

Sentencia T-033/20

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL EJERCICIO DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Protección constitucional e internacional

El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene un amplio reconocimiento no solo en el ordenamiento jurídico interno, sino en instrumentos internacionales, que lo han catalogado de manera general como una protección especial de la que goza el menor dirigida a su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. Esta prerrogativa debe ser analizada desde la realidad concreta del caso y de la situación de cada menor, evaluando las consideraciones fácticas y jurídicas que lo rodean. Particularmente, en el marco de los procesos de custodia y cuidado personal, las autoridades administrativas y judiciales están en el deber de aplicar este principio como piedra angular en la toma de las decisiones que afecten a los niños, pues de ello dependerá su crecimiento, desarrollo y crianza en condiciones adecuadas, armónicas e integrales.

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Deber de autoridades judiciales de dar prelación al interés superior del niño

Esta Corporación ha destacado el trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los niños, y ha fijado unas reglas concretas dirigidas a asegurar que los procesos judiciales que tengan la potencialidad de alterar de cualquier forma la situación de un niño se tramiten y resuelvan desde una perspectiva acorde con los postulados que propenden por la salvaguarda de su bienestar y con su condición de sujeto de especial protección constitucional. Lo anterior, en los siguientes términos: i) se deben contrastar sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en

determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional (supra núm. 13); v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad; y vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

DECISION SOBRE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO-Debe fundarse siempre en el interés superior del niño

DERECHO DE LOS MENORES DE DIECIOCHO (18) AÑOS A SER ESCUCHADOS Y PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados como componente esencial

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes se traduce en la efectividad de numerosas garantías en favor de estos, dentro de las cuales se encuentra el derecho a ser escuchados, a formarse su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los afecten o los involucren. Esta prerrogativa tiene sustento en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la Constitución Política y en varios instrumentos internacionales, todos dirigidos a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Protección constitucional

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, comprende las manifestaciones de protección, afecto, educación y cuidado para que los menores crezcan en óptimas condiciones físicas y emocionales, así como en un entorno familiar adecuado. Solo en circunstancias excepcionales y cuando se halle acreditada la falta de idoneidad del entorno familiar, el menor puede ser separado de este. En todo caso, el fundamento de esa prerrogativa constitucional no puede estar ligado a la subsistencia de un

vínculo matrimonial o vida en común de los padres, y la garantía de ese derecho no debe verse afectada por los conflictos de pareja. En consecuencia, los progenitores están en la obligación de respetar la imagen del otro frente a sus hijos, pues ello podría constituirse en un tipo de maltrato infantil e iría en contravía del interés superior del niño, niña o adolescente.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por no configurarse defectos alegados en proceso de custodia y cuidado de menores de edad

Referencia: Expediente T-7.207.979

Acción de tutela instaurada por EMS, en su nombre y en representación de sus hijos SMA y JMA, contra el Juzgado 26 de Familia de Bogotá.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020)

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en primera instancia, y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, en la acción de tutela de la referencia.

### I. I. ANTECEDENTES

EMS, actuando por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales “al debido proceso (art. 29 CP), a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP) y a los derechos de los niños e interés superior del menor (art. 44 CP)”, en el proceso de custodia y cuidado personal, régimen de visitas y cuota alimentaria de sus hijos SMA y JMA. Fundamentó su demanda en los siguientes,

## Hechos

### En relación con el contexto de maltrato a los menores SMA y JMA

1. Señaló que el 21 de abril de 2007, contrajo matrimonio católico con la señora JAB, y de esa unión nacieron SMA y JMA, el 15 de julio de 2010 y el 18 de julio de 2012, por lo que actualmente los menores tienen 9 y 7 años de edad, respectivamente.
2. Sostuvo que a partir del año 2012, inició un distanciamiento afectivo y emocional de la pareja, y según su relato, la señora JAB empezó a experimentar cambios de personalidad y de comportamiento.
3. Afirmó que desde entonces él y sus hijos han estado sometidos a diversos actos que califica de violencia física, verbal y psicológica por parte de la señora JAB, justificados en ideas religiosas. Además, adujo que la señora JAB ejercía su rol de madre y esposa de una manera autoritaria, violenta e inflexible, razón por la cual tomó las siguientes medidas que consideró adecuadas al interior de su entorno familiar: i) procuró que él y su exesposa recibieran ayuda espiritual, psiquiátrica y psicológica, pero ella se negó; ii) buscó apoyo en la familia de JAB. Sin embargo, los padres de esta le indicaron que los problemas eran su culpa y que se mantenían al margen, negando la colaboración solicitada; iii) junto con la señora JAB llevaron a SMA a terapia psicológica; iv) contrató empleadas de apoyo para trabajar en diferentes turnos, ayudando con los quehaceres del hogar pero sobre todo con el cuidado y la protección de los dos menores; y v) contó con el acompañamiento y apoyo económico y emocional de los miembros de su familia extendida.
4. De otra parte, puso de presente que la señora JAB conoció al señor VMD, miembro de los Heraldos del Evangelio o Caballeros de la Virgen, grupo religioso al que frecuentaba e incluso llegó a invitar a la vivienda familiar. Indicó que intercambiaban correos y llamadas constantemente, y que “el Caballero de la Virgen le pedía a la señora JAB fotos del niño en traje de baño, a lo cual ella accedía, y él mismo descargaba otras fotos del menor del perfil de Facebook del Jardín XYZ. Además, le aconsejaba que empleara un régimen de mano dura con SMA”. Señaló que luego de poner en conocimiento de la comunidad religiosa esta situación, el señor VMD fue expulsado de ese grupo.

### En relación con las actuaciones administrativas y judiciales

5. El accionante comentó que a raíz de lo anterior, presentó solicitud de medida de protección ante la Comisaría Primera de Familia Usaquén II, la cual fue admitida el 30 de mayo de 2014 bajo el radicado 231-2014. Sostuvo que en esa decisión la Comisaría ordenó: i) a la madre abstenerse de propiciar actos de violencia, maltrato o agresión contra él y sus hijos; ii) protección policiva; y iii) la verificación de derechos y entrevistar a los niños por un equipo interdisciplinario de la Comisaría.

6. Adujo que debido a la falta de atención y eficiencia de ese proceso, y la persistencia de la situación de riesgo para sus hijos, en noviembre de 2014 inició un proceso de restablecimiento de derechos ante el ICBF, en el cual se realizó la visita social domiciliaria y se concluyó que los menores estaban sometidos a un ambiente tenso y hostil.

7. Asimismo, manifestó que ante la situación de peligro para el bienestar de sus hijos, inició un proceso de custodia, cuidado, visitas y alimentos, el cual fue admitido el 26 de enero de 2015 por el Juzgado Tercero de Familia de Descongestión de Bogotá.

8. Mencionó que los días 9 y 10 de febrero de 2015, se llevó a cabo una audiencia en el marco del proceso de restablecimiento de derechos en el Centro Zonal Especializado Revivir del ICBF. Según narró, la Defensora estimó que los niños podían estar con su tía paterna o debían quedarse en un hogar de paso del ICBF mientras se adelantaban las actuaciones correspondientes. Sin embargo, la señora JAB “se negó rotundamente y prefirió que sus hijos se quedaran en el ICBF (...), opción menos acorde a los intereses y derechos de los menores”.

9. Sostuvo que el 18 de febrero de 2015, en el proceso de custodia, el Juzgado Tercero de Familia de Descongestión de Bogotá decidió otorgarle a él de manera provisional la custodia y cuidado personal de sus hijos, y procedió al levantamiento de las medidas de protección fijadas por el ICBF. Aclaró que en ese pronunciamiento el juzgado no fijó el régimen de visitas, por lo que el contacto de los menores con su madre estuvo parcialmente restringido durante dos meses aproximadamente, hasta que así lo autorizó dicha autoridad judicial.

10. Manifestó que el 20 de febrero de 2015, la Comisaría Primera de Familia Usaquén II emitió resolución en el proceso de medida de protección (supra núm. 5), en la cual dispuso levantar las medidas provisionales del 30 de mayo de 2014. Esta decisión fue apelada por ambas partes y en sentencia del 24 de abril de 2015, el Juzgado Cuarto de Familia de

Descongestión revocó la decisión adoptada por la Comisaría e impuso medida de protección definitiva contra ambas partes, “ordenándoles que cesaran todo acto de violencia y maltrato y/o descalificación mutua en presencia de sus hijos, prohibiéndoles involucrarlos en su conflicto de pareja y desdibujar la imagen positiva que tienen de uno y otro”.

11. Comentó que el 2 de junio de 2016, fue allegado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el resultado del examen psiquiátrico realizado a él y a su exesposa por instrucción del Juzgado Tercero de Familia de Descongestión de Bogotá. Al respecto, destacó que los resultados del examen psiquiátrico correspondían con los rasgos de personalidad de la señora JAB que él ya había advertido -depresión, ansiedad, cambios repentinos de temperamento, comportamiento violento, episodios de llanto-.

12. Sostuvo que el 25 de junio de 2018, solicitó al juzgado accionado el decreto de varias pruebas en el marco del proceso de custodia, como un informe psicológico de sus hijos del 21 de junio de 2018, así como informes médicos y académicos de los menores. El despacho ordenó una visita social en el hogar de la señora JAB, la entrevista para los menores y que las partes allegaran documentos idóneos que acreditaran sus ingresos mensuales. Frente a las otras pruebas, dijo que la oportunidad de aportarlas y solicitarlas estaba fenecida.

13. Manifestó que el 28 de junio de 2018 solicitó al juzgado que ordenara una visita social a su domicilio y recordó que la única visita que le habían hecho era la del 3 de febrero de 2015, más de tres años atrás.

14. Mencionó que el 3 de julio de 2018, se adelantó la entrevista a los menores, en la cual manifestaron que deseaban vivir con su mamá y visitar a su papá. Al respecto, el accionante resaltó que “lo manifestado por los niños fue dicho en un contexto específico que favorecía la percepción positiva del tiempo compartido por ellos con su madre: estaban en vacaciones ad portas de un viaje a la playa, disfrutando de tiempo libre y de las actividades que les gustaba hacer y que no podían hacer en la época de colegio en la que estaban con su padre”.

15. Refirió que el 18 de julio de 2018, se llevó a cabo la visita social en su domicilio, cuyo informe confirmó que los menores bajo su custodia y cuidado “se encontraban en condiciones habitacionales, económicas y sociofamiliares seguras, agradables y buenas. En el informe se estableció que por las buenas características del espacio, la seguridad y tranquilidad del barrio, la existencia de parques, las condiciones favorables y el vínculo

afectivo paterno-filial, se concluía un concepto social de bienestar para los niños. En resumen, no se encontraron circunstancias que impidieran la permanencia de los menores en ese contexto”.

16. Indicó que en audiencia del 31 de julio de 2018, el Juzgado 26 de Familia de Bogotá dictó sentencia en el proceso de custodia, cuidado, visitas y alimentos, negando las pretensiones de la demanda, y otorgando la custodia y cuidado de los niños a la madre de los menores. Relató que, según el juzgado, JAB sí era apta para ejercer su rol de madre, pues de las pruebas no se desprendía la ocurrencia de maltrato físico o verbal sobre los niños, ni de acciones que perturbaran su tranquilidad y estabilidad emocional, tampoco que las creencias espirituales incidieran en sus hijos, ni que esta padeciera de problemas de salud mental.

17. A juicio del accionante, el juzgado incurrió en un defecto sustantivo, porque basó su decisión en el problema de pareja y desconoció el principio del interés superior del menor. Particularmente, alegó que el fallador omitió dos circunstancias determinantes que se desprendían de las pruebas y establecían la realidad sobre las condiciones de los niños:

(i) Por un lado, indicó que “se ignoró por completo que los niños se encontraban en excelentes condiciones físicas, afectivas, emocionales, académicas y psicológicas mientras la custodia y cuidado personal estuvieron en cabeza de su progenitor”. Aclaró que durante ese tiempo la señora JAB “se marginó de su participación en los asuntos del colegio de sus hijos y no asistió a muchos de sus eventos escolares y académicos (...) donde era invitada por la institución, teniendo plena consciencia de que su presencia era necesaria para el bienestar de los niños”.

(ii) Por el otro, “no se adelantó una comparación acertada entre los dos padres para determinar cuál ofrecía las mejores condiciones de vida a sus hijos”, pues “no estableció cuál de los dos presentaba un cuadro psicológico y de personalidad más compatible con la crianza y el cuidado de sus hijos sino más favorable para mantener una relación de pareja” y “en ningún momento abordó los criterios jurídicos, estándares de satisfacción del principio del interés superior del niño, para sustentar su decisión de otorgar la custodia y cuidado personal [de los menores] a su madre y no a su padre”.

A juicio del actor, el juzgado desconoció el principio del interés superior del niño en sus tres dimensiones: i) como derecho sustancial, por no abordar los criterios fácticos y jurídicos

(estándares de satisfacción del principio) al momento de tomar la decisión sobre en quién debía recaer la custodia de los menores; ii) como principio jurídico interpretativo, pues no sirvió de criterio de interpretación y aplicación de la normativa en materia de familia utilizada para resolver el caso; y iii) como norma de procedimiento, puesto que no se estimaron las repercusiones del proceso y de su resultado para sus hijos.

18. De otro lado, para el accionante el juzgado incurrió en un defecto fáctico ante los diversos problemas probatorios que, a su juicio, tuvieron incidencia en la decisión. Sobre este punto, explicó lo siguiente:

(i) Pruebas documentales: a) el juzgado omitió valorar todo el material probatorio sobre el peligro de exponer a los menores al señor VMD; b) ignoró correos electrónicos enviados por JAB, en los que es palpable su “delirio religioso” y la manera en que afectaba al hogar y a sus hijos; c) no valoró una serie de pruebas que permitían verificar el estado de los niños y sus condiciones de vida al lado de su padre.

(ii) Interrogatorios de parte: el juzgado hizo una transcripción fraccionada del interrogatorio de parte a él realizado y no tuvo en cuenta que las acciones que adoptó siempre tuvieron como objetivo salvaguardar los derechos de sus hijos.

(iii) Testimonios: el juzgado le dio absoluto valor a las declaraciones de los testigos de descargo, en su mayoría testigos de oídas y con poco contacto con la familia, dejando de lado o tachando las declaraciones de los testigos de cargo, todos presenciales, que se manifestaron sobre lo que vieron y vivieron por contacto directo con la familia durante el diario vivir.

(iv) Dictamen pericial: sostuvo que la experta de Medicina Legal que realizó el dictamen indicó que era necesario un estudio profundo, diferente al ya adelantado, para lograr un diagnóstico acertado del estado emocional, psicológico y mental de él y su exesposa. Esta circunstancia fue puesta en conocimiento del juzgado, pero este hizo caso omiso y le otorgó un alto valor probatorio al dictamen, a pesar de que no cumplía con las características necesarias. Manifestó que, en todo caso, el juzgado accionado no le dio importancia a los dicentes resultados que evidenciaron rasgos de la personalidad y cuadros mentales de la señora JAB, peligrosos para sus hijos.

19. Finalmente, el actor cuestionó que el juzgado accionado no dijera nada respecto de la custodia provisional que estuvo a su cargo durante más de tres años, y llamó la atención porque durante ese lapso solo se realizaron dos visitas sociales para comprobar las condiciones en que se encontraban los niños.

20. Con fundamento en lo anterior, solicitó: i) amparar sus derechos fundamentales y los de sus hijos SMA y JMA al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la prevalencia del interés superior del menor; ii) dejar sin efecto la providencia del 31 de julio de 2018, proferida por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, que otorgó la custodia y cuidado definitivo de los menores a la señora JAB; iii) como consecuencia de lo anterior, concederle la custodia y cuidado personal de los menores; y iv) adoptar las demás medidas de protección constitucional que se consideren necesarias, de ser el caso manteniendo la custodia provisional de los menores en cabeza de su padre, hasta tanto se adopte una decisión definitiva al respecto.

#### Trámite procesal

21. En Auto del 3 de octubre de 2018, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá admitió la acción de tutela y dispuso: i) notificar al Juzgado 26 de Familia de Bogotá para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda; ii) oficiar a la autoridad judicial accionada para que remitiera en calidad de préstamo el expediente custodia y cuidado personal, alimentos y visitas, promovido por EMS; y iii) vincular a la señora JAB y a todos los intervinientes en dicho trámite judicial, incluidos la Defensora de Familia y el agente del Ministerio Público adscritos al juzgado accionado, para que si lo estimaban pertinente, se pronunciaran sobre el asunto.

#### Contestaciones de las partes accionadas

##### Juzgado 26 de Familia de Bogotá

22. En documento allegado el 18 de octubre de 2018, la Jueza 26 de Familia de Bogotá indicó que ese despacho realizó una valoración individual y en conjunto de las pruebas, producto de lo cual determinó que los fundamentos de la pretensión de custodia no fueron demostrados por el demandante; es decir, no evidenció en la demandada ningún comportamiento incompatible con el ejercicio del rol materno, ni los aducidos maltratos físicos y/o psicológicos

de la madre hacia sus hijos.

23. De otra parte, explicó que el señor EMS accedió a la custodia provisional de los niños tras alegar supuestos desórdenes mentales de la demandada, circunstancia que fue desvirtuada a lo largo del proceso principalmente con el examen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses practicado a la señora JAB, y con la decisión administrativa dentro de un trámite de medida de protección, de fecha 30 de abril de 2016, confirmada por el Juzgado Dieciséis de Familia de esta ciudad y examinada en sede de tutela. Por último, aclaró que en la decisión cuestionada “se plasmaron de manera suficiente las razones por las cuales la madre es garante de los derechos de los pequeños, por lo que en ella debía radicarse la custodia, tal y como se ordenó, independientemente de la mejor posición social y/o económica que pudiese brindar el progenitor”.

JAB

24. En escrito radicado el 8 de octubre de 2018, la madre de los niños señaló que el accionante, con la ayuda de sus abogadas y de su familia ha iniciado en su contra más de siete procesos judiciales, a través de los cuales la difamaron judicial y socialmente.

25. Adujo que el señor EMS es quien “ha sido condenado en varias instancias judiciales como agresor de [sus] hijos, por haber ejercido actos de maltrato infantil”. Al respecto, manifestó que la Comisaría de Familia de Usaquén II en el fallo del 30 de noviembre de 2016 dijo que los niños “fueron víctimas de maltrato infantil por parte del señor EMS, al impedirles tener comunicación directa con la progenitora, es decir les vulneró el derecho a tener una familia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a conservar el vínculo afectivo y moral con la madre”. Así mismo, adujo que el Juzgado 16 de Familia de Bogotá al resolver el recurso de alzada contra la decisión de la Comisaría dijo que EMS había “efectuado actos de violencia intrafamiliar, en cuanto su trato verbal, psicológico, y emocional constituyen una forma de violencia intrafamiliar en primer lugar hacía JAB y en segundo lugar hacia los dos hijos SMA y JMA, al obstaculizar la relación afectiva de los niños con la madre”.

De igual forma, mencionó que “EMS fue diagnosticado con un trastorno de personalidad con rasgos paranoides y con una personalidad con necesidades de control, una postura de extrema desconfianza y con rasgos narcisista”. Además, puso de presente que “al ver lo que los niños dijeron en el Juzgado 26 de Familia les dijo mentirosos profesionales y les dijo que

por todo lo que ellos dijeron fue que su mamá se los quitó”.

26. En cuanto a las acusaciones de tipo religioso, mencionó que EMS fue quien la evangelizó, “pues yo vengo de una familia católica con una fe tibia y fue realmente EMS quien con su ejemplo, imposiciones y enseñanzas, me llevó a ir a misa todos los domingos y los días entre semana, a rezar el Rosario todos los días y aceptar mensualmente la visita de una sacerdote en nuestra casa para que hiciera liberaciones y exorcismos”. Sobre este punto, señaló que todo lo que en el escrito de tutela se dice respecto de su religión, y del supuesto daño y peligro que esto implica para sus hijos, “es una clara persecución religiosa que viola [su] derecho fundamental a la intimidad, a la libertad de cultos y el derecho a no ser perseguida por causa de la religión que profes[a]”.

En relación con la solicitud que presentó al colegio en donde no autoriza a sus hijos a tomar la clase de educación sexual, aclaró que fue su hija de 8 años quien se lo pidió y “como madre católica practicante que sabe de los peligros de la ideología de género respald[ó] a [su] hija en esta decisión”.

Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia

28. Por medio de escrito radicado el 11 de octubre de 2018, el Procurador 61 Judicial II de Familia de Bogotá, como agente especial designado por el Ministerio Público para intervenir en el presente asunto, se pronunció sobre los hechos expuestos en la acción de tutela.

29. Indicó que el defecto fáctico denunciado resulta subjetivo “porque es resultado de la contrastación de las aristas desde donde se hace el análisis, en otras palabras, se confronta la valoración y crítica que hace la juez con el análisis que desde su propia perspectiva hace el demandante, sin que se logre visualizar la protuberancia del yerro que se le atribuye”. En su opinión, con ello se pretende incursionar en la órbita de la autonomía funcional del juzgador, sin que sea procedente la tutela para hacer esos juicios de valor.

30. Sin embargo, llamó la atención sobre el resultado de la entrevista realizada a SMA y JMA la cual “si bien formalmente no es una prueba, tiene, como tuvo, un alto grado de influencia en la decisión final emitida” por el juzgado accionado.

Al respecto, explicó que “[n]o debe entenderse que el alcance de la entrevista es que niños, niñas o adolescentes, como en este caso, decidan sobre su futuro, es decir, de quién ha de ejercer su custodia, pues no sería responsable entregarles esa trascendente decisión, porque si fuere así bastaría con escuchar su elección y se obviaría el trámite judicial (...)”. También señaló que la libertad “es un factor fundamental para el éxito de la entrevista en donde el infante expresará lo que quiera sin apremios ni influencias previas ni concomitantes a la misma” y que esta se debe realizar “en un ambiente propicio que inspire confianza, y que adopte una forma más de conversación que de escrutinio, en donde no se le permita al niño establecer que su manifestación será determinante en la decisión final”.

Aclarado la anterior, indicó que la entrevista realizada a los niños SMA y JMA “tiene matices que dejan ver la influencia previa de los niños que se refleja en su desarrollo; por ejemplo, de inicio los niños, sin que hayan sido adecuadamente ilustrados sobre la naturaleza de la diligencia, prueba de la ausencia de su preparación, quedan expuestos y empoderados sobre los efectos de la entrevista, y ellos expresan que saben para qué son convocados: ‘PARA DECIR con quién quiero vivir’, lo cual deja en claro que no han (sic) un ambiente de libertad, de neutralidad, que la información que se suministre por ellos está sesgada, que se debía reconducir la entrevista, pero no, la misma siguió el sendero que los niños fijaron, lo cual desde luego impide en que esta entrevista, que como se advirtió, era vital para identificar la manera más eficaz para la satisfacción de los derechos de los niños, se convirtió en un instrumento de litigio enarbolado por la parte demandada, quien había ejercido notable influencia sobre sus hijos a fin de obtener el resultado que se había predispuesto”.

Refirió que en el fallo no se hace la valoración de la capacidad ni de las condiciones en las que se desarrolló la entrevista, “sino que se limita a recoger las aseveraciones de los niños como verdad revelada”. Lo anterior constituye, a su juicio, una forma de maltrato pues “dada su corta edad, sentir que descansaba sobre sus hombros la decisión podría generar los mayores niveles de estrés y de angustia, lo que no fue previsto ni prevenido por la juez”.

31. Con fundamento en lo expuesto, solicitó anular la actuación de la Jueza 26 de Familia de Bogotá, ordenar la práctica de la entrevista de los niños en las condiciones anunciadas y disponer la valoración de la misma en la sentencia.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Usaquéen

32. En escrito del 17 de octubre de 2018, la Defensora de Familia del Centro Zonal Usaquéen del ICBF solicitó la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva, luego de verificar el Sistema de Información Misional -SIM- del ICBF y encontrar que no existen diligencias o peticiones activas relacionadas con este asunto.

#### Secretaría Distrital de Integración Social

33. Mediante escrito allegado el 17 de octubre de 2018, la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Integración Social explicó que es la dependencia coordinadora de los aspectos administrativos y operativos de las Comisarías de Familia, por lo tanto, no tiene injerencia respecto de las decisiones que estas adopten. Indicó que por esa razón, remitió el asunto a la Comisaría 18 de Familia de Usaquéen II, para que proceda a dar respuesta.

#### Juzgado 34 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá

34. Mediante documento del 18 de octubre de 2018, el Juzgado 34 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá informó que asumió el conocimiento del proceso que cursa contra el señor EMS por el delito de violencia intrafamiliar, y anexó la copia de las actuaciones surtidas en dicho trámite judicial. Además, aclaró que no le era posible pronunciarse sobre la demanda de tutela de la referencia porque no se incorporó el texto de la misma.

#### Sentencias objeto de revisión

##### Primera instancia

35. Mediante sentencia del 17 de octubre de 2018, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó el amparo invocado.

36. Señaló que la práctica de la entrevista a los niños SMA y JMA se llevó a cabo en presencia de la jueza, la Defensora de Familia y el Ministerio Público adscritas al despacho, quienes sirvieron como garantes en la protección de los derechos de los infantes, autoridades que no emitieron concepto negativo alguno al respecto. Indicó que “tampoco es dable concluir que la progenitora hubiera ejercido influencia o presión tendiente a que los niños tenían que decir a la entrevistadora que querían irse a vivir con ella, pues lo que revela el texto de lo dicho por ellos, la madre solo les indicó previamente a la diligencia, que debían ir para que determinaran con cuál de las padres querían estar bajo su custodia, pero no dejaron ver que

ella les hubiera siquiera sugerido que dijeran que con ella". Consideró que del acta era posible deducir un relato espontáneo y fluido de los niños, donde expresaron libremente las opiniones sobre sus padres sin descalificarlos, y, por el contrario, hicieron manifestaciones de afecto hacia ambos.

37. De otra parte, señaló que aunque todo indica que las condiciones económicas y materiales del padre son mejores, no hay soporte probatorio que denote un entorno nocivo para los niños junto a su progenitora; por el contrario, las valoraciones psicológicas obrantes en el proceso y la visita social practicada en el domicilio de aquella, muestran que se encuentra en un ambiente para ejercer la custodia y cuidado personal de sus hijos, sin desconocer que el progenitor también reúne condiciones adecuadas.

#### Impugnación

38. El 22 de octubre de 2018, el apoderado del accionante impugnó la decisión de primera instancia y solicitó que se accediera a la protección invocada.

39. Posteriormente, radicó dos informes de seguimiento emocional de SMA y JMA ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Corporación a la que le correspondió el conocimiento del asunto en segunda instancia.

#### Segunda instancia

40. En sentencia del 7 de diciembre de 2018, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia de primera instancia, tras considerar que la decisión adoptada por el juzgado accionado "no es resultado de un subjetivo criterio que conlleve ostensible desviación del ordenamiento jurídico y por ende, no tiene aptitud para lesionar las garantías superiores de quien promovió la queja constitucional".

41. Indicó que el Juzgado 26 de Familia de Bogotá realizó una minuciosa valoración de las pruebas recaudadas que le permitió concluir que en la señora JAB no había ningún comportamiento incompatible con el ejercicio del rol materno, y tuvo en cuenta la opinión de los niños, quienes manifestaron que querían estar con su mamá. A juicio de esa Corporación, la pretensión se circunscribe a un subjetivo disenso frente a las razones en que la autoridad accionada se basó para resolver el asunto. Por lo anterior, concluyó que el

accionante no podía anteponer su propia interpretación a la del juzgado, pues ello escapa de la finalidad de la acción de tutela.

Pruebas que obran en el expediente

Actuaciones en sede de revisión

43. En Auto del 30 de abril de 2019, la Sala de Selección de tutelas núm. Cuatro seleccionó el asunto para su revisión.

44. Por medio de escrito radicado el 4 de julio de 2019, el apoderado de la parte accionante presentó un informe sobre la situación emocional, social, académica, económica y de salud de los menores SMA y JMA desde el 31 de agosto de 2018, fecha en que fueron entregados a su madre:

a. (a) Por decisión “unilateral e inventando que SMA se lo está solicitando”, JAB determinó que la menor no puede asistir a clases de educación sexual en su colegio, decisión que posteriormente extendió a JMA. Así mismo, desconoció los deseos de la niña de asistir a una caminata organizada por el colegio, lo cual implicó que “la menor quedara relegada y de cierta manera excluida”.

(b) En tres oportunidades el colegio advirtió que JMA necesitaba refuerzo académico. Sin embargo, el menor no cumplió con el tiempo de estudio en casa requerido, lo que significa un descuido de su mamá.

(c) El colegio invitó a JMA a participar en los cursos de inglés que se realizarían entre el 17 y el 28 de junio de 2019, pero la señora JAB decidió que el menor no asistiría a esas actividades porque “podría pensar que se trataba de un castigo por sus malos resultados en inglés, lo cual afectaría sus vacaciones”.

(d) La institución educativa informó que JMA ha tenido problemas de disciplina y diferentes incidentes con sus compañeros, pero cuando se procede a verificar lo sucedido cambia su versión.

(e) Para la izada de bandera el colegio preparó una representación sobre un niño mago, papel que iba a ser desempeñado por JMA. No obstante, la señora JAB se opuso a que el

menor actuara en ese rol por contener conjuros de brujería.

(f) Según los informes de seguimiento psicológico enviados por el colegio, SMA se muestra distraída constantemente, tiene dificultades para trabajar en grupo, se mantiene a la defensiva, es conflictiva, está casi todo el tiempo sola, redujo notablemente su participación en las actividades propuestas y en ocasiones ha llorado diciendo que extraña mucho a su papá. Por su parte, JMA tiene comportamientos y explosiones de rabia, permanece de mal genio, entra en conflicto con los demás, no es consistente en sus versiones, y se ha visto triste porque extraña a su papá.

(g) Se observan incumplimientos por parte de la señora JAB de las obligaciones de pago de los costos educativos y de la póliza de seguro de salud.

(h) En audiencia del 6 de febrero de 2019, la Comisaría de Familia Usaqué II levantó la medida de protección impuesta contra el señor EMS. En audiencia del 13 de mayo de 2019, el Juzgado 34 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá “declaró la nulidad de la acción penal interpuesta por la señora JAB contra EMS”. El 28 de febrero de 2018, la Fiscalía archivó el proceso iniciado por JAB contra la hermana del señor EMS y las niñeras de los menores, lo cual tiene relevancia en tanto el Juzgado 26 de Familia de Bogotá no valoró estos testimonios, los cuales tachó de sospechosos con base en esa denuncia.

Interviniente

Concepto

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

1. 1. De acuerdo con el “Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para el Restablecimiento de Derechos de los niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados”, para la realización de las entrevistas de los menores de edad, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: i) información; ii) lenguaje adecuado; iii) identidad de género; iv) ambiente propicio; v) consentimiento informado; vi) derecho a ser escuchado; y vii) derecho a la libre expresión. Por otro lado, de conformidad con la “Guía de las acciones del Equipo Técnico Interdisciplinario para el restablecimiento de derechos de niñas, niños y adolescentes”, en la entrevista psicológica se

deben tener en cuenta los siguientes criterios: i) garantizar unas condiciones espaciales que favorezcan la intimidad y sin interrupciones; ii) contextualizar a la familia sobre el motivo por el cual fue citado, y del proceso que se iniciará por parte del ICBF con el niño, niña o adolescente, nunca en presencia de este y toma de consentimiento informado; iii) proceder a la realización de la entrevista inicial (es posible hacer varias entrevistas para efectos del seguimiento a los avances del proceso); y iv) efectuar un manejo adecuado de la información desde lo científico y lo ético.

2. Las indicaciones para la entrevista dentro de la valoración inicial con el NNA según la guía mencionada (establecimiento de Rapport) son: i) hacer un saludo inicial; ii) asegurarse de conocer bien el nombre del NNA y diríjase a él o ella por su nombre, sin usar diminutivos o palabras cariñosas en lugar del nombre; iii) controlar los elementos externos que interrumpan la comunicación entre el niño y el profesional; iv) ubicar la silla del NNA en forma diagonal a la del profesional, eliminando cualquier situación de poder; v) asegurarse de que nadie interrumpa la sesión; y vi) indagar sobre los temas de interés del NNA, pero evitando generar procesos de fantasía, toda vez que está allí para hablar de las cosas que realmente le han ocurrido.

3. En cuanto al cierre de la entrevista, la citada guía contiene los siguientes parámetros: i) indagar sobre cómo se sintió el NNA en la entrevista; ii) preguntarle si desea contar algo más o si tiene alguna pregunta; iii) asegurarse de que el NNA se encuentre estable emocionalmente antes de finalizar la sesión; iv) explicarle al NNA las generalidades de la situación encontrada y las posibles alternativas de manejo.

#### Secretaría Distrital de la Mujer

1. La decisión de custodia y cuidado personal de SMA y JMA hace parte de un contexto de violencia contra la mujer, específicamente del señor EMS contra la señora JAB, violencia que ha sido principalmente psicológica.

2. La sentencia cuestionada se basó en cinco razones, de las cuales la manifestación de los niños en la entrevista, es uno de varios dentro de un conjunto de justificaciones, no siendo el único ni la razón principal.

3. El juzgado accionado aplicó la perspectiva de género, aun cuando su valoración de la

gravedad del contexto de violencia fue insuficiente, pues debió considerar la necesidad de adoptar medidas afirmativas dirigidas a reiterar la prohibición al señor EMS de continuar la violencia basada en género.

#### Universidad Externado de Colombia

1. 1. En Colombia no existe normatividad que regule el protocolo exacto que deba seguirse al momento de llevar a cabo entrevistas a menores en el campo del derecho privado, a diferencia de lo que sucede en materia penal; no obstante, existen algunos parámetros generales.

2. Con el fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho a ser escuchado, es necesario asegurarse de que el niño se encuentre en un entorno adecuado y con las condiciones propicias para formar su propio juicio libremente, para lo cual deberán tenerse en cuenta, principalmente, los siguientes lineamientos: i) ofrecerle garantías al menor, con el fin de que exprese su opinión de forma libre y desprovista de influencias externas; ii) brindarle la información y asesoría suficientes con el fin de que forme su criterio; y iii) evaluarse, por parte del entrevistador, el grado de capacidad del niño de formar su juicio de manera autónoma.

#### Universidad del Rosario

1. 1. La American Psychological Association señala que “al realizar evaluaciones de custodia de los hijos, se espera que los psicólogos se centren en factores que se relacionen específicamente con el interés psicológico superior del niño (...) sopesar e incorporar factores superpuestos como las dinámicas e interacciones familiares; variables culturales y ambientales; destinos y aptitudes relevantes para todas las partes examinadas; y las necesidades educativas, físicas y psicológicas del niño”.

2. Según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuando se evalúa un NNA se recomienda: i) diagnosticar el estado de salud mental, especificando si el desarrollo psicomotor es acorde con la edad; ii) describir el vínculo con padres, su calidad y duración; iii) evaluar la percepción que tiene de cada uno de los progenitores, sus hermanos y demás figuras afectivas cercanas; iv) indagar sobre el conocimiento que tiene de la situación actual por la que atraviesa la familia; v) valorar su nivel de adaptación social y escolar, así como su

percepción sobre la calidad del acompañamiento de los padres en cada una de estas áreas; vi) observar si existe o no triangulación, manipulación, alianzas o conflictos de lealtades.

3. Un protocolo correcto que induce a menor número de equivocaciones por parte de los niños en las entrevistas o declaraciones, incluye una serie de pasos sucesivos: i) establecer confianza con el niño o niña, crear un ambiente de relajamiento y tranquilidad; ii) se pide al niño o niña que cuente libremente todo lo que recuerde con preguntas abiertas, facilitando la conversación para posteriormente abordar los temas de interés; iii) el profesional debe realizar preguntas más específicas, con cuidado de no ser sugestivas de respuestas deseables para alguno o algunos de los demás implicados en el proceso; y iv) el cierre de la entrevista que busca nuevamente tranquilizar al niño o niña, y darle a entender que todo ha salido bien y que ha sido lo que se esperaba.

#### Universidad La Sabana

1. 1. La evaluación psicológica en el contexto clínico tiene como objetivos principales: i) conocer las causas y factores que intervienen en un problema específico; ii) conocer cómo ha sido el desarrollo del NNA en diferentes dimensiones como lo físico, lo cognitivo y lo emocional; iii) formular un juicio clínico a partir de los hallazgos; y iv) la toma de decisiones a partir de un proceso de evaluación riguroso y suficiente.

2. Los hallazgos que se obtienen a partir de los procesos de valoración, incluidos aquellos conseguidos a partir de la entrevista psicológica, deben orientar la toma de decisiones, que depende del contexto en el que se realice la evaluación, así como de su objetivo central; para lograr este fin, es relevante garantizar que la entrevista psicológica se desarrolle de una forma ética y suficiente. En el campo clínico se favorece el uso de la entrevista semi-estructurada, en la cual se deben: i) formular preguntas que permitan conocer las áreas de ajuste con las que participan los NNA; ii) explorar elementos del desarrollo; y iii) garantizar la identificación de comportamientos, signos y/o síntomas que den cuenta de su estado mental actual.

3. Cada área de ajuste debe ser explorada en profundidad a partir de preguntas de diferentes tipos (abiertas, cerradas) que den cuenta tanto del estado actual como de hechos históricos relevantes: i) área familiar; ii) área social; iii) área personal; iv) nivel emocional; v) área académica. El esquema de evaluación a partir de la entrevista también debe garantizar la

identificación del estado psicológico a través de las áreas del examen mental (porte, actitud, atención, pensamiento, lenguaje, introspección, prospección, afecto, inteligencia, sensopercepción, entre otros). Los resultados obtenidos deben ser interpretados de manera conjunta para favorecer un juicio clínico objetivo basado en la evidencia recogida. En el caso de la entrevista con NNA se debe tener en cuenta que los procesos de evaluación deben ser estructurados de manera específica y de acuerdo con las características particulares de cada caso.

46. El 4 de septiembre de 2019, el Juzgado 26 de Familia de Bogotá remitió el expediente correspondiente a la demanda de custodia y cuidado personal, régimen de visitas y cuota alimentaria, iniciado por el señor EMS.

Traslado de las pruebas recaudadas en sede de revisión

47. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte, modificado por el Acuerdo 01 de 2015, la Secretaría General de esta Corporación puso los conceptos y las pruebas recaudadas en sede de revisión a disposición de las partes y de los terceros con interés legítimo, por el término de tres días hábiles, para que emitieran un pronunciamiento en caso de estimarlo necesario.

JAB

49. Respecto de las entrevistas realizadas a SMA y JMA, manifestó que el Juzgado 26 de Familia de Bogotá en ningún momento ordenó una pericia psicológica para sus hijos -que sí requiere un protocolo para su práctica- sino que los llamó a una entrevista como testigos para oírlos y así tener otra prueba para tomar su decisión. Expuso que en la diligencia estuvieron presentes la jueza, la trabajadora social del despacho, la defensora de familia asignada al despacho y el procurador delegado, de manera que se garantizaron los derechos de los menores.

50. Manifestó que EMS efectuó actos de violencia y maltrato infantil contra sus hijos, así como violencia de género en su contra. Sobre este punto, mencionó que “un padre con tanto odio por la madre de sus hijos no está en la capacidad de darles amor y de pensar en ellos, pues solo piensa en separarlos de su madre, [por lo tanto] mis hijos tienen todo el derecho a que les retiren de su lado a su padre que les está causando un daño grave, en su psiquis y en

sus emociones”. Por lo anterior, solicitó a esta Corporación suspender el régimen de visitas a favor de EMS y, en caso de no acceder a esa petición, ordenar un régimen de visitas debidamente vigilado que proteja a sus hijos.

51. De otro lado, aseguró que el odio de EMS hacia ella es tan grande que puede llegar a matarla y señaló: “con real preocupación le manifiesto que temo por mi vida y la de mis hijos, Medicina Legal conceptuó que tengo un riesgo moderado de muerte en manos del agresor EMS”. Más adelante, reiteró que EMS es un agresor y que “el problema es que este agresor cuando ya no tenga otro recurso u otra tutela, lo único que le queda en su mira es mi vida y la de mis hijos”. Refirió que según su psiquiatra la patología de EMS es muy grave, y que seguramente podría llegar a matarla, pues es una persona muy inteligente, premeditada y con mucha plata. Por eso, adujo: “temo por un feminicidio cuando al agresor se le acaben las acciones legales que él siente que controla y que están a su servicio”. Con base en ello, pidió a la Corte ordenar a la Fiscalía General de la Nación o la autoridad respectiva, que otorgue a su favor y de sus hijos una medida de protección efectiva que los salvaguarde de cualquier crimen en su contra.

## EMS

52. Mediante escrito del 28 de agosto de 2019, el apoderado del señor EMS manifestó que la entrevista realizada a SMA y JMA no cumplió con los parámetros y estándares necesarios, en tanto: i) no se propició un ambiente de acercamiento, confianza, relajamiento y tranquilidad para los niños, sino que llevó a cabo en el ambiente hostil de los juzgados de familia; ii) no se les dio información clara y correcta respecto de la entrevista y de las repercusiones de la misma; iii) no se estructuró a partir de preguntas abiertas generales que les permitiera expresarse libre y fluidamente; iv) no se indagó por el contexto familiar, por las circunstancias pasadas de vida de los niños, por los patrones de autocuidado de los menores, ni por el rendimiento académico y la adaptación escolar mientras estuvieron bajo la custodia de su padre; y v) la jueza no estuvo presente continuamente durante la realización de la entrevista, sino que entraba y salía de la diligencia, delegando labores a sus funcionarios, lo cual no favoreció la intimidad ni evitó las interrupciones.

53. Posteriormente, en documento radicado el 19 de septiembre de 2019, el apoderado de EMS se pronunció sobre el escrito presentado el 28 de agosto de 2019 por la señora JAB y la

intervención de la Secretaría Distrital de la Mujer. Sobre lo dicho por la entidad, indicó que se basa en un enfoque equivocado al centrarse en el conflicto de pareja y en la supuesta violencia de género, más no en la situación de los menores. Manifestó que era “un despropósito afirmar que acudir a las autoridades y utilizar las vías judiciales y administrativas son herramientas de mi representado para ejercer la violencia de género. Todo lo contrario: son herramientas legítimas que se ha visto en la obligación de utilizar, en defensa de los derechos de sus hijos, más que de sus propios derechos”.

En cuanto al escrito de la señora JAB cuestionó que la interviniente hiciera reproches sin fundamento contra el Procurador General de la Nación y el magistrado Alejandro Linares Cantillo. Refirió que los problemas en la práctica y la valoración de la entrevista eran tan notorios que ameritaban una revisión de esa prueba con cuidado y detenimiento. También expuso que esa diligencia no era equiparable a testimonios comunes y corrientes, pues se trata de dos figuras distintas que deben ser practicadas y valoradas de manera diferente. Resaltó que no era cierto que los menores se encontraran afectados psíquica y emocionalmente debido a supuestos malos tratos, agresiones y violencias por parte del señor EMS, y que no existen siquiera prueba sumaria o indicio que evidencien la existencia de algún tipo de maltrato. Criticó que la señora JAB le atribuyera al señor EMS el adoctrinamiento y la alienación parental que ella adelantó con los menores, situación que fue advertida en la acción de tutela. También reprochó que la señora JAB no indicara las circunstancias de tiempo, modo y lugar que justificaran la solicitud de suspender el régimen de visitas a favor del señor EMS o de convertirlo en un régimen de visitas vigiladas. Por lo tanto, sugirió que esta Corporación evaluara las consecuencias de estas afirmaciones, pues se ha convertido en una conducta habitual y reiterada.

54. Finalmente, mediante escrito del 18 de noviembre de 2019, el apoderado del señor EMS aclaró que en el trámite de la revisión de la acción de tutela se ha hecho referencia a múltiples procesos penales que si bien involucran al señor EMS o a la señora JAB, no están relacionados con el proceso de custodia y cuidado personal de sus hijos, objeto esencial de la tutela.

Por otro lado, hizo mención al acompañamiento psicológico que han recibido los menores JMA y SMA, respecto de lo cual señaló que los reportes de la institución educativa y de su actual psicólogo externo, permiten identificar que todavía existen preocupantes problemas

emocionales en JMA vinculados a su entorno familiar actual y a las situaciones que ha tenido que atravesar producto del divorcio de sus padres, razón por la cual recomiendan continuar con el tratamiento de psicología. No obstante, destacó el apoderado, la señora JAB, de manera unilateral e intempestiva, tomó la determinación de suspender el acompañamiento psicológico para ambos menores.

De igual forma, puso de presente lo que, en su parecer, es una incongruencia de la señora JAB que resta credibilidad a las acusaciones hechas contra el señor EMS. Al respecto, manifestó que en la intervención del 28 de agosto de 2019, JAB aseguró que EMS podía atentar contra su vida y la de los niños, por lo que viven bajo un riesgo permanente e inminente de muerte. Sin embargo, en correo del 13 de octubre de 2019, le solicitó al señor EMS que los transportara a ella y a los niños al colegio, explicando que ella tenía pico y placa. A su juicio, “no tiene ningún sentido que la señora JAB pidiera al señor EMS que la transportara junto con sus hijos si supuestamente de esa forma ponía en riesgo su vida y la de ellos, máxime si se trataba de un favor que otra persona podía brindarle o si simplemente podía tomar un taxi”.

## . CONSIDERACIONES

### Competencia

1. 1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

### Planteamiento del problema jurídico y metodología de decisión

2. De conformidad con los antecedentes narrados, la Sala encuentra que a lo largo del trámite de tutela se han puesto de presente elementos adicionales que no fueron abordados en la demanda y que podrían ampliar el margen de discusión, motivo por el cual es necesario delimitar el asunto.

3. Según se expuso, en la acción de tutela el apoderado del accionante presentó varios cuestionamientos sobre la valoración de las pruebas en el marco del proceso de custodia, los

cuales enmarcó en los defectos sustantivo y fáctico. Más adelante, estando el proceso en sede de revisión, allegó un informe sobre la situación emocional, social, académica, económica y de salud de SMA y JMA, y expuso una serie de situaciones con las cuales busca demostrar que los menores no están en buenas condiciones actualmente. De otro lado, la Secretaría Distrital de la Mujer y la señora JAB, hicieron mención a circunstancias adicionales, relacionadas con violencia de género y violencia institucional. Incluso, la señora JAB puso de presente un presunto tráfico de influencias en la selección del caso, solicitó la suspensión del régimen de visitas a favor del señor EMS o uno debidamente vigilado, y pidió protección ante el riesgo de muerte al que considera están sujetos ella y sus hijos.

Bajo ese entendido, es necesario distinguir dos circunstancias. La primera, que la acción de tutela interpuesta por el señor EMS se enmarcó en los defectos presuntamente cometidos por la autoridad judicial que conoció el proceso de custodia de los menores SMA y JMA, debate al que se circunscribieron los jueces de instancia, lo que quiere decir que la Corte debe pronunciarse inicialmente sobre dichas irregularidades, pues fueron las que dieron origen al proceso de tutela.

La segunda, que en el transcurso del trámite constitucional se pusieron de presente situaciones que, en principio, no son objeto del debate inicial pero que por la gravedad de ciertas afirmaciones, podría ameritar un pronunciamiento por parte de esta Corporación. Este nuevo escenario comprende, de un lado, las condiciones actuales físicas y emocionales de los niños, y de otro, un presunto contexto de violencia basada en el género con graves denuncias por riesgo de muerte. Aun cuando lo anterior escapa del objeto de la demanda inicial, la Sala no puede dejar de lado que constituyen elementos de juicio que si bien no influyen en el análisis estricto de la acción de tutela contra providencias judiciales, sí puede dar lugar, eventualmente y de considerarse necesario, a otorgar otro tipo de protección de cara a la garantía de los derechos de sujetos de especial protección y con base en las facultades extra y ultra petita del juez constitucional.

Entonces, el análisis de esta providencia se centrará en los defectos alegados por el señor EMS en el marco del proceso de custodia, sin perjuicio de que la Corte emita, de encontrarlo pertinente, un pronunciamiento adicional al debate inicialmente propuesto, con ocasión de las nuevas circunstancias.

4. Aclarado lo anterior, corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar, en primer lugar, si en esta oportunidad se cumplen los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. En caso afirmativo, pasará a estudiar el fondo el asunto, para lo cual se abordarán los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿La decisión proferida por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, en el marco del proceso de custodia y cuidado personal cuestionado, vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor EMS y de sus hijos SMA y JMA, al incurrir en un defecto sustantivo: i) por estructurar su decisión con base en la controversia de pareja y desconocer con ello el principio del interés superior del niño; y ii) por no tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como las condiciones físicas, afectivas, emocionales, académicas y psicológicas de los menores?

(ii) ¿La decisión proferida por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, en el marco del proceso de custodia y cuidado personal cuestionado, vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor EMS y de sus hijos SMA y JMA, al incurrir en un defecto fáctico por: i) omitir la valoración de las pruebas documentales relacionadas con: la exposición de los menores al señor VMD, las creencias religiosas de la señora JAB y las condiciones de vida de los niños al lado de su padre; ii) efectuar una valoración defectuosa y parcializada de los interrogatorios de parte y de los testimonios; iii) realizar un análisis defectuoso del dictamen pericial de Medicina Legal; y iv) dar un alcance errado a las visitas sociales y entrevistas realizadas a los menores, y particularmente sobre estas últimas, al desconocer que se desarrollaron sin los parámetros y estándares requeridos?

5. Para resolver los problemas jurídicos propuestos, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; ii) los defectos sustantivo y fáctico como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; iii) el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; iv) el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, como componente esencial del principio del interés superior del menor; v) el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella. Con base en lo anterior, vi) resolverá el caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de

## jurisprudencia

6. La Constitución Política de 1991 consagró la acción de tutela como un mecanismo orientado a “la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” o “particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

El artículo 86 superior fue reglamentado por el Decreto Estatutario 2591 de 1991, que en su artículo 40 establecía la competencia especial para conocer de las acciones contra las decisiones proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Sin embargo, la Corte Constitucional lo declaró inexecutable y señaló que el amparo no procedía contra providencias judiciales, salvo que el funcionario judicial incurra en actuaciones de hecho graves y ostensibles.

A partir de esta consideración, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado una postura unificada de cara a los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, basada en causales genéricas y específicas que permiten examinar a profundidad las solicitudes de amparo y establecer la vulneración o no de los derechos fundamentales invocados.

Las causales genéricas son aquellas que posibilitan el estudio del fondo del asunto y fueron analizadas en la sentencia C-590 de 2005. Entre ellas, se conocen: i) que el asunto sometido a estudio tenga relevancia constitucional; ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; y vi) que el fallo impugnado no sea de tutela.

Las causales específicas también fueron desarrolladas en la sentencia C-590 de 2005, estableciendo que para la procedencia de la tutela se requiere la presencia de por lo menos

una de ellas, debidamente demostrada.

Estas causales se han denominado como: i) defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; ii) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido; iii) defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; iii) defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; iv) error inducido, que se presenta cuando el juez es víctima de un engaño por parte de terceros, el cual lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; v) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; vi) desconocimiento del precedente constitucional, se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance, por lo que la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado; vii) violación directa de la Constitución, que se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque deja de aplicar una disposición ius fundamental o porque aplica la ley al margen de la Constitución.

#### Breve caracterización del defecto sustantivo

7. En reiterada jurisprudencia se ha señalado que el defecto sustantivo, como una circunstancia que determina la carencia de validez constitucional de las providencias judiciales, se causa cuando una providencia judicial acude a una motivación que contradice, de manera manifiesta, el régimen jurídico que debe aplicar.

En otras palabras, la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en

el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.

Tal evento se presenta, entre otros supuestos, cuando: i) pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes, o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial; ii) la providencia judicial se profiere con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales

8. Esta Corporación ha sostenido que cuando el juez de tutela advierte que una providencia incurre en alguna de las mencionadas situaciones debe declarar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Así mismo, ha establecido que para que la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto constituya defecto sustantivo, se debe estar frente a una decisión judicial en la que el funcionario en su labor hermenéutica, desconozca o se aparte de forma abierta de los parámetros constitucionales y legales, de tal manera que vulnere o amenace derechos fundamentales de las partes. En todo caso, lo anterior debe ser analizado bajo el entendido de que el juez de tutela, en principio, no está llamado a definir la forma correcta de interpretación del derecho; sin embargo, en aquellos eventos en los que la interpretación dada por el juez ordinario carezca de razonabilidad y cuando se cumplen los requisitos anteriormente mencionados, se hace procedente la intervención del juez constitucional.

#### Breve caracterización del defecto fáctico

9. De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto fáctico se presenta cuando el funcionario judicial emite una providencia “(...) sin que los hechos del caso se subsuman adecuadamente en el supuesto de hecho que legalmente la determina, como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios”.

Este defecto se puede estructurar a partir de una dimensión negativa y otra positiva. La primera, “surge de las omisiones o descuido de los funcionarios judiciales en las etapas probatorias, verbi gratia, (i) cuando sin justificación alguna no valora los medios de convicción existentes en el proceso, los cuales determinan la solución del caso objeto de análisis; (ii) resuelve el caso sin tener las pruebas suficientes que sustentan la decisión; y (iii) por no ejercer la actividad probatoria de oficio, es decir, no ordenar oficiosamente la práctica de pruebas, cuando las normas procesales y constitucionales así lo determinan”. La segunda, se presenta “(i) cuando se evalúa y resuelve con fundamento en pruebas ilícitas, siempre que estas sean el fundamento de la providencia; y (ii) decidir con pruebas, que por disposición de la ley, no es demostrativa del hecho objeto de la decisión”.

10. La Corte ha precisado que la acción de tutela puede fundamentarse en el defecto fáctico solo cuando se demuestra que el funcionario judicial valoró la prueba de manera arbitraria. Ello significa que el yerro en la valoración de los medios de convicción, “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, en la medida que el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”.

También ha sostenido que, en principio, la estimación que de las pruebas hace el juez natural es libre y autónoma, y no puede ser desautorizada por un criterio distinto emitido por el juez constitucional.

Bajo ese entendido, con relación a los elementos y al límite de intervención que tiene el juez constitucional para estructurar el defecto fáctico, la Corte señaló: “La intervención del juez de tutela, frente al manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, impiden que en sede de tutela se lleve a cabo un examen exhaustivo del material probatorio. // Las diferencias de valoración que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden considerarse ni calificarse como errores fácticos. Frente a interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural quien debe determinar, conforme a los criterios de la sana crítica, y en virtud de su autonomía e independencia, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. El Juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no sólo es autónomo sino que sus actuaciones están amparadas por el principio de la buena fe, lo que

le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y salvo hechos que acrediten lo contrario, que la valoración de las pruebas realizadas por aquel es razonable y legítima”.

11. En definitiva, el defecto fáctico se estructura cuando la decisión judicial es el producto de un proceso en el cual i) se omitió la práctica de pruebas esenciales para definir el asunto; ii) se practicaron pero no se valoraron bajo el tamiz de la sana crítica; y iii) los medios de convicción son ilegales o carecen de idoneidad. El error debe ser palmario y que incida directamente en la decisión, puesto que el juez de tutela no puede convertirse en una tercera instancia.

El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Énfasis en el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional. Reiteración de jurisprudencia

Generalidades sobre el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

12. En el plano internacional, el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Así mismo, se consagró en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 3.1 prevé que en todas las medidas que tomen las autoridades, concernientes a los menores, “una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El Comité de los Derechos del Niño interpretó el contenido de este último aparte y en la Observación General No. 14, concluyó que este principio abarca tres dimensiones: i) es un derecho sustantivo del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que lo afecte; ii) es un principio jurídico interpretativo fundamental, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y iii) es una norma de procedimiento, porque siempre que se deba tomar una decisión que afecte al menor, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la misma.

En esa observación general, el Comité se pronunció sobre el alcance del concepto e indicó

que su contenido debe determinarse caso por caso. Explicó que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular donde deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas de cada menor (edad, sexo, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual, y el contexto social y cultural).

13. En el ordenamiento jurídico interno, el artículo 44 de la Constitución Política establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, y finaliza señalando que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. A su vez, el interés superior del menor fue desarrollado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, en los artículos 8° y 9°.

Esta Corporación se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el principio del interés superior de los niños y ha concluido que implica reconocer en favor de estos “un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral”. En la sentencia T-510 de 2003, la Corte explicó: “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

En esa providencia también se aclaró que aun cuando el interés superior del niño solo puede ser evaluado según las circunstancias propias de cada caso, esa regla no excluye la existencia de ciertos parámetros generales que pueden ser adoptados como criterios orientadores en el análisis de los casos individuales, que diferenció de la siguiente manera: i) las consideraciones fácticas, que hacen referencia a las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y ii) las consideraciones jurídicas, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. Dentro de estos últimos, resaltó como relevantes los que se transcriben a continuación: i) garantía del desarrollo integral del menor; ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; iii) protección del menor frente a

riesgos prohibidos; iv) equilibrio con los derechos de los padres; v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; vi) necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales.

14. Ahora bien, esta Corporación ha destacado igualmente la importancia del principio del interés superior del menor en el marco de los procesos judiciales.

El artículo 9 de la Ley 1098 de 2006 establece que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”. Por otro lado, el artículo 26 de esa normatividad, consagra el derecho de los menores a que “se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados”, así como su derecho a ser escuchados en las actuaciones administrativas o de cualquier otra naturaleza en la que estén involucrados.

Con sustento en lo anterior, esta Corporación ha destacado el trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los niños, y ha fijado unas reglas concretas dirigidas a asegurar que los procesos judiciales que tengan la potencialidad de alterar de cualquier forma la situación de un niño se tramiten y resuelvan desde una perspectiva acorde con los postulados que propenden por la salvaguarda de su bienestar y con su condición de sujeto de especial protección constitucional.

Lo anterior, en los siguientes términos: i) se deben contrastar sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional (supra núm. 13); v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar

decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad; y vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

El ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atiende el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

15. Ahora bien, esta Corporación ha sostenido que la progenitura responsable tiene una relación directa con el ejercicio de la patria potestad y con el deber de crianza y cuidados personales que los padres deben asumir frente a los hijos, y que a partir de ella se garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se hace efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

16. Puntualmente, sobre el deber de custodia y cuidado personal se ha dicho que la regla general es que ambos padres tengan bajo su cargo el cuidado personal de los hijos, esto es, i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral; ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para estos; y, iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos. Solo de manera excepcional el cuidado estará bajo uno de los padres, o si ambos presentan inhabilidad física o moral, estará a cargo de terceras personas. Lo importante, en todo caso, es “rodear a los niños, las niñas y los adolescentes de las mejores condiciones para que su crecimiento, desarrollo y crianza sean armónicos e integrales”, pues el cuidado personal propende por generarles una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental.

Es por lo anterior que el deber de custodia y cuidado personal se justifica prevalentemente desde la perspectiva constitucional en el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Sobre este punto, en la Observación General No. 14, el Comité de los derechos del Niño señaló que los procedimientos judiciales en materia civil -incluyendo los asuntos de familia y menores-, en cualquier instancia, deben tener en cuenta que los niños, niñas y adolescentes pueden verse afectados por el juicio, como sería el caso de los procesos de adopción, de divorcio, de decisiones relativas a la custodia, residencia del menor y el

régimen de visitas, u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, razón por la cual los jueces y tribunales deben velar porque el interés superior del menor rija todas las situaciones y providencias que imparten.

Por consiguiente, “los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos”, de manera que el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes “debe ser el faro iluminador al momento de evaluar los temas relacionados con la custodia y el cuidado personal que los padres ejercen respecto de los hijos”.

17. Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación ha resaltado la importancia de considerar el principio del interés superior del menor en las decisiones de custodia y cuidado personal.

Así, en la sentencia T-442 de 1994, enunció algunas reglas indicativas aplicables a los casos en que se controvierte la custodia y cuidado personal de los menores: i) no se puede operar de manera automática y mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente; ii) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado; iii) la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente; y iv) las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

18. De lo expuesto se concluye que el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene un amplio reconocimiento no solo en el ordenamiento jurídico interno, sino en instrumentos internacionales, que lo han catalogado de manera general como una

protección especial de la que goza el menor dirigida a su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. Esta prerrogativa debe ser analizada desde la realidad concreta del caso y de la situación de cada menor, evaluando las consideraciones fácticas y jurídicas que lo rodean. Particularmente, en el marco de los procesos de custodia y cuidado personal, las autoridades administrativas y judiciales están en el deber de aplicar este principio como piedra angular en la toma de las decisiones que afecten a los niños, pues de ello dependerá su crecimiento, desarrollo y crianza en condiciones adecuadas, armónicas e integrales.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, como componente esencial del principio del interés superior del menor

19. Distintos instrumentos internacionales han protegido el derecho de todo ciudadano a ser escuchado sin exclusión alguna en el marco de los procesos judiciales en los que son parte. Particularmente, la Convención de los Derechos del Niño prevé en el artículo 12 que se debe garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de la edad y madurez, para lo cual se le dará la oportunidad de ser escuchado.

20. En el ordenamiento jurídico interno, el derecho de los menores a ser oídos fue acogido en el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, donde el legislador dispuso que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados, donde tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.

21. Esta Corporación ha definido el contenido de este derecho acudiendo a las consideraciones del Comité de los Derechos del Niño, órgano que interpretó el contenido del referido artículo y en la Observación General No. 12 explicó que es una disposición que se aplica a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al menor, “sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y

otras emergencias”.

La Corte ha señalado que, según esa Observación General, el derecho de los niños a ser escuchados los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos; además, que se debe partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida. Al respecto ha dicho: “Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”.

Así mismo, este Tribunal ha hecho mención a la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, en el que se pronunció sobre el derecho de los niños a ser escuchados e identificó las premisas fundamentales que se derivan de esta prerrogativa a partir de la lectura de la Opinión General No. 12, así: i) los niños son capaces de expresar sus opiniones; ii) no es necesario que los niños conozcan de manera exhaustiva todos los aspectos de un asunto que los afecte, basta con una comprensión que les permita formarse un juicio propio; iii) los niños deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren ejercer el derecho a ser escuchados; iv) quienes van a escuchar al niño, así como sus padres o tutores, deben informarle el asunto y las posibles decisiones que pueden adoptarse como consecuencia del ejercicio de su derecho; v) se debe evaluar la capacidad del niño o niña, para tener en cuenta sus opiniones y comunicarle la influencia de éstas en el resultado del proceso; y vi) la madurez de los niños debe establecerse a partir de su capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente.

22. En definitiva, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes se traduce en la efectividad de numerosas garantías en favor de estos, dentro de las cuales se encuentra el derecho a ser escuchados, a formarse su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los afecten o los involucren. Esta prerrogativa tiene sustento en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la Constitución Política y en varios instrumentos internacionales, todos dirigidos a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella

23. Una de las garantías contenidas en el artículo 44 de la Constitución en favor de los niños, niñas y adolescentes es el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, “el cual se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica”. Así mismo, el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece 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. Esa disposición indica además que solo podrán ser separados de esta cuando no le garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a los procedimientos establecidos para cada caso concreto.

24. Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación ha resaltado la importancia del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separado de ella; por ejemplo, en la sentencia T-290 de 1993, expuso consideraciones que por su relevancia vale la pena recordar. En esa oportunidad, señaló que “[d]e la naturaleza humana se desprende inevitablemente el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí. Ese derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco -tratándose de matrimonios disueltos- de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores”. (Resaltado fuera del texto original).

Así mismo, hizo énfasis en que los derechos de los niños “no pueden estar supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus progenitores, independientemente de quién los haya provocado y de las motivaciones que animen las posiciones personales antagónicas entre ellos (...) en el plano de lo racional, los mayores no gozan de autoridad ni de legitimidad para imponer a los menores el fardo de sus propias desavenencias”. Con sustento en lo anterior, señaló que “todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos”. (Resaltado fuera del texto original).

En esa sentencia, la Corte también indicó que el derecho inalienable y mutuo a las relaciones personales entre padres e hijos es de doble vía, es decir, “si se reconoce a los hijos, de

consiguiente existe para ambos padres en igualdad de condiciones”. Aclaró que esto implica “el deber correlativo y mutuo que tienen ambos padres en el sentido de no obstaculizar el uno al otro el ejercicio de su correspondiente derecho”, salvo que esté de por medio el interés superior del niño “en aquellos casos en que se pruebe judicialmente que el contacto del menor con alguno de sus progenitores puede causarle daño físico o moral”. (Resaltado fuera del texto original).

25. Lo anterior ha sido reiterado en otros pronunciamientos, donde este Tribunal ha señalado que la importancia del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella radica en que “su satisfacción constituye una necesaria condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta, ya que a través de él se permite que los niños accedan al cuidado, amor, educación, etc. de los cuales son acreedores legítimos”. Bajo ese entendido, la condición de miembro de familia “impone a quienes la ostentan claros e importantes deberes, especialmente frente a los menores de edad que forman parte del mismo núcleo familiar, y con más razón cuando se trata de los padres”, cuyo deber principal es otorgar las condiciones para que los niños crezcan y se desarrollen de manera adecuada.

En la sentencia T-510 de 2003, esta Corporación mencionó que una medida que tenga como resultado separar a un menor de su familia solo es procedente cuando las circunstancias del caso permitan determinar que esta no es apta para cumplir con sus funciones básicas, atendiendo al interés superior del menor. Allí se indicó que al momento de establecer la idoneidad de un determinado grupo familiar, se deben tener en cuenta distintos tipos de circunstancias y razones que, dependiendo de su relevancia para el bienestar del menor individualmente considerado, serán más o menos determinantes de la decisión a tomar.

Por consiguiente, dentro del contexto de análisis sobre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es relevante el papel de la maternidad y/o paternidad, que no se trata de “un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor”, siendo entonces indispensable establecer la aptitud de un determinado núcleo familiar, lo cual implica analizar el cumplimiento de los deberes y obligaciones parentales frente a los hijos.

26. Es por lo anterior que esta Corporación ha resaltado que, en algunos casos, puede

generarse una estructura familiar diversa por la separación de ambos padres, situación que genera, evidentemente, que el derecho de custodia y cuidado personal quede a cargo de uno de ellos, mientras el otro conserva el derecho de visitas. Sobre el particular ha indicado lo siguiente:

“Si bien este evento puede considerarse como una alteración al entorno familiar de un niño que conocía otra configuración del grupo, no por ello la escisión ha de ocasionar la ruptura de los lazos familiares, pues precisamente frente a situaciones como éstas deben aplicarse los postulados convencionales, constitucionales y legales de protección a la familia. Este tipo de separaciones, siempre que no estén relacionadas con la pérdida de la patria potestad o de la autoridad paterna, de ninguna manera implican pérdidas sobre los derechos y deberes de crianza, cuidado y acompañamiento, por lo que el padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos (...).

De suerte que, el ejercicio del derecho a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos y la facultad de desarrollar una relación afectiva como la considere pertinente cada padre, solo supone el límite mismo de los intereses prevalentes del niño. Por esta razón, dentro de todas las dinámicas familiares, pero especialmente las estructuradas desde la separación parental, es indispensable que cada uno de los progenitores respete la imagen del otro frente a sus hijos, evitando cualquier posición de superioridad frente a aquél que no tiene la tenencia del menor, o del otro lado, el empleo de artificios de victimización para lograr compasión de los menores frente al otro padre”. (Resaltado fuera del texto original).

A propósito de lo expuesto, en la sentencia T-311 de 2017, esta Corporación solicitó diferentes conceptos sobre lo que ha sido denominado como alienación parental, encontrando que: “implica que una separación marital puede llevar a la destrucción de la imagen de uno de los padres frente a los hijos, si los adultos involucran a los hijos de forma inadecuada en sus problemas. Esto lleva a que la figura ausente -sea padre o madre- se visualice como la culpable del estrés traumático que experimentó la familia o de eventos frustrantes sufridos por la misma. Esta cuestión, a largo plazo, hace que los niños acumulen rabia hacía el progenitor alienado e, incluso, lleguen a experimentar problemas afectivos como la depresión, la asunción de roles que no le corresponden al niño y dificultades, al llegar a la adultez, para establecer relaciones de confianza con personas significativas como

la pareja o los amigos”.

De igual forma, se señaló que se trata de una forma específica y sutil de maltrato infantil, donde “los niños/as quedan atrapados en la telaraña de los problemas de los adultos, - disputas por la guarda, la patria potestad y la custodia- incidiendo sus padres en que tomen partido en conflictos ajenos, en crisis que no entienden y forzándolos a que se inscriban en facciones antagónicas”.

Recientemente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que el comportamiento manipulador de los padres hacia los hijos, “corresponde a un tipo de violencia de género en donde la víctima no es solo el menor involucrado, sino también el progenitor que se ve injustamente vilipendiado por el excompañero transgresor”. También manifestó que si bien, tanto la normatividad nacional como los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, imponen que en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta “dicho imperativo no puede ser aplicable en forma absoluta, en los casos en que razonadamente se sospeche la presunta ocurrencia de un estado de alienación parental, pues resulta claro que en dicho evento, la voluntad del menor se halla determinada por el padre controlador”; en todo caso, aclaró que ello debe “ser sometido a una rigurosa valoración probatoria que permita al juez llegar al pleno convencimiento sobre la imposibilidad del infante de emitir libremente su opinión, sin perjuicio de la garantía al debido proceso tanto de éste como de sus progenitores”. (Resaltado fuera del texto original).

27. Por ello la Corte Constitucional ha manifestado que “el niño tiene derecho a que sus padres obren como tales, a pesar de las diversas circunstancias y contingencias que puedan afectar su relación como pareja. La ruptura del vínculo entre los padres no disminuye ni anula de ninguna manera sus deberes para con los hijos ni su correspondiente responsabilidad”. Así mismo, ha destacado que uno de los eventos más traumáticos para los miembros de una familia es su separación, en especial cuando existen hijos menores de edad quienes terminan siendo los más perjudicados con la ruptura de la pareja que conformaban sus padres. Al respecto, en la sentencia T-384 de 2018 este Tribunal indicó:

“Justamente, derivado de los procesos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de

cuerpos de sus padres u otros procesos similares, a los niños, niñas y adolescentes no debería trasladárseles la carga traumática que representa la terminación del vínculo familiar, sino que los padres -en primera medida- y las autoridades competentes deben propender por garantizar su estabilidad física, mental y psicológica a partir de un entendimiento civilizado que permita definir de manera prevalente la custodia y el cuidado personal de los menores hijos en beneficio del derecho fundamental que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella, bien sea porque se trate de una decisión que se deba asumir en el marco de aquellos procesos en mención, o en el trámite sumario que pretenda definir la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados.

Los niños, niñas y adolescentes no pueden ser tratados como trofeos de la contienda personal y patrimonial que exista entre sus padres; por el contrario, se les deben brindar las garantías para que, a pesar de la ruptura sentimental de sus padres, puedan crecer en un ambiente donde adquiera relevancia la progenitura responsable con la intervención de ambos padres de ser posible, en procura de lograr el desarrollo armónico e integral de los niños, su estabilidad, su seguridad y el afianzamiento del sentimiento de valoración a través de la familia.

Aun cuando los padres estén separados por diversas razones, la convivencia familiar con los hijos se debe garantizar en la medida que responda al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pues el divorcio, la nulidad del matrimonio, la separación de cuerpos de los padres o la finalización de la unión marital de hecho, no afecta el estatus y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en tanto la relación filial permanece y con ello los deberes y las obligaciones que se adscriben a los progenitores”. (Resaltado fuera del texto original).

28. Se puede concluir de lo anterior que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, comprende las manifestaciones de protección, afecto, educación y cuidado para que los menores crezcan en óptimas condiciones físicas y emocionales, así como en un entorno familiar adecuado. Solo en circunstancias excepcionales y cuando se halle acreditada a falta de idoneidad del entorno familiar, el menor puede ser separado de este. En todo caso, el fundamento de esa prerrogativa constitucional no puede estar ligado a la subsistencia de un vínculo matrimonial o vida en común de los padres, y la garantía de ese derecho no debe verse afectada por los conflictos de pareja. En consecuencia, los progenitores están en la obligación de respetar la imagen del

otro frente a sus hijos, pues ello podría constituirse en un tipo de maltrato infantil e iría en contravía del interés superior del niño, niña o adolescente.

## Caso concreto

### Breve presentación del asunto

29. El señor EMS instauró acción de tutela en nombre propio y de sus hijos SMA y JMA, contra el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, por la decisión que adoptó en el marco del proceso de custodia y cuidado personal, régimen de visitas y cuota alimentaria.

Por un lado, narró los hechos concernientes al contexto de presunto maltrato a los menores SMA y JMA, señalando que la madre de los niños, la señora JAB, empezó a experimentar cambios de personalidad y en su comportamiento, sometió a sus hijos a diversos actos de violencia física, verbal y psicológica justificados en ideas religiosas, y ejerció su rol de madre y esposa de una manera autoritaria, violenta e inflexible. También puso de presente que la señora JAB conoció al señor VMD, miembro de un grupo religioso al que frecuentaba, quien le pedía fotos del JMA en traje de baño y le aconsejaba emplear un régimen de mano dura con SMA.

Por el otro, hizo referencia a las actuaciones administrativas y judiciales adelantadas con ocasión de los anteriores hechos. Indicó que presentó solicitud de medida de protección ante la Comisaría Primera de Familia Usaquén II; sin embargo, debido a la situación de peligro para el bienestar de sus hijos, inició un proceso de custodia, cuidado, visitas y alimentos, el cual fue definido mediante sentencia del 31 de julio de 2018 en la que se otorgó la custodia definitiva de los menores a la señora JAB. Alegó que esa decisión incurrió en un defecto sustantivo, porque desconoció: i) las excelentes condiciones en las que se encontraban los menores mientras estuvieron con su padre; y ii) no se adelantó una comparación acertada entre los dos padres para determinar quién ofrecía mejores condiciones de vida a los niños. Así mismo, consideró que se incurrió en un defecto fáctico ante los diversos problemas probatorios que tuvieron incidencia en la decisión.

30. En contestación a la acción de tutela, el Juzgado 26 de Familia de Bogotá indicó que, contrario a lo manifestado por el accionante, realizó una valoración individual y en conjunto de las pruebas, producto de lo cual determinó que los fundamentos de la pretensión de

custodia no fueron demostrados por el demandante.

Finalmente, el Procurador 61 Judicial II de Familia de Bogotá, llamó la atención sobre el resultado de la entrevista realizada a SMA y JMA, la cual, a su juicio, tiene matices que dejan ver la influencia previa de los niños, quienes además quedan expuestos y empoderados sobre los efectos de la entrevista. Cuestionó que en el fallo que se demanda no se hace la valoración de la capacidad ni de las condiciones en las que se desarrolló la entrevista, “sino que se limita a recoger las aseveraciones de los niños como verdad revelada”, lo que constituye una forma de maltrato pues “dada su corta edad, sentir que descansaba sobre sus hombros la decisión podría generar los mayores niveles de estrés y de angustia, lo que no fue previsto ni prevenido por la juez”.

31. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó el amparo invocado, en tanto la práctica de la entrevista garantizó los derechos de los menores, pues del acta era posible deducir su relato espontáneo y fluido, donde expresaron libremente las opiniones sobre sus padres, haciendo manifestaciones de afecto hacia ambos. Concluyó que no existe soporte probatorio que denote un entorno nocivo para los niños junto a su progenitora. Esta decisión fue confirmada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia tras considerar que el juzgado accionado realizó una minuciosa valoración de las pruebas recaudadas y tuvo en cuenta la opinión de los niños, quienes manifestaron que querían estar con su mamá.

32. Una vez seleccionado el asunto para revisión por parte de esta Corporación, la Sala Octava de Revisión decretó diferentes medios probatorios con el fin de contar con mayores elementos de juicio para adoptar una decisión. En respuesta a lo anterior, se recibieron escritos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y de las Universidades Externado, Rosario y La Sabana, en los cuales se exponen diferentes criterios y parámetros que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades en las entrevistas que sean realizadas a los NNA en el marco de los procesos judiciales o administrativos. La Secretaría Distrital de la Mujer allegó un amicus curiae donde indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el cuestionamiento del accionante frente a la decisión del Juzgado 26 de Familia de Bogotá es una instrumentalización del derecho para continuar un ciclo de violencia basada en género.

Verificación del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de

## tutela contra providencias judiciales

33. Con fundamento en los hechos descritos, la Sala Octava de Revisión debe determinar, en primer lugar, si en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales:

(i) Relevancia constitucional: según el artículo 44 de la Constitución, se reconocen como derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, entre otros, a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, y la libre expresión de su opinión. Esa disposición establece, además, que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, y finaliza señalando que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Bajo ese entendido, la Sala considera que este asunto es de relevancia constitucional por cuanto: i) está relacionado con la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso en el marco de un proceso de custodia, cuidado personal y visitas de dos menores de edad, al parecer, con ocasión de varios yerros cometidos por la autoridad judicial accionada; ii) involucra los derechos fundamentales de dos niños, los cuales, de conformidad con lo previsto en la referida disposición constitucional, son prevalentes en el ordenamiento jurídico; y iii) se alegan deficientes condiciones físicas y emocionales de los menores ocasionadas, presuntamente, como consecuencia de la decisión adoptada por el juzgado accionado.

(ii) Agotamiento de los recursos judiciales: al observar las actuaciones surtidas dentro del proceso custodia, cuidado personal y visitas que se llevó a cabo ante el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, se encuentra que el mismo fue tramitado bajo el Código de Procedimiento Civil. Bajo ese entendido, de conformidad con el artículo 435 de dicho compendio normativo, los procesos de esa naturaleza se tramitan en única instancia. Por lo tanto, el accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial que le permita garantizar cuestionar las irregularidades de carácter fáctico y sustantivo en las que presuntamente incurrió el juzgado accionado.

(iii) Requisito de inmediatez: la sentencia que definió el asunto en el proceso de custodia, cuidado personal y visitas, cuestionada por el accionante, fue proferida el 31 de julio de

2018. La acción de tutela fue interpuesta el 2 de octubre de 2018, esto es, aproximadamente dos meses y medio después de aquella acción, término que a juicio de esta Corporación es razonable para el ejercicio del amparo constitucional.

(iv) En caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales: este requisito no es aplicable al asunto bajo estudio ya que las anomalías que se alegan son de carácter sustantivo y fáctico.

(v) Identificación de los hechos que generaron la vulneración de derechos: el accionante identificó cada uno de los hechos que, a su juicio, generaron la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se invoca, esto es, aquellos concernientes al debate probatorio en el marco del proceso de custodia, cuidado personal y visitas, y los que surgieron con ocasión de la sentencia proferida el 31 de julio de 2018 por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá.

(vi) El fallo controvertido no es una sentencia de tutela: como se ha indicado, la providencia que se censura hizo parte de un proceso de custodia, cuidado personal y régimen de visitas de los menores SMA y JMA.

34. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala pasa a analizar el fondo del asunto.

Análisis sobre la presunta configuración de un defecto sustantivo en la sentencia proferida por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá

35. En primer lugar, esta Corporación debe determinar si la decisión adoptada el 31 de julio de 2018 por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, en el marco del proceso de custodia y cuidado personal cuestionado, vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor EMS y de sus hijos SMA y JMA, al incurrir en un defecto sustantivo: i) por estructurar su decisión con base en la controversia de pareja y desconocer con ello el principio del interés superior del niño; y ii) por no tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como las condiciones físicas, afectivas, emocionales, académicas y psicológicas de los menores. Para el efecto, la Sala hará alusión a los argumentos expuestos por el apoderado del accionante y evaluará el cuestionamiento planteado respecto de cada uno de ellos de

cara a la fundamentación de la sentencia proferida por el juzgado accionado:

i. (i) Según el demandante, “se ignoró por completo que los niños se encontraban en excelentes condiciones físicas, afectivas, emocionales, académicas y psicológicas mientras la custodia y cuidado personal estuvieron en cabeza de su progenitor”. Resaltó que nunca les faltó lo necesario para la satisfacción de sus necesidades materiales, y en cuanto a lo afectivo y emocional, los menores mantenían buenas relaciones paterno-filiales con su padre y su madre, y estaban en contacto permanente con su familia extendida paterna y materna. Dijo que “mejoraron su rendimiento académico, se destacaron social y emocionalmente en el colegio y se mostraron como niños tranquilos, colaboradores, bien educados, sanos, felices y estables emocionalmente”. Mencionó que, por el contrario, la señora JAB “se marginó de su participación en los asuntos del colegio de sus hijos y no asistió a muchos de sus eventos escolares y académicos (...) teniendo plena consciencia de que su presencia era necesaria para el bienestar de los niños”.

() Indicó que no se adelantó una “comparación acertada entre los dos padres para determinar cuál ofrecía las mejores condiciones de vida a sus hijos”. El despacho no contrastó las particularidades de mi EMS y JAB a la luz de la conveniencia para los menores, sino del conflicto de pareja.

() Cuestionó que el juzgado no abordara los criterios jurídicos -estándares de satisfacción del principio del interés superior del niño-, para sustentar su decisión de otorgar la custodia y cuidado personal de los menores a JAB. A su juicio, se hubiera llegado a una conclusión diferente de haber realizado el siguiente análisis:

Criterio jurisprudencial

Análisis que debió realizar el Juzgado 26 de Familia de Bogotá

Garantía del desarrollo integral del menor (físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético y plena evolución de la personalidad)

Los niños no tienen la garantía del desarrollo integral viviendo con su madre, por: i) la mala alimentación, el comportamiento violento y el maltrato físico inhiben el desarrollo de los

menores en el ámbito físico, psicológico y afectivo; ii) el manejo delirante, místico y fanático de la religión por parte de la señora JAB, que repercute negativamente en la psicología de sus hijos; iii) el constante trato y las exigencias para SMA, como si fuera una adulta, y la exposición a JMA a riesgos supuestamente para quitarle el miedo a las alturas o enseñarle a nadar, afectan el desarrollo intelectual y psicológico de los niños y les impide la plena evolución de su personalidad; iv) privar a SMA de asistir a las clases de educación sexual, en contravía de la formación integral y en valores que la institución busca brindar.

Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos del menor (integralidad física, salud y alimentación equilibrada)

La señora JAB atentó contra la integralidad física, la salud y la alimentación equilibrada de sus hijos no solo con los inadecuados regímenes de alimentación que incluso llevaron a que JMA no estuviera en el mejor estado de nutrición posible, sino también con el maltrato físico derivado de los métodos de castigo empleados por ella.

Protección del menor frente a riesgos prohibidos (violencia física o moral y abuso sexual)

Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor

El ambiente familiar en casa de la señora JAB no es apto para el desarrollo de los niños ante: i) las exageradas y delirantes dinámicas religiosas a las que somete a los menores; ii) los conflictos constantes y la mala relación de ella con sus padres, la promoción del odio hacia la familia paterna y EMS, y el maltrato verbal y físico hacia este en presencia de los menores; iii) la negativa a permitir las visitas del padre a sus hijos; iv) el cuadro ansioso-depresivo que la lleva a llorar constantemente en presencia de sus hijos y la utilización de estos como trofeos o herramientas de guerra en el conflicto, como por ejemplo a) negar la salida del país para unas vacaciones sin justificación alguna, y sin pensar en el bienestar de estos; b) preferir que se quedaran en un hogar de paso institucional del ICBF lugar de la casa de la tía paterna.

36. En cuanto al argumento del accionante según el cual el Juzgado 26 de Familia de Bogotá no tuvo en cuenta las condiciones físicas, afectivas, emocionales, académicas y psicológicas de los niños mientras estuvieron bajo su custodia, encuentra la Sala que, en efecto, dicha

autoridad judicial no se pronunció puntual y específicamente sobre el particular. Sin embargo, se observa que sí efectuó un análisis sobre las condiciones generales en las que podrían verse inmersos SMA y JMA de continuar bajo la custodia provisional de su progenitor.

El juzgado accionado encontró que desde el inicio -esto es, cuando aún vivían juntos- el señor EMS obstaculizó el ejercicio del rol materno contratando a varias personas para el servicio doméstico, “sin justificación atendible y so pretexto de que SMA y JMA no podía quedarse a solas con su progenitora (...) y la necesidad de controlar cuanta actividad realizaba la demandada con sus hijos”. Luego, cuando el señor EMS ejercía la custodia provisional, restringió completamente el ejercicio del rol materno impidiendo que la señora JAB estableciera algún tipo de comunicación con los niños; al respecto, el despacho aseguró “es notorio el grado de restricción que el demandante impuso para que JAB no pudiese interactuar con los niños, al punto que en la medida de protección de la Comisaría confirmada en sede de apelación, se le ordenó a EMS abstenerse de obstruir el rol materno y de desplegar cualquier acto que vulnere el derecho de conservar dicho vínculo”. Con base en ello, la falladora encontró que tales elementos de juicio “refuerzan el desinterés que ha tenido el aquí demandante en procurar que a pesar de la medida provisional de custodia en su cabeza, se fortalezca el vínculo materno filial, circunstancia que desde antes de la ruptura matrimonial ya se había visto reflejada con el comportamiento de desaprobación, sin fundamento atendible, de todo y cuanto hiciera la señora JAB”.

Lo anterior permite evidenciar que el juzgado, conforme a las reglas de la sana crítica y acudiendo a otros medios probatorios, concluyó que los derechos de los niños no estaban completamente asegurados con el señor EMS, ante un hecho que, aunque más general al propuesto por el accionante, le permitió determinar la gravedad de la situación, ocasionada por la obstaculización del ejercicio del rol materno por parte del progenitor.

37. Así mismo, la Sala estima que contrario a lo afirmado por el actor, el juzgado accionado sí adelantó una comparación entre los progenitores para determinar cuál ofrecía mejores condiciones de vida a sus hijos, análisis que siempre estuvo dirigido a verificar lo que mejor le convenía a los menores. Así, el análisis del juzgado se concentró, por un lado, en el dictamen de Medicina Legal, y por el otro, en los diferentes medios probatorios que le permitieron desvirtuar los hechos denunciados por el demandante sobre la supuesta incapacidad de JAB de ejercer su rol materno, tal y como se expondrá a continuación:

En primer lugar, señaló que acorde con el dictamen pericial “se develan rasgos de personalidad diferentes en cada uno de los individuos valorados, sin que de ellos se derive enfermedad mental”. Acto seguido, el juzgado indicó que “de lo que se puede extraer de la presunta enfermedad mental que según el demandante imposibilita a la demandada para ejercer su rol de madre y , por ende, la custodia y el cuidado personal de sus hijos está totalmente desvirtuada, por las conclusiones de la especialista de la entidad que rindió la experticia, quien después de un estudio prolijo, no advirtió comprometida la salud mental de la señora JAB, y si llegó a presentar síntomas ansiosos y depresivos fueron circunstanciales debido al rompimiento de la relación matrimonial”. Luego, encontró que “ni siquiera el tratamiento con medicamento al que pudo acceder la aquí demandada en algún momento por su estado depresivo mas no esquizofrénico, se erige en razón suficiente para poner en tela de juicio su idoneidad para ejercer el rol materno, de quien valga anotar, no se demostró un diagnóstico de esquizofrenia o síntomas concordantes con esa patología o con alguna otra”.

Con base en ello, el juzgado concluyó, respecto de la señora JAB, que “apuntalado en el resultado de del dictamen pericial (...) y en los testimonios de descargo, los cuales concuerdan en señalar a JAB como una madre cariñosa y dedicada a sus pequeños hijos, no advierte situación de riesgo de estar SMA y JMA bajo el cuidado de su progenitora, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con el informe de visita social (...) se tiene que posee condiciones habitacionales favorables y garante de los intereses de los pequeños”.

A continuación, la jueza se pronunció sobre el señor EMS e indicó que el examen de psiquiatría de medicina legal puso en evidencia “los rasgos narcisistas de personalidad exhibidos por el señor EMS [lo cual] requiere de tratamiento sicoterapéutico con el fin de que estos no interfieran en la sana relación con los menores”; luego hizo mención a la obstaculización y restricción en el ejercicio del rol materno efectuado por EMS contra JAB, para determinar que “revelado quedó que el señor EMS impidió deliberadamente el contacto de los niños con su madre, soslayando de esa manera sus derechos preferentes y prevalentes, concretamente la prerrogativa de tener una familia y no ser separados de ella, por lo que de continuar a su cargo la custodia y ante la inexistente comunicación asertiva de los progenitores, ninguna garantía ofrece en no anteponer sus intereses particulares a los de SMA y JMA, situación que también descarta una custodia compartida que por demás ni siquiera fue invocada”.

Nuevamente la Sala evidencia que el juzgado no incurrió en el defecto alegado pues sí se llevó a cabo una comparación sobre la idoneidad de cada uno de los padres para ejercer la custodia y cuidado de SMA y JMA. Como se desprende de los apartes transcritos, esta comparación se da bajo el contexto del esfuerzo de la señora JAB por ejercer su rol de madre a pesar de los numerosos obstáculos impuestos por el señor EMS, y de desvirtuar la supuesta falta de idoneidad de la madre de los niños para asumir el cuidado de estos.

Para la Corte el despacho no “perdió el norte del proceso por orientar su análisis a determinar qué padre era más o menos culpable del rompimiento de la relación de los problemas de pareja” como lo aduce el actor. Por supuesto que era necesario que el juzgado accionado hiciera referencia al conflicto de pareja, pues la vulneración de los derechos de los menores tuvo origen precisamente en el inadecuado manejo que se le dio a dicha situación, lo cual no significa que la jueza haya basado su decisión en ese conflicto ni que la comparación no hubiera sido “acertada” como la califica el actor. Como se expuso, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, comprende, entre muchos otros aspectos, que los niños vivan en un entorno saludable desde el punto de vista físico y emocional, de manera que su bienestar no esté supeditado a los conflictos entre sus progenitores. Es por lo anterior que en el marco de los procesos judiciales o administrativos concernientes al cuidado y custodia de los menores, necesariamente se deben analizar las dinámicas familiares y, especialmente, las estructuradas a partir de una separación parental, en tanto el relacionamiento de los padres demarca la relación de estos con sus hijos.

A juicio de esta Corporación, el argumento no es más que una muestra de la inconformidad de aquel con el análisis realizado por el juzgado, y no un error manifiesto que conduzca a la configuración de un defecto sustantivo en los términos planteados en la acción de tutela.

38. De otro lado, el actor adujo que no se tuvieron en cuenta los criterios jurídicos - estándares de satisfacción del principio del interés superior del niño- para sustentar la decisión de otorgar la custodia y cuidado personal de los menores a JAB. Sin embargo, para la Corte es claro que el juzgado sí desarrolló un análisis sobre los diferentes cuestionamientos que ahora expone el actor.

El accionante fue reiterativo en señalar que la mala alimentación, el comportamiento violento

y el maltrato físico inhiben el desarrollo de los menores en el ámbito físico, psicológico y afectivo, y que la señora JAB atentó contra la integralidad física, la salud y la alimentación equilibrada de sus hijos no solo con los inadecuados regímenes de alimentación que incluso llevaron a que JMA no estuviera en el mejor estado de nutrición posible, sino también con el maltrato físico derivado de los métodos de castigo empleados por ella.

Sobre este particular, la jueza indicó en su sentencia que “tras analizar los testimonios recibidos a instancia de la parte demandante (...) aunado a otras probanzas como más adelante se anotará, no surgen evidentes actos de maltrato físico y/o verbal de JAB sobre los niños, ni mucho menos acciones que perturben su tranquilidad y estabilidad emocional”. Por ejemplo, sobre la alimentación de JMA sostuvo que “de ser cierto que el menor presentaba desnutrición, la parte demandante, en quien radicaba la carga de la prueba (...) ha debido acreditar, estando en posición de hacerlo, tal hecho con prueba idónea como lo es el diagnóstico médico sobre el estado de salud del menor, lo cual no se suple con la declaración de testigos. Incluso, en el trámite de la medida de protección (...) al verificar la garantía de derechos de los niños, se evidenció un adecuado estado de nutrición”.

Así mismo, sobre el supuesto riesgo que corrían los niños con su mamá, la sentencia fue enfática en sostener que “las pruebas no conducen a demostrar con grado de certeza que JAB haya tenido la intención (sic) de hacerle daño a su hijo JMA, quien al decir de los declarantes fue sumergido por su progenitora varias veces al mar, pues si hubiese sido con tal propósito, quienes observaron los acontecimientos habrían reaccionado, porque de acuerdo con las reglas de la experiencia, si se pone en riesgo la integridad de un menor de edad, el deber de solidaridad exige socorrer o acudir en su ayuda, ya directamente o a través de otra persona, incluso informar a las autoridades, empero ninguno de los deponentes manifiesta que así hubiese sucedido”.

De igual forma, el actor ha sido insistente en el argumento sobre el manejo “delirante, místico y fanático de la religión por parte de la señora JAB, que repercute negativamente en la psicología de sus hijos”. Al respecto, el juzgado encontró que “los testigos convocados por el extremo actor no indican ni mucho menos explican en qué medida ha podido incidir en los menores las creencias espirituales de JAB, si es que la mencionada señora ejercía prácticas ortodoxas como se pretende hacer ver en la demanda”; también constató que “con independencia de las libertades espirituales que la propia Carta Política consagra como un

derecho fundamental en el artículo 19, el beneficio que pretende derivar el extremo actor alegando que la demandada presenta comportamientos irreales y delirantes frente a lo religioso no encuentra asidero en el material probatorio”.

Entonces, según observa esta Corporación, los planteamientos esbozados por el accionante sí fueron despachados por el juzgado en la sentencia cuestionada, sin que se acogieran sus intereses, lo que denota un desacuerdo más no un defecto en la decisión. Por el contrario, la Corte evidencia un afán por reiterar argumentos que, vistos desde una primera lectura, generan una alarma por la forma en que son expuestos, como el hecho de referirse a delirios religiosos, a cuadros depresivos, a preferir que los niños se quedaran en un hogar de paso del ICBF, a conflictos familiares e incluso a un supuesto riesgo para la integridad sexual de los menores.

Valga decir que algunas de estas estrategias argumentativas permiten ver un irrespeto al libre ejercicio de ciertos derechos fundamentales, como el profesar una religión de determinada manera o la intimidad que se vive al interior de cada núcleo familiar, pues buscan llamar la atención, pero no desvirtúan el análisis efectuado por el juzgado. Ahora, el hecho de no haberse mencionado el alegato referente al riesgo para la integridad física y sexual a la que supuestamente fueron expuestos los menores, no conlleva necesariamente a la existencia de un defecto sustantivo, pues toda autoridad judicial, en el ejercicio de su autonomía y con base en los criterios de razonabilidad y sana crítica, acude a los medios probatorios que considere relevantes; en este caso, el juzgado accionado no consideró relevante tal circunstancia y, por el contrario, acudió a un arsenal probatorio diferente y suficiente que le permitió llegar a una decisión ajustada a derecho. Este aspecto en particular, será abordado más adelante en el análisis sobre el defecto fáctico.

39. Por lo expuesto, la Sala Octava de Revisión concluye que el Juzgado 26 de Familia de Bogotá no incurrió en un defecto sustantivo.

Análisis sobre la presunta configuración de un defecto fáctico en la sentencia proferida por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá

40. De manera preliminar, es preciso reiterar que el defecto fáctico surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. De manera concreta, esta Corporación ha sostenido que ese defecto se

presenta cuando el funcionario judicial emite una providencia “(...) sin que los hechos del caso se subsuman adecuadamente en el supuesto de hecho que legalmente la determina, como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios”.

Particularmente, sobre el defecto fáctico por la ausencia de valoración del acervo probatorio, la Corte ha dicho que este se presenta cuando “el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente”. De igual forma, para esta Corporación, el error en la valoración de los medios de convicción, “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, en la medida que el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”. (Resaltado fuera del texto original).

41. Aclarado lo anterior, la Sala debe determinar si la sentencia proferida por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, en el marco del proceso de custodia y cuidado personal cuestionado, vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor EMS y de sus hijos SMA y JMA, al incurrir en un defecto fáctico por: i) omitir la valoración de las pruebas documentales relacionadas con: la exposición de los menores al señor VMD, las creencias religiosas de la señora JAB y las condiciones de vida de los niños al lado de su padre; ii) efectuar una valoración defectuosa y parcializada de los interrogatorios de parte y de los testimonios; iii) realizar un análisis defectuoso del dictamen pericial de Medicina Legal; y iv) dar un alcance errado a las visitas sociales y entrevistas realizadas a los menores, particularmente sobre estas últimas, al desconocer que se desarrollaron sin los parámetros y estándares requeridos.

i. (i) Pruebas documentales:

Prueba documental

Defecto fáctico alegado

## Material probatorio sobre el peligro de exponer a los menores al señor VMD

Sin ninguna justificación omitió valorar dicho material probatorio, no hay ni una sola mención al respecto en toda la sentencia. Como lo evidencian varios correos y algunos testimonios, VMD no solo frecuentaba a los niños, sino que también propendía por un régimen de mano dura con SMA y solicitaba a la madre o buscaba por su cuenta fotos de JMA, incluso en vestido de baño. La señora JAB accedía y le enviaba fotos de su hijo en vestido de baño, algunas veces compartiendo con otros menores, como sus primitos.

Correos electrónicos enviados por JAB que evidencian su “delirio religioso” y la manera en que afectaba al hogar y a sus hijos.

El juzgado ignoró por completo los correos electrónicos enviados por la señora JAB a la señora CMN y a la familia AB, en los que es palpable el delirio religioso de la primera y la manera en que afectaba al hogar y a sus hijos. También se evidencian frases negativas respecto del hogar y los menores.

Reportes psicológicos e informes académicos de los niños, relación de gastos, entre otros.

El juzgado no valoró una serie de pruebas absolutamente relevantes para la decisión en el caso concreto pues permitían verificar el estado de los menores y sus condiciones de vida al lado de su padre. Con el argumento de que el periodo probatorio había precluido, resolvió no considerar elementos probatorios claves que no habían podido ser presentados con anterioridad por tratarse de situaciones y pruebas sobrevinientes. El despacho incurrió entonces en un defecto fáctico por dejar de lado en el análisis probatorio los elementos mencionados.

Sobre el argumento según el cual el juzgado omitió hacer una valoración del peligro de exponer a los niños al señor VMD, es importante destacar que el hecho de no haberse mencionado tal circunstancia en la sentencia no conlleva necesariamente a la existencia de un defecto fáctico.

Como se indicó, toda autoridad judicial, en el ejercicio de su autonomía y con base en los criterios de razonabilidad y sana crítica, acude a los medios probatorios que considere

relevantes; en este caso, el juzgado accionado no consideró que tal prueba fuera determinante para resolver el asunto y, por el contrario, acudió a otras pruebas diferentes a esta que estimó suficientes, y que le permitieron llegar a una decisión ajustada a derecho.

Al revisar dichos correos que datan de diciembre de 2013 a marzo de 2014, se aprecia que la mayoría de estos corresponden a numerosos mensajes de afecto entre la señora JAB y el señor VMD -ajenos a esta controversia- y también se encuentran algunos mensajes con mínimos referentes a los menores. Al contrastar los apartes citados por los demandantes y la copia completa de los correos, se tiene que las transcripciones hechas por la parte demandante corresponden a la extracción de algunas frases de las cuales no se puede inferir una conclusión como la que pretende hacer ver el accionante, ni mucho menos el contexto en el que dichos correos fueron cruzados entre las dos partes.

Si bien estos mensajes pueden generar dudas y reparos desde una primera lectura, pues no se entiende la razón por la cual el señor VMD solicita fotos de las vacaciones (en la piscina o en la playa), lo cierto es que no permiten deducir, como lo entiende el actor, que la señora JAB expuso a los menores a un riesgo para su integridad física o sexual, porque: i) ello sería admitir que ese único medio probatorio es suficiente para no otorgarle la custodia de los niños a la señora JAB -en el entendido que el acervo probatorio restante condujo al juzgado a concluir que la progenitora era apta para asumir el cuidado de sus hijos- cuando del mismo no se extrae, como lo dice el actor, que ese sujeto frecuentara a los niños, o que pidiera fotos exclusiva y particularmente en traje de baño, así como tampoco se desprende que le sugiriera “mano dura” con SMA; ii) implicaría asumir, sin mayor fundamento, que el señor VMD tiene intenciones delictivas con aquella solicitud, lo cual debe ser objeto de denuncia ante las autoridades competentes; y iii) conllevaría a concluir, en cuanto a la actitud de la señora JAB sobre el particular, que entregó fotos de sus hijos para fines cuestionables, lo cual no puede de ningún modo derivarse de dichos correos.

Con lo anterior, la Sala no pretende reemplazar el análisis probatorio del juez ordinario, ni mucho menos suplir la ausencia de la referencia a este particular en su sentencia. Lo que se busca es evidenciar que tal omisión no era determinante para la solución del caso concreto, e incluso, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto no hubiera variado sustancialmente.

A juicio de esta Corporación, dicha omisión no puede ser calificada como ostensible, flagrante o manifiesta, ni mucho menos que la misma tuviera una incidencia directa en la decisión, pues el Juzgado 26 de Familia de Bogotá contó con muchos otros medios probatorios que lo condujeron a adoptar la decisión que ahora se ataca.

Por otra parte, aunque el juzgado no hizo mención a los correos electrónicos referidos por el accionante sobre el “delirio religioso” de la señora JAB, ello no significa que haya dejado de valorar esta circunstancia.

El juzgado también acudió a dos pruebas documentales que le permitieron llegar a dicha conclusión, al señalar que: “en contraposición, la prueba documental con ella aportada [refiriéndose a la demanda] particularmente del informe de terapia ocupacional realizada a SMA (...) y de la valoración psico-diagnóstica (...) no se desprende que la menor le hubiese referido a las profesionales hechos o circunstancias que evoquen influencia de alguna índole derivadas de supuestos delirios místicos de su progenitora”. Incluso, señaló que “de las imágenes adosadas tanto con la demanda como en el interrogatorio recibido al accionante [refiriéndose a fotos sobre elementos de brujería], no se puede establecer el momento en que fueron registradas, tampoco que fueron tomadas en el lugar de residencia de las partes, mucho menos que los elementos que allí se muestran hayan sido puestos por la demandada ni que la misma los hubiese utilizado con propósitos místicos”.

Por último, sostener que el juzgado no valoró “una serie de pruebas absolutamente relevantes para la decisión en el caso concreto pues permitían verificar el estado de los menores y sus condiciones de vida al lado de su padre” y cuestionar que “con el argumento de que el periodo probatorio había precluido, resolvió no considerar elementos probatorios claves que no habían podido ser presentados con anterioridad por tratarse de situaciones y pruebas sobrevinientes”, son apreciaciones generales del accionante, que no permite dilucidar un error ostensible, flagrante y manifiesto, que configure la ocurrencia de un defecto fáctico.

() Interrogatorio de parte. El accionante señala que el juzgado no adelantó una adecuada valoración del interrogatorio de parte que recae sobre ESM, pues lo que hizo fue una transcripción fraccionada del mismo en cuanto al tema religioso, las acciones ejercidas por el señor ESM, y el asunto de la brujería y el esoterismo:

Aspecto del interrogatorio que se cuestiona

Defecto fáctico alegado

En cuanto a las acciones ejercidas por el señor ESM.

No le dio importancia al hecho de que en el marco de la medida de protección no se otorgó la custodia de los niños a la señora JAB, sino que se impuso medida de protección tanto contra ella como contra el señor ESM. Se limitó a decir que dicha medida de protección “fue denegada al proponente” y que únicamente se ordenó en contra de ambos padres “abstenerse de continuar el conflicto familiar, pues con ello comprometen los derechos de sus hijos”. No hay entonces un análisis serio respecto de la conveniencia de que la custodia fuera otorgada a la señora JAB a la luz de la decisión sobre esta medida de protección.

En cuanto a los comportamientos “irreales y delirantes” de la señora JAB frente a lo religioso

Frente a este aspecto puesto de presente por EMS, el juzgado expresó que “si ello hubiese sido así, las autoridades administrativas y judiciales hubiesen tomado medidas al respecto”, el cual es un razonamiento sin sentido para demeritar el relato, pues muchas veces ocurren sucesos reales que jamás son atendidos por las autoridades, por más de que su actuar parezca obvio.

El despacho aseguró que el informe terapéutico y la valoración psico-diagnóstica SMA “no visualizaron que la pequeña presentara comportamientos asociados al misticismo”. Sin embargo, esto fue afirmado haciendo total omisión a la manifestación que el 3 de mayo de 2014 hizo la psicóloga clínica de la niña en ese momento, que alertaba sobre la religiosidad de su madre como uno de los aspectos que habían marcado notoriamente la salud emocional de la menor.

En cuanto a las excelentes condiciones de vida de los menores mientras estuvieron con su padre

Bajo el argumento de una supuesta extemporaneidad, no se tuvieron en cuenta los informes que dan cuenta de que los niños se encontraban en excelentes condiciones de vida mientras su custodia y cuidado estuvo en cabeza de su progenitor. Si bien en la sentencia se reconoció

que EMS mencionó en su interrogatorio “que desde que la progenitora abandonó la casa, los niños adquirieron mayor estabilidad psicológica y su rendimiento académico mejoró notablemente”, la jueza no se hizo cargo de comprobar la veracidad de ello.

Cada uno de los reparos previamente reseñados permite ver que se trata de un desacuerdo con la decisión, pues no son de tal entidad que lleven a concluir que el juzgado realizó una valoración irrazonable o contraria a derecho. El accionante cuestiona los mismos argumentos del despacho accionado, solo que esta vez acude al interrogatorio de parte para rebatirlos.

Se reitera: i) en cuanto a las acciones ejercidas por el señor EMS, el juzgado tuvo una lectura diferente, esto es, contrario a entenderlas como un interés del actor de salvaguardar los derechos de sus hijos, las interpretó como una serie de obstáculos para el ejercicio del rol materno de JAB que afectó a su vez el interés superior de los menores, lo cual, como se concluyó anteriormente, es una interpretación ajustada a derecho solo que no acorde a los intereses del demandante; ii) sobre los comportamientos religiosos “irreales y delirantes” de la señora JAB, esta Sala ya expresó su sentir, en el entendido que se trata de estrategias argumentativas que no permitieron desvirtuar la idoneidad de la señora JAB para ejercer el cuidado y la custodia de sus hijos, y que cuestionan el libre ejercicio de profesar una religión de determinada manera; y iii) sobre las condiciones de vida de los niños con su padre, el juzgado, conforme a las reglas de la sana crítica y acudiendo a otros medios probatorios, concluyó que los derechos de los niños no estaban completamente asegurados con el señor EMS, por la obstaculización del ejercicio del rol materno por parte del progenitor.

#### ( ) Testimonios

##### Defecto fáctico alegado

##### Testimonio de AA, padre de JAB

El juzgado estimó que “la cercanía con su hija, explica el conocimiento que tiene de la relación entre ella y el demandante, así como lo referente a la crianza de sus nietos, lo que en lugar de restarle credibilidad, afianza sus aserciones”. Se pasa por alto que el testigo tiene conocimiento de la relación entre su hija y ESM, y de la crianza de sus nietos, únicamente por lo que le contaba JAB, tal y como lo aceptó en su declaración prestada, al reconocer que no había presenciado personalmente los hechos que relataba. Se perdió de

vista que el testigo vivía en Cota, fuera de Bogotá, lo que implicaba menor cercanía presencial y real a la vivienda familiar.

#### Testimonio de JCA, hermano de JAB

La jueza señaló que la versión de JCA “es clara al indicar que a pesar de los malos tratos que JAB recibía por parte de EMS, ella no abandonó el hogar para poder estar al tanto de la vida de sus hijos, incluso, durante el último año y medio de convivencia de la pareja le restó toda importancia el tener que dormir en un colchón inflable en la habitación de JMA”. Olvidó que no solo la interacción de este testigo con la pareja no era lo suficientemente constante sino que él mismo reconoció en su declaración que lo que sabía era gracias a su hermana.

#### Testimonio de la señora EM

El juzgado descartó el testimonio de la señora EM, por considerar que su tacha resultaba fundada por una supuesta relación de dependencia y subordinación con el señor EMS al tratarse de la empleada doméstica que trabajaba en su casa. Decir que la testigo “dejó ver su afán en favorecer los intereses de su empleador” no es más que una apreciación subjetiva de la jueza que no está demostrada. Utilizó un doble rasero con los testimonios pues mientras tacha la declaración de la señora EM por el simple hecho de existir una relación laboral, no tacha la del señor AA a pesar de existir una relación clara de parentesco con JAB que puede implicar un afán del padre por favorecer a la hija. Además cae en un absurdo al pretender que la testigo explique cómo llegó el elemento esotérico a la vivienda familiar.

#### Testigos de cargo

Restarles valor por supuestas diferencias acentuadas no estuvo justificado. Por una parte, se asumió equivocadamente que se referían de manera contradictoria a un mismo evento (alimentación); no obstante, los hechos relatados por cada testigo suceden dentro de contextos particulares y en momentos diferentes. Por otra, incluso de llegar a aceptar que existen diferencias en los relatos, estas no son “acentuadas” y mucho menos tienen la entidad para restarle credibilidad a la totalidad de estas declaraciones.

La declaración del señor CGM, testigo que conocía a la señora JAB desde mucho tiempo antes, fue tomada en cuenta de manera fraccionada. Este testigo reportó sobre el manejo

inadecuado de la alimentación y sobre el maltrato de los niños; aun así, la jueza solo se refiere al tema de la alimentación y de manera defectuosa, ignorando el resto de aportes relevantes del testigo en otros asuntos como la personalidad conflictiva de la señora JAB. Esto es más grave si se tiene en cuenta que lo manifestado por él guarda total coherencia con lo manifestado por otros testigos que no se conocen, no tienen vínculos entre sí y no compartieron las situaciones sobre las que personalmente declararon.

#### Testimonios de las señoras NT y NS

El despacho sí valoró y les dio importancia a los testimonios de las señoras NT y NS, a pesar de que varias circunstancias dan cuenta de que sus declaraciones son poco relevantes. Ambas testigos conocen a la señora JAB en un ambiente ajeno al de la familia y la crianza de los hijos, bien sea porque fueron amigas en la infancia o porque fueron compañeras en escenarios académicos y laborales. Las testigos conocían de las dinámicas familiares por lo que oían de boca de la señora JAB pues no visitaban la vivienda familiar y a duras penas frecuentaban a JAB. Sus relatos no hacen referencia a hechos específicos y concretos, sino que describen de manera general, aludiendo a un periodo de tiempo de por lo menos dos años antes de la presentación de la demanda de custodia.

Según se expuso anteriormente, para determinar la configuración de un defecto fáctico se deben satisfacer los requisitos de irrazonabilidad y trascendencia, esto es, el error debe ser ostensible, flagrante y manifiesto. Por lo tanto, la intervención del juez de tutela debe ser extremadamente reducida, y respetuosa de la autonomía judicial y del principio del juez natural.

Bajo ese entendido, es preciso reiterar que el análisis de las pruebas testimoniales no fue lo único que le permitió al juzgado llegar a la conclusión de otorgar la custodia de los menores a su progenitora. La jueza analizó el universo probatorio, entre este, los testimonios, ejercicio que le permitió desvirtuar la supuesta falta de idoneidad de la señora JAB para tener a su cargo el cuidado de sus hijos -que fue lo que motivó otorgar la custodia provisional de los niños a su padre-. Que el juzgado accionado haya tenido en cuenta en mayor medida los testimonios de descargo y no los de cargo, no se traduce en un error en el análisis probatorio, sino en una inconformidad que claramente surge de la parte desfavorecida.

( ) Dictamen pericial. El accionante indica que el análisis de Medicina Legal fue defectuoso,

por las siguientes razones:

\* EMS había solicitado la aclaración y complementación de dicha prueba, a lo que la propia experta de Medicina Legal que lo realizó respondió que era necesario un estudio profundo, diferente al ya adelantado, para lograr un diagnóstico acertado del estado emocional, psicológico y mental de él y su exesposa. La experta explicó que el dictamen no mostraba resultados reales por sustentarse únicamente en lo manifestado por los examinados y en sus entrevistas. El despacho hizo caso omiso y le otorgó un alto valor probatorio, a pesar de que no cumplía con las características necesarias, y se limitó a decir que la objeción no era procedente por cuanto no se había expresado cuál era el error grave de este y más bien se deducían argumentos que obedecían simplemente a un capricho.

- En todo caso, no le dio importancia a los dicientes resultados que evidenciaron rasgos de la personalidad y cuadros mentales de la señora JAB peligrosos para sus hijos. A pesar de que reconoce y menciona en la sentencia que la señora JAB adolece de rasgos de la personalidad de tipo afectivo dependiente y de un estado mental ansioso-depresivo, no los considera al momento de fallar, es decir, no les da el valor probatorio y la relevancia que claramente tenían.

Tras revisar la sentencia cuestionada, la Sala encuentra que la jueza expuso de manera razonable por qué no era necesario realizar un nuevo dictamen pericial, así como los motivos que le permitían concluir, bajo su sana crítica, que dicho medio probatorio resultaba idóneo.

En primer lugar, el despacho indicó: “En este proceso, se practicaron valoraciones médico-psiquiátricas a ambas partes, por intermedio del Instituto Nacional de Medicina Legal (...) respecto del cual se solicitó su aclaración y complementación, las que una vez allegadas el 28 de septiembre de 2017, se pusieron en conocimiento de los interesados, cuyo resultado fue objetado por el extremo actor (...) Cabe anotar que la indicada objeción fue rechazada (...) tras considerar el despacho que la misma no reunía el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 238, numeral 5°, del CPC, al no precisarse el fundamento del supuesto error grave endilgado a la experticia, auto que se mantuvo incólume tras ser resuelto el recurso horizontal interpuesto”. (Resaltado fuera del texto original). Esta inconformidad del accionante fue despachada en el transcurso del proceso y así lo recordó la jueza en su sentencia.

Acto seguido, explicó que “los análisis, valoraciones y conclusiones realizados en el marco de la prenotada experticia, son secuela del conocimiento científico que le permiten a esta funcionaria determinar si los examinados cuentan con la capacidad psíquica requerida para desempeñar eficazmente su rol de padre o madre”; y más adelante, anotó que en los exámenes realizados a las partes “se siguió el protocolo de la entidad tras detallar (i) el motivo del peritaje; (ii) las técnicas empleadas; (iii) el resumen de los hechos; (iv) la narración de los hechos por parte del examinado; (v) su historia familiar y personal; (vi) sus antecedentes médicos; (vii) el examen mental, motricidad, pensamiento, inteligencia y demás aspectos relevantes; (viii) la discusión planteada por experto; y por último (ix) las conclusiones”. (Resaltado fuera del texto original).

Así mismo, como ya se refirió al momento de analizar el defecto sustantivo, acorde con el dictamen pericial el juzgado indicó que “de lo que se puede extraer de la presunta enfermedad mental que según el demandante imposibilita a la demandada para ejercer su rol de madre y , por ende, la custodia y el cuidado personal de sus hijos está totalmente desvirtuada, por las conclusiones de la especialista de la entidad que rindió la experticia, quien después de un estudio prolijo, no advirtió comprometida la salud mental de la señora JAB, y si llegó a presentar síntomas ansiosos y depresivos fueron circunstanciales debido al rompimiento de la relación matrimonial”.

Esto muestra que, para la falladora, tal prueba sí contaba con las características necesarias y sí le dio importancia a los resultados sobre los rasgos de la personalidad y cuadros mentales de la señora JAB, solo que no los consideró “peligrosos” para los niños, como pretende hacerlo ver el actor. Contrario a lo sostenido en la acción de tutela, el juzgado sí le dio el valor probatorio y la relevancia que tenía, precisamente para demostrar con ello que el estado depresivo no comprometía la salud mental de la señora JAB y que dicho cuadro de depresión se debía, no a un “estado mental peligroso” o un “trastorno mental” como lo califica en accionante, sino a una consecuencia del rompimiento de la relación.

Por lo tanto, los argumentos del accionante evidencian una vez más su inconformidad con la decisión, más allá de un error flagrante en el análisis probatorio.

( ) Visitas sociales y entrevistas a los niños

Parte o interviniente

## Defecto fáctico alegado

### Argumentos del apoderado del señor EMS

La primera visita social a EMS se adelantó en momentos ordinarios de la vida escolar y familiar, y la segunda visita se realizó el 18 de julio de 2018 en un momento similar, pero en circunstancias en que los niños solo pudieron interactuar por una hora. Por el contrario, las visitas sociales realizadas a la señora JAB se hicieron en el período de vacaciones de los niños y con suficiente tiempo de desarrollo. Sin embargo, el despacho concluyó sin más que “la custodia definitiva quedará en cabeza de la demandada, determinación que, además, responde a la opinión que sobre tan importante tópico expresaron los pequeños en las entrevistas, ordenadas por el despacho”.

Lo manifestado por los niños fue dicho en un contexto específico que favorecía la percepción positiva del tiempo compartido por ellos con su madre. Este contexto particular alteró de cierta forma su juicio y por ende su decisión de con quién preferían vivir, si con su padre o con su madre.

A pesar de que los niños solo compartían con su madre durante los fines de semana y las vacaciones, el juzgado tuvo en cuenta las condiciones de vida con la señora JAB manifestando que “de acuerdo con el informe de visita social practicado en su residencia, se tiene que posee condiciones habitacionales favorables y garante de los intereses de los pequeños”. En cambio, el despacho no hizo mención alguna de las condiciones de vida de los menores bajo custodia de su padre que evidencian las excelentes condiciones en que se vivían los niños.

Durante más de tres años solo se realizaron dos visitas sociales, lo que da cuenta del poco interés del juzgado y la total conformidad de la madre con las condiciones de vivienda de los niños con el padre, toda vez que no existe ni existió, queja o reparo alguno ante el operador judicial, sobre las circunstancias de vida de los menores con su progenitor.

Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia

En la contestación de la acción de tutela del 11 de octubre de 2018, el Procurador 61 Judicial II de Familia de Bogotá, indicó que la entrevista realizada a los niños SMA y JMA tenía matices que permitían ver la influencia previa de los niños. Además, refirió que en el fallo no se hace la valoración de la capacidad ni de las condiciones en las que se desarrolló la entrevista, “sino que se limita a recoger las aseveraciones de los niños como verdad revelada”. Lo anterior constituye, a su juicio, una forma de maltrato pues “dada su corta edad, sentir que descansaba sobre sus hombros la decisión podría generar los mayores niveles de estrés y de angustia, lo que no fue previsto ni prevenido por la juez”.

#### Procurador General de la Nación

Insistió en la selección del expediente para su revisión, destacando la intervención del Procurador 61 Judicial II de Familia de Bogotá. Manifestó que la entrevista realizada a los niños no podía considerarse como la satisfacción de su derecho a ser escuchados, pues el propósito de la misma no es que los menores decidan sobre su futuro, es decir, “no sería responsable entregarles esa trascendente decisión porque se incurriría con ese proceder en un maltrato institucional”. En su opinión, “oír de manera imperfecta al niño equivale a no haberlo escuchado, lo que conllevaría a la vulneración de su derecho dentro del proceso” y bajo ese entendido, independientemente de que la decisión final esté fundamentada en medios de prueba diferentes a la versión de los niños, ello no sana la irregularidad de una entrevista que no puede tenerse como diáfana, natural y como legítima expresión de los infantes.

De las entrevistas realizadas a SMA y JMA se extrae que la metodología desarrollada por el despacho accionado fue la siguiente: i) se hizo una presentación inicial, preguntándoles a los menores en compañía de quién asistían y si conocían el motivo por el cual se encontraban allí; ii) se evaluó su expresión corporal y se les explicó que el objetivo principal de la entrevista era conocer aspectos de su vida y sus condiciones sociales, familiares, escolares, etc., indicándoles que no estaban obligados a hablar de aquello que no desearan; iii) tanto SMA como JMA coincidieron en señalar que el motivo por el cual estaban allí era “para decir con quién quiero vivir” y al preguntarles si les habían dicho algo que no podían contar o expresar, los dos respondieron “ninguna”; iv) cada uno de los menores expresaron cómo se compone su núcleo familiar, en qué colegio estudian, quién les ayuda con las tareas y quién asiste a las reuniones familiares; v) luego, hicieron un relato sobre el trato y la relación con el

papá y con la mamá, al igual que con la familia extensa materna y paterna; vi) hablaron sobre las rutinas diarias y de los fines de semana; vii) finalmente, luego de indagar sobre su opinión al respecto, los dos niños manifestaron que preferían vivir con su mamá y visitar a su papá.

Al evaluar las entrevistas, esta Corporación no encuentra la alienación o influencia sobre los niños, o algún tipo de incidencia previa en su opinión, que conduzca a invalidar las diligencias, según pasa a exponerse:

a. a) De conformidad con lo expuesto en los diferentes conceptos allegados en sede de revisión sobre la forma en que deben llevarse a cabo las entrevistas a los niños, niñas y adolescentes en el marco de los trámites administrativos o judiciales que los afectan, es necesario que este tipo de diligencias se adelanten con un equipo interdisciplinario y conforme a unos parámetros particulares que permitan tomar una decisión adecuada.

Por ejemplo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar explicó que según el “Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para el Restablecimiento de Derechos de los niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados”, para la realización de las entrevistas de los menores de edad, se deben tener en cuenta aspectos como: i) brindar información clara y precisa sobre el motivo de la entrevista; ii) utilizar un lenguaje adecuado conforme las condiciones del menor; iii) crear un ambiente propicio y cálido; iv) garantizar el consentimiento informado de los representantes legales y asentimiento en adolescentes, el derecho a ser escuchado y que el NNA exprese de manera libre sus opiniones sin ser objeto de presión alguna por parte de sus padres o cuidadores, la autoridad administrativa, los miembros del equipo interdisciplinario o cualquier otra persona.

Así mismo, la Universidad del Rosario señaló que un protocolo correcto que induce a menor número de equivocaciones por parte de los niños en las entrevistas o declaraciones, incluye una serie de pasos sucesivos: i) establecer confianza con el niño o niña, crear un ambiente de relajamiento y tranquilidad; ii) se pide al niño o niña que cuente libremente todo lo que recuerde con preguntas abiertas, facilitando la conversación para posteriormente abordar los temas de interés; iii) el profesional debe realizar preguntas más específicas, con cuidado de no ser sugestivas de respuestas deseables para alguno o algunos de los demás implicados en el proceso; y iv) el cierre de la entrevista que busca nuevamente tranquilizar al niño o niña, y

darle a entender que todo ha salido bien y que ha sido lo que se esperaba.

Es preciso aclarar que las entrevistas realizadas a SMA y JMA no eran para obtener una evaluación psicológica de los menores, las cuales requieren del seguimiento de unos protocolos particulares, que no son del caso analizar. En esta oportunidad se buscó, a través de una declaración acompañada de un grupo interdisciplinario designado al despacho, obtener el punto de vista de los menores sobre su situación familiar y su opinión acerca de con quién querían vivir.

En la diligencia se les explicó de forma clara y precisa el motivo de la entrevista, se garantizó la libertad de expresión de los niños a quienes se les aclaró que no estaban obligados a hablar de lo que no quisieran. De otra parte, no existe ningún elemento que permita deducir que la diligencia se desarrolló en un ambiente inadecuado ni que los niños hubieran sido objeto de presión. Por el contrario, en la entrevista quedó consignado que ambos niños al llegar a la entrevista establecen contacto visual, muestran colaboración ante las preguntas y son expresivos facilitando el diálogo. Tampoco se evidencia que las preguntas realizadas a los menores sean sugestivas a induzcan a determinadas respuestas.

b) La alienación parental “implica que una separación marital puede llevar a la destrucción de la imagen de uno de los padres frente a los hijos, si los adultos involucran a los hijos de forma inadecuada en sus problemas. Esto lleva a que la figura ausente -sea padre o madre- se visualice como la culpable del estrés traumático que experimentó la familia o de eventos frustrantes sufridos por la misma. Esta cuestión, a largo plazo, hace que los niños acumulen rabia hacia el progenitor alienado e, incluso, lleguen a experimentar problemas afectivos como la depresión, la asunción de roles que no le corresponden al niño y dificultades, al llegar a la adultez, para establecer relaciones de confianza con personas significativas como la pareja o los amigos”. Se trata de una forma específica y sutil de maltrato infantil, donde “los niños/as quedan atrapados en la telaraña de los problemas de los adultos, -disputas por la guarda, la patria potestad y la custodia- incidiendo sus padres en que tomen partido en conflictos ajenos, en crisis que no entienden y forzándolos a que se inscriban en facciones antagónicas”.

Así mismo, según lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, si bien existe el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en

cuenta “dicho imperativo no puede ser aplicable en forma absoluta, en los casos en que razonadamente se sospeche la presunta ocurrencia de un estado de alienación parental, pues resulta claro que en dicho evento, la voluntad del menor se halla determinada por el padre controlador”, pero aclaró que ello “ser sometido a una rigurosa valoración probatoria que permita al juez llegar al pleno convencimiento sobre la imposibilidad del infante de emitir libremente su opinión, sin perjuicio de la garantía al debido proceso tanto de éste como de sus progenitores”.

Según el accionante, lo manifestado por los niños fue dicho en un contexto específico que favorecía la percepción positiva del tiempo compartido por ellos con su madre: estaban en vacaciones ad portas de un viaje a la playa, disfrutando de tiempo libre y de las actividades que les gustaba hacer y que no podían hacer en la época de colegio en la que estaban con su padre. Este contexto particular, según el actor, alteró de cierta forma su juicio y por ende su decisión de con quién preferían vivir, si con su padre o con su madre.

Este argumento carece de todo fundamento si se tiene en cuenta que el solo hecho de estar de vacaciones con la mamá para la fecha en que se realizaron las entrevistas no puede ser considerado como un tipo de alienación o influencia, ni mucho menos permite asumir como cierta la alteración del juicio de los menores quienes, como se explicó anteriormente, se mostraron tranquilos en la entrevista y expresaron libremente su versión y su opinión. Ese único factor no conduce a sostener sin lugar a dudas que la señora JAB incidió en lo manifestado por los niños o les dijo particularmente que debían responder que querían vivir con ella. Darle crédito a un argumento de esta naturaleza sería lo mismo que decir que por estar tres años y medio con el progenitor, en una convivencia diaria y constante, este pudo alienar a los niños, lo cual a todas luces no tiene ningún sustento.

Además, manifestarles a los niños que la razón por la cual están en esa diligencia es para decir con quién quieren vivir, no puede entenderse como un signo de alienación, pues únicamente se les está anunciando algo que en efecto va a acontecer. Distinto sería que se indujera a los menores a una respuesta específica, lo que no se evidenció en este caso como se expuso anteriormente.

c) La línea de argumentación que siguió el juzgado accionado a lo largo de su sentencia fue la siguiente: i) primero hizo referencia a diferentes medios probatorios -testimonios y

valoraciones médico siquiátricas- con los cuales descarto la supuesta falta de idoneidad de la señora JAB para ejercer su rol materno; ii) acto seguido, despachó los argumentos sobre la supuesta enfermedad mental de la señora JAB, así como los alegados “delirios religiosos”; iii) luego de descartar lo anterior, la jueza acudió a la opinión expresada por los niños en las entrevistas respecto de lo cual sostuvo que “SMA y JMA todo cuanto manifestaron en su entrevista lo hicieron de manera abierta y espontánea, siendo expresivos en sus manifestaciones (...) aportaron información clara y coherente sobre su vida familiar y personal, dimensionaron su espacio habitacional y escolar, conocen la edad, ocupación y profesión de sus progenitores (...) además resaltando el cariño que tienen hacia ambos padres, expresaron su claro deseo de vivir con su progenitora, eso sí, sin dejar de visitar a su padre”; iv) acto seguido, el juzgado indicó que la voluntad de los niños de convivir con su mamá fue igualmente exteriorizada en la visita social, prueba de la cual también acogió como fundamento el hecho de que la situación habitacional, económica y socio-familiar ofrecida por la señora JAB era favorable y garante de su bienestar.

Entonces, a juicio de esta Corporación, el despacho no concluyó “sin más”, como lo expresa el accionante, que la custodia definitiva quedara en cabeza de la demandada solo con sustento en la opinión que sobre el particular expresaron los niños en las entrevistas. Tampoco se puede sostener, como lo hace el Procurador Delegado que se pronunció ante el juez de primera instancia en sede de tutela, que no se hizo la valoración de la capacidad ni de las condiciones en las que se desarrolló la entrevista, “sino que se limita a recoger las aseveraciones de los niños como verdad revelada”. Como se expuso, el Juzgado 26 de Familia de Bogotá siguió una línea argumentativa considerando la opinión de los menores como una de las numerosas pruebas en las que sustentó su decisión.

Incluso el juzgado llamó la atención sobre la falta de veracidad de la versión de una de las hermanas del señor EMS sobre los comentarios que la menor SMA hacía supuestamente inducidos por la señora JAB, en el sentido que la mamá le había dicho “tenía el diablo adentro porque el papá se lo había metido (...) SMA me decía que su mamá le decía que no quisiera a su papá, porque era malo, el niño JMA decía que su mamá le había dicho que fuera bien grosero con nosotros que si podían le perdieran las llaves del carro”. Sobre este punto, el despacho destacó: “la testigo no informa las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ni en qué contexto se dieron tales acontecimientos, si es que en realidad ocurrieron. (...) [S]i se trata de hechos sucedidos con anterioridad a la presentación de la demanda [cuando SMA

tenía 4 años y JMA 2] difícilmente les permitiría realizar este tipo de manifestaciones con tales precisiones, toda vez que los niños de temprana edad, requieren la orientación de una figura adulta que les hable o les pregunte”.

d) En todo caso, en las diligencias estuvo presente un grupo interdisciplinario asignado al despacho -entre ellos un representante de la Procuraduría- que veló por la garantía de los menores, sin que se presentara objeción alguna sobre el particular.

42. De todo lo expuesto se concluye que el Juzgado 26 de Familia de Bogotá no incurrió en las omisiones o deficiencias probatorias alegadas por el accionante que constituyeran un defecto fáctico. Se trató, más bien, de la inconformidad y discrepancia sobre la valoración efectuada por esa autoridad judicial.

Pronunciamiento sobre las circunstancias adicionales puestas en conocimiento en sede de revisión

43. Como se anunció en un principio, en sede de revisión se pusieron de presente diferentes situaciones que si bien escapan del debate inicialmente propuesto por el demandante, podrían ameritar un pronunciamiento por parte de esta Corporación dada la connotación y la gravedad de las mismas.

a. (a) Situación actual de los menores puesta de presente por el señor EMS

44. En sus diferentes intervenciones en sede de revisión, el apoderado del señor EMS ha puesto de presente la situación actual en la que se encuentran los menores SMA y JMA, así como los problemas emocionales y psicológicos los cuales se presentan, según indicó, desde el momento en que se encuentran bajo la custodia de su progenitora. Sobre este particular, es preciso señalar que se trata de circunstancias respecto de las cuales la Corte no puede determinar con certeza si son consecuencia de la custodia que ahora ejerce la señora JAB o si son producto de otro motivo. Es por esa razón que si el señor EMS considera que los menores se están viendo afectados por la convivencia con su madre, debe acudir ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y poner de presente la situación, de cara a que sea en el trámite pertinente donde se determine la causa y se adopten las medidas conducentes a solucionar la afectación que al parecer presentan sus hijos.

(b) Circunstancias alegadas por la señora JAB

45. La señora JAB, por su parte, indicó que en las insistencias presentadas por el Magistrado Alejandro Lineros y el Procurador General de la Nación para la selección de este asunto, pudo existir un tráfico de influencias. A juicio de esta Corporación, si ella considera que en dicho trámite se presentó un acto como el que ahora endilga, debe presentar las denuncias ante las autoridades correspondientes.

46. Más adelante, la señora aseguró: “la misoginia de EMS hacia mí es impresionante, su odio por mí es tan grande que puede llegar a matarme, esto me lo han advertido todas las autoridades que defienden a mujeres víctimas de violencia de género que me han ayudado. Honorable Magistrado desde el fondo de mi corazón y con real preocupación le manifiesto que temo por mi vida y la de mis hijos, Medicina Legal conceptuó que tengo un riesgo moderado de muerte en manos del agresor EMS”. También aseguró que EMS es un agresor y que “el problema es que este agresor cuando ya no tenga otro recurso u otra tutela, lo único que le queda en su mira es mi vida y la de mis hijos”. Refirió que su psiquiatra le ha dicho que la patología de EMS es muy grave, y que seguramente podría llegar a matarla, pues es una persona muy inteligente, premeditada y con mucha plata. Adujo: “temo por un feminicidio cuando al agresor se le acaben las acciones legales que él siente que controla y que están a su servicio”. Por último, cuestionó que actualmente existe un riesgo latente el peligro de rapto pues el señor EMS no le quiere entregar los pasaportes de sus hijos.

Por ese motivo, solicitó a esta Corporación ordenar a la Fiscalía General de la Nación o la autoridad respectiva, que otorgue a su favor y de sus hijos una medida de protección efectiva que los proteja de cualquier crimen en su contra. Comentó que “el abandono del Estado se siente fuertemente cuando uno es una mujer víctima de violencia de género y su agresor es un abogado adinerado y de una familia de abogados famosos. (...) Tengo diagnosticado un riesgo moderado de muerte en manos del agresor EMS y me toca cuidarme y cuidar a mis hijos todos los días, rogándole a Dios que nos proteja”.

La Corte Constitucional ha sostenido que la condición histórica de desigualdad de las mujeres en el reconocimiento de sus derechos ha facilitado, en muchos casos, que estas sean objeto de agresiones por parte de la sociedad y de individuos particulares. El Estado colombiano, que no ha sido ajeno a esta realidad y a estos antecedentes, se ha sumado a los esfuerzos

mundiales por erradicar toda forma de violencia de género. Así, en la Ley 248 de 1995, a través de la cual se aprobó la Convención de Belén do Pará, en su artículo 7, estableció como obligaciones del Estado colombiano, entre muchas otras, actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

A juicio de la Sala, si la señora JAB considera que su vida o la de sus hijos se encuentran en peligro, debe instaurar las denuncias ante las autoridades correspondientes. No obstante, este Tribunal no puede ser ajeno a las afirmaciones realizadas por la señora JAB en su escrito, pues si bien no existe ningún otro señalamiento sobre el particular a lo largo del trámite de la acción de tutela o del proceso de custodia, ni es posible para esta Sala determinar con certeza que exista un peligro latente, en virtud de la obligación según la cual el Estado colombiano debe actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, estima pertinente, cuando menos, poner en conocimiento de las autoridades competentes las anteriores circunstancias para que brinden un acompañamiento a la señora JAB en el trámite que esta decida iniciar para garantizar la integridad que considera amenazada

(c) Solicitud de suspensión del régimen de visitas a favor del señor EMS

47. La señora JAB solicitó la suspensión del régimen de visitas a favor de EMS y, en caso de no acceder a esa petición, ordenar un régimen de visitas debidamente vigilado que proteja a sus hijos. Mencionó que “un padre con tanto odio por la madre de sus hijos no está en la capacidad de darles amor y de pensar en ellos, pues solo piensa en separarlos de su madre, [por lo tanto] mis hijos tienen todo el derecho a que les retiren de su lado a su padre que les está causando un daño grave, en su psiquis y en sus emociones”.

48. A los niños, las niñas y los adolescentes les es reconocido, entre muchos otros, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, prerrogativa de la cual se deriva que solo podrán ser separados de esta cuando no le garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a los procedimientos establecidos para cada caso concreto. Es necesario recordar que desde sus primeros pronunciamientos la Corte ha sido enfática en señalar que el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí, comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, continuo trato y permanente comunicación. La permanencia de este tipo de relaciones no puede estar

ligada a la subsistencia de un vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, así como tampoco puede depender de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores.

Es por esa razón que los niños no pueden ser víctimas ni estar supeditados a los conflictos entre sus padres, con independencia de las razones o de quien sea el causante. Para esta Corporación “todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos”. Esto implica, además, “el deber correlativo y mutuo que tienen ambos padres en el sentido de no obstaculizar el uno al otro el ejercicio de su correspondiente derecho”, salvo que esté de por medio el interés superior del niño “en aquellos casos en que se pruebe judicialmente que el contacto del menor con alguno de sus progenitores puede causarle daño físico o moral”.

En consecuencia, una medida que tenga como resultado separar a un menor de su familia solo es procedente cuando las circunstancias del caso permitan determinar que esta no es apta para cumplir con sus funciones básicas, atendiendo al interés superior del menor.

Por ejemplo, cuando se está ante una estructura familiar diversa por la separación de ambos padres, lo cual genera evidentemente que el derecho de custodia y cuidado personal quede en cabeza de uno de ellos, mientras el otro conserva el derecho de visitas, la Corte ha sostenido que “no por ello la escisión ha de ocasionar la ruptura de los lazos familiares, pues precisamente frente a situaciones como éstas deben aplicarse los postulados convencionales, constitucionales y legales de protección a la familia. Este tipo de separaciones, siempre que no estén relacionadas con la pérdida de la patria potestad o de la autoridad paterna, de ninguna manera implican pérdidas sobre los derechos y deberes de crianza, cuidado y acompañamiento, por lo que el padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos (...) Por esta razón, dentro de todas las dinámicas familiares, pero especialmente las estructuradas desde la separación parental, es indispensable que cada uno de los progenitores respete la imagen del otro frente a sus hijos, evitando cualquier posición de superioridad frente a aquél que no tiene la tenencia del menor, o del otro lado, el empleo de artificios de victimización para lograr compasión de los menores frente al otro padre”.

La señora JAB indicó que “un padre con tanto odio por la madre de sus hijos no está en la capacidad de darles amor y de pensar en ellos, pues solo piensa en separarlos de su madre, [por lo tanto] mis hijos tienen todo el derecho a que les retiren de su lado a su padre que les está causando un daño grave, en su psiquis y en sus emociones”. Esta afirmación busca ocasionar en los menores justamente lo que se pretende evitar ante la separación de ambos padres. Sin mayores fundamentos la señora JAB pretende cercenar el derecho de sus niños a tener una familia y a no ser separado de ella, anteponiendo el conflicto de pareja a los intereses de sus hijos intentando frustrar las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia su progenitor.

Es por esa razón que la Corte no encuentra fundamento alguno para acceder a esa clase de solicitud, pues ello constituiría un grave atentado contra los derechos y el interés superior de SMA y JMA, quienes ya se han visto suficientemente afectados por el conflicto familiar y por la imposibilidad de EMS y de JAB de manejar la situación sin involucrar a sus hijos. Para la Sala, acceder a la pretensión de la señora JAB, sería incurrir en el mismo actuar del cual ella fue víctima cuando de manera arbitraria le fue negado todo contacto con sus hijos.

En este punto, la Sala Octava de Revisión considera pertinente hacer un llamado al señor EMS y a la señora JAB, para que en lo sucesivo tengan en cuenta que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, comprende para ellos vivir en un entorno familiar adecuado, y la garantía de ese derecho fundamental no puede depender de ninguna manera de la subsistencia de un vínculo matrimonial o vida en común de los padres, así como tampoco debe verse afectada por los conflictos entre sus padres.

Todos los esfuerzos de las autoridades, de la sociedad y particularmente de los progenitores, deben estar concentrados en garantizar la calidad de vida física y emocional de los menores, entendiendo que su interés es el eje central de protección, y no cuál de los dos padres es el más culpable del rompimiento de pareja. No es la victoria del uno o del otro frente a la controversia, en este tipo de conflictos no gana alguno de los progenitores, sino que trasciende a la protección exclusiva de los derechos de los niños.

(d) Sobre el término de duración del proceso

49. La Sala considera necesario hacer una acotación final sobre la duración del proceso de custodia y cuidado personal iniciado por el señor EMS.

Al revisar las actuaciones de dicho trámite llama la atención que la demanda fue admitida el 26 de enero de 2015, y tres años y seis meses después, esto es, hasta el 31 de julio de 2018, se adoptó una decisión definitiva. Es preciso recordar que “los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos”, de manera que el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes “debe ser el faro iluminador al momento de evaluar los temas relacionados con la custodia y el cuidado personal que los padres ejercen respecto de los hijos”.

Ese grado de diligencia y cuidado en el desarrollo de esta clase de procesos comprende el tiempo que la autoridad administrativa o judicial tarda en definir la situación de los menores y de su núcleo familiar, término que no debería ser extenso en un proceso que por su naturaleza requiere de la adopción de medidas urgentes en aras de garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

50. Con fundamento en todo lo expuesto, la Sala Octava de Revisión concluye que no se configuraron los defectos sustantivo y fáctico en la decisión adoptada por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, razón por la cual confirmará las decisiones adoptadas por los jueces que conocieron el asunto en sede de instancias. Sin embargo, teniendo en cuenta las afirmaciones de la señora JAB sobre el peligro al que considera están expuestos ella y sus hijos, se correrá traslado a la Fiscalía General de la Nación de los hechos denunciados por la señora en el escrito allegado a esta Corporación el 28 de agosto de 2019. Además, pondrá en conocimiento de la Defensoría del Pueblo tal situación para que brinde el acompañamiento necesario y la orientación requerida a fin de impulsar las acciones legales para la conservación de la integridad de la señora JAB y de sus hijos.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el siete (7) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la emitida el diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018) por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá que negó el amparo de los derechos invocados por el señor EMS a nombre propio y de sus hijos SMA y JMA. Lo anterior, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- CORRER TRASLADO a la Fiscalía General de la Nación de los hechos denunciados por la señora JAB en el escrito allegado a esta Corporación el 28 de agosto de 2019, sobre el peligro al que considera están expuestos ella y sus hijos, para que de conformidad con las funciones que le son propias, adelante las actuaciones que considere pertinentes sobre el particular.

Tercero.- PONER EN CONOCIMIENTO de la Defensoría del Pueblo la situación denunciada por la señora JAB en el escrito allegado a esta Corporación el 28 de agosto de 2019, para que, en el ejercicio de las funciones que le fueron atribuidas, brinde el acompañamiento necesario y la orientación requerida a fin de impulsar las acciones legales para la conservación de la integridad de la señora JAB y de sus hijos.

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

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General