la acción de tutela le preguntó qué como era la relación y comunicación entre los padres del menor, afirmó: “no hay relación ni comunicación, por lo menos con los que yo vivo, mi familia y la de arriba, no hay comunicación”. Al preguntarle que cómo era la relación entre los padres del menor antes de su separación, respondió: “yo creo que normal”. Al interrogársele sobre la misma relación luego de la separación, afirmó: “no hay comunicación ni hay tal relación, nada” (folio 38 del cuaderno 1 del expediente de tutela).

60 De acuerdo a lo indicado por esta Corte en la sentencia T-245 de 2007, en aplicación del principio de armonización concreta “El juez de tutela está llamado a decidir el sentido de las controversias que se le planteen consultando, en primer lugar, el principio de interpretación armónica del texto constitucional, según el cual debe preferirse aquella solución que brinde la más amplia protección de los derechos en conflicto, lo cual supone, a su vez, la existencia de la más alta forma de armonía entre éstos. Este principio de interpretación impone al juez de tutela del deber de proteger, dentro del mayor margen posible, los dos derechos que se contraponen. En tal sentido, dado que ambas posiciones son amparadas por el ordenamiento constitucional, el juez debe acoger la solución que mejor las armonice y, así, evitar decisiones que impliquen el desconocimiento absoluto de alguno de los dos derechos”.

61 El artículo 82 de la Ley 1096 de 2006, prescribe lo siguiente: “FUNCIONES DEL DEFENSOR DE FAMILIA. Corresponde al Defensor de Familia:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y

restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.

2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.

(...)

5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.

62 El artículo 83 de la Ley 1098 de 2006 dispone: “COMISARÍAS DE FAMILIA. Son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar será el encargado de dictar la línea técnica a las Comisarías de Familia en todo el país”.

63 El artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, dispone lo siguiente: “MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.

3. Ubicación inmediata en medio familiar.

4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los

hogares de paso.

5. La adopción.

6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.

PARÁGRAFO 2o. En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección de sus derechos”.

{p}