

T-115-14

Sentencia T-115/14

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Caso en que padre de dos menores solicita mantener contacto con éstos y que sea cumplido el régimen de visitas que ha sido entorpecido por la madre de los menores

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

Los presupuestos para que la acción de tutela proceda contra particulares se dan (i) cuando está encargado de la prestación de un servicio público; (ii) cuando su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo y; (iii) en aquellos eventos en los cuales el accionante se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente al particular accionado.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia en razón al estado de indefensión

La jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la indefensión comporta una relación de dependencia originada en circunstancias de hecho, donde la persona "(...) ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses." En la mayoría de los casos, la ausencia de estas posibilidades jurídicas o fácticas se explica porque el particular demandado actúa en ejercicio de un derecho del que es titular; sin embargo, lo ejerce de una manera irrazonable o desproporcionada, lo que suscita la posición diferencial de poder y una desventaja cuyas consecuencias el otro particular afectado no está en capacidad de repeler. De suerte que, el eventual estado de indefensión en que se encuentre el peticionario ha de ser evaluado por el juez de tutela de cara a las circunstancias particulares que presenta el caso, examinando el grado de sujeción y su incidencia en los derechos fundamentales objeto de amenaza o vulneración.

SUBSIDIARIEDAD RESPECTO DE LOS MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA JUDICIAL EN MATERIA DE FAMILIA

El accionante ha empleado sin éxito alguno las herramientas que el ordenamiento jurídico,

en su especialidad de familia y penal, dispone para los administrados, pues hasta ahora han resultado completamente ineficaces para la protección de sus derechos y los de sus hijos. Cuando se trata de casos en los que se encuentran involucrados los derechos de niños y niñas, como sujetos de especial protección constitucional, el juez debe evaluar con especial atención la idoneidad y la eficacia del medio ordinario para determinar si el mismo puede garantizar el principio pro infans. Lo anterior, por cuanto además de los derechos del peticionario, se encuentran comprometidos los derechos de sus hijos, dos niños, merecedores de una particular protección por la familia, la sociedad y el Estado. Esta Corporación ha indicado que aunque existan mecanismos para hacer efectivos los fallos de los jueces de la República, si se presentan situaciones frente a las cuales su acción resulta truncada, la tutela se convierte en el medio idóneo para tal fin, como instancia dotada del suficiente poder frente a autoridades o particulares renuentes al cumplimiento de los derechos fundamentales protegidos por una providencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

Los artículos 86 de la Carta y 6 del Decreto 2591 de 1991, establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Colegiatura, puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) Que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Obligación de la familia, la sociedad y el Estado asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral

La jurisprudencia constitucional ha señalado el alto valor jurídico y social de la familia, como núcleo del desarrollo integral y simultáneo de derechos humanos de la infancia. De allí que ignorar la protección al tejido familiar, aun cuando sus miembros se encuentren separados por alguna circunstancia, implica la amenaza seria a los derechos fundamentales de sus

integrantes, especialmente de los niños involucrados. tanto el orden jurídico interno, como ciertas herramientas internacionales de derechos humanos, introducen un claro mandato a favor de mantener un vínculo sólido entre los padres y sus hijos, sin importar la configuración misma del grupo familiar, siendo posible su separación, únicamente por la autoridad de familia competente y por motivos excepcionales a la luz del principio pro infans.

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Derecho de los padres biológicos a mantener contacto con sus hijos

El padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos. A través del derecho de visitas y su reglamentación por la autoridad de Familia correspondiente, el legislador, de un lado, previó un mecanismo que le permite al menor interactuar y seguir desarrollando relaciones afectivas con sus padres, así como recibir de éstos el cuidado y protección especial que demanda. Esta Corporación ha manifestado que el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse no sólo a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen, sino a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia

DERECHO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A SER VISIBILIZADOS Y A QUE SU OPINION SEA TENIDA EN CUENTA PARA LA ADOPCION DE LAS DECISIONES QUE LOS AFECTEN

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Orden a particular facilitar toda la información al peticionario relacionada con los datos de localización de los menores

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Orden a particular mantener informado al actor de los asuntos relacionados con sus hijos

Referencia: expediente T- 4.025.750

Acción de tutela instaurada por Javier contra Patricia y como entidades vinculadas el ICBF-Centro Zonal de Usaqué, la Comisaría II de Familia de Chía y el Juzgado II Promiscuo de

Familia de Zipaquirá.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil catorce (2014).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá- Cundinamarca- el 2 de julio de 2013, y en segunda instancia, por el Juzgado Trece Civil del Circuito de la misma ciudad el 19 de septiembre de 2013, respecto de la acción de tutela presentada por Javier actuando en nombre propio y en representación de sus hijos Sara y Julián contra Patricia;^[1] y como entidades vinculadas el ICBF- Centro Zonal de Usaquén, la Comisaría II de Familia de Chía y el Juzgado II Promiscuo de Familia de Zipaquirá.^[2]

I. ANTECEDENTES

Cuestión preliminar

Con el propósito de proteger la intimidad de los menores involucrados en el asunto bajo Revisión y en aras de hacer efectivo el principio constitucional que garantiza la salvaguarda de su interés superior, la Sala omitirá de esta providencia y de toda futura publicación de la misma sus nombres reales, así como los de sus progenitores. En consecuencia, los niños cuya identidad se protege serán llamados Sara y Julián; su padre, el accionante, será llamado Javier y su madre, la accionada, Patricia.

1.1. Hechos relevantes

1.1.1. Fundamentos del escrito de tutela

a) Durante su matrimonio, celebrado el 13 de noviembre de 2004, Javier y Patricia concibieron dos hijos, Sara y Julián, de seis y ocho años respectivamente.

b) El 25 de octubre de 2011, Patricia presentó una denuncia por violencia intrafamiliar contra su esposo ante la seccional de fiscalías de Chía, solicitando el desalojo de Javier de su residencia familiar como medida de protección, puesto que se habían presentado conflictos entre la pareja motivados porque éste “(...) no colabora[ba] con nada para la casa, ni para los niños, ni colegios, nada, [encontraba] en la casa la comida, sitio donde vivir, porque [ella] paga[ba] la casa, hipoteca y sobre hipoteca de la casa (sic), servicios y todos los gastos (...) y que quisiera estar sola en la casa con los hijos(...)”.[3]

c) El proceso fue remitido a la Comisaría II de Familia de Chía, quien para decidir, el 11 de enero de 2012, solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses la práctica de una valoración por psiquiatría a los cuatro miembros de la familia, con el fin de determinar si habían experimentado algún tipo de daño psicológico; así como de establecer si existía riesgo a la integridad del padre por autoagresión; instrumentalización de los infantes en el conflicto o posibilidad de alienación parental.[4]

d) A la cita para el referido examen[5] solo asistió Javier, de quien se concluyó que presentaba rasgo de personalidad ansiosa, sin configurarse un cuadro de enfermedad mental ni amenaza para la familia y que debía, junto con los demás miembros de la misma, asistir a psicoterapia.[6] Patricia, sin explicación alguna, no se presentó, ni tampoco llevó a sus hijos al examen ni a las terapias, a pesar de que la Comisaría de Familia insistió en la importancia de dichas actividades con el fin de establecer el tratamiento del grupo familiar.

e) El dos de febrero de 2012, la Comisaría II de Familia de Chía, al resolver el caso, ordenó a los cónyuges mantener residencias separadas, y se abstuvo de imponer la medida de desalojo al peticionario, contemplada en el artículo 5° de la Ley 294 de 1996, porque, de las pruebas obrantes en el plenario, Javier no representaba una amenaza para la vida, integridad física o salud de los miembros de la familia. Esta decisión fue impugnada por la actora y el Ministerio Público, al considerar que no se había tomado ninguna medida que protegiera a los menores; sin embargo, la apelación fue resuelta desfavorablemente por el Juzgado II de Familia de Zipaquirá quien, mediante providencia del 28 de marzo de 2012,

confirmó lo ordenado en primera instancia, argumentando que la misma había respetado el debido proceso de las partes y que se encontraba sustentada en el material probatorio válidamente recaudado.[7]

f) Dentro del citado trámite, el 12 de marzo de 2012, el Juez II de Familia de Zipaquirá reguló provisionalmente la custodia y cuidado personal de los menores en cabeza de la madre, sin perjuicio de los derechos de éstos en relación con su padre y viceversa, por lo que se regularon las respectivas visitas, así: Javier podría recoger a sus hijos los viernes cada 15 días entre las 4:00 p.m y 6:00 p.m en la nueva residencia de la progenitora, ya que él se quedó en la casa donde residían, y regresarlos el domingo o lunes festivo, según fuera el caso, en el mismo rango horario.[8]

g) Durante los meses siguientes, marzo, abril, mayo y junio de 2012, el accionante se presentó insistentemente en la residencia de la madre y de los niños con el fin de que se cumplieran las visitas; sin embargo, las mismas difícilmente pudieron llevarse a cabo, puesto que los empleados de la portería le informaban que sus hijos habían salido y desconocían su hora de llegada, o impedían la entrada al demandante, informándole que por órdenes de Patricia, sus hijos no estaban autorizados a salir con nadie.[9]

h) El 19 de junio de 2012, debido al incumplimiento del régimen de visitas, el accionante presentó denuncia penal contra la madre de los menores por ejercicio arbitrario de la custodia; sin embargo, el fiscal del caso archivó las diligencias penales por atipicidad de la conducta, puesto que si “(...) el padre en quien recae el derecho de custodia del menor, impide que el otro visite al menor, NO es considerado por el legislador penal, como punible (...)”. En todo caso, el funcionario invitó a las partes a zanjar sus diferencias, dado que los únicos perjudicados eran sus hijos y carecía de todo sentido que quienes les provocaran daño fueran sus propios padres, por lo que el 23 de agosto del mismo año, el caso fue remitido a la Defensoría de Familia, a fin de adelantar la respectiva amonestación por violación al régimen de visitas.

i) Por la misma época, Javier presentó a la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia una solicitud de restricción para que sus hijos no salieran del país, petición que fue registrada y aprobada el 10 de julio de 2012, dado que, según el demandante, la accionada habría entrado meses atrás a la que fuera su residencia, para sustraer los

pasaportes de los niños, que están actualmente en poder de ésta.[10]

j) Ante el Centro Zonal Usaquén del ICBF, el 21 de agosto de 2012 se llevó a cabo por solicitud de Javier, audiencia de revisión de custodia y cuidado personal de sus menores hijos, dado que aún se mantenía el incumplimiento por parte de Patricia, del régimen de visitas fijado por el Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá.[11] Debido a que no se llegó a ningún acuerdo, la Defensora de Familia decidió establecer que, para asegurar los derechos que le asistían tanto al padre como a sus hijos, las visitas se llevarían a cabo en ese Centro Zonal los viernes de 3:50 p.m a 4:50 p.m. Asimismo, se ordenó la visita domiciliaria al lugar de residencia de los niños.[12]

k) De acuerdo con lo evaluado en la visita domiciliaria y con las sesiones vigiladas que tuvieron los niños en compañía de su padre, el 2 de octubre de 2012 la defensora de familia procedió a instalar la audiencia de que trata el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 para tomar una decisión respecto del proceso iniciado el 21 de agosto del mismo año, ordenando (i) que para garantizar el desarrollo integral de los menores era adecuado que se mantuvieran bajo la custodia de su madre, (ii) que el padre podría visitarlos en su lugar de habitación en compañía de una persona de confianza de la madre los sábados de 9:00 a.m. a 2:00 p.m. y los domingos de 2:00 p.m. a 5:00 p.m.,[13] y (iii) que el padre debía asistir a un proceso terapéutico para recibir pautas de crianza y desempeño de rol de padre y anexar el correspondiente certificado de haber asistido y culminado este proceso.

l) No obstante el anterior acuerdo, en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012, así como en enero de 2013, al momento de cumplirse las visitas, se siguieron presentando dificultades, principalmente porque no había nadie en el inmueble, los niños no se encontraban o porque su madre no les permitía salir.[14]

m) Adicionalmente, el accionante presentó una acción de tutela contra la institución educativa de sus hijos en Bogotá, debido a que por orden de la señora Patricia, tenía prohibida la entrada al plantel, el acceso a la información académica de los menores y cualquier acercamiento con los mismos. En sentencia del 12 de diciembre de 2012, los derechos del señor Javier fueron amparados y en consecuencia, le fue permitido el ingreso a la institución, el libre conocimiento del desempeño de sus hijos y contacto con ellos. Esta providencia fue confirmada en segunda instancia el 21 de febrero de 2013.

n) El 24 de enero de 2013, se dio inicio a nueva audiencia de revisión de visitas, en la que se analizaron los resultados de la última valoración psiquiátrica de Javier, efectuada dos días antes: “NO PRESENTA ENFERMEDAD MENTAL, es una persona responsable y consciente de sus actos y puede auto proveerse y determinarse. // Las reacciones depresivas ansiosas, señaladas en sus historias psiquiátricas y psicológicas, han correspondido a reacciones de ajuste en crisis (sic) situaciones y de adaptación, por su separación y pérdida del hogar. Es necesario que pueda hacer vida familiar de padre al cuidado de sus hijos.” Asimismo, se allega el concepto de la Dra. Pilar Galeano, quien considera que “(...) cada uno de los progenitores presentan niveles de neurosis altos que les impide descentrarse de si mismos, lo que no facilita un proceso terapéutico de comunicación, por lo tanto es urgente que cada uno asuma un proceso de intervención independiente. Por otra parte es importante que los niños tengan acceso claro a ambos ya que tanto [Javier] como [Patricia] cuentan con roles y vínculos adecuados para sus hijos a pesar del conflicto que manejan.”

Considerando tales informes, y que el padre de los menores había cumplido con lo ordenado en la audiencia del 2 de octubre pasado, la defensora fijó un nuevo horario de visitas cada 15 días[15] y le solicitó a las partes respetarse mutuamente, no desdibujar la imagen del otro y generar canales de diálogo.

ñ) El 31 de enero de 2013 se efectuó un nuevo requerimiento judicial a Patricia para que se abstuviera de entorpecer el régimen de visitas fijado por el Juzgado II Promiscuo de Familia de Zipaquirá.

o) En el transcurso de la audiencia de que trata el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C), mediante sentencia proferida el 22 de febrero de 2013 por el Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá, de mutuo acuerdo las partes dispusieron la cesación de los efectos civiles de su matrimonio católico y en consecuencia, se declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal. Asimismo, se aprobó un arreglo en relación con las medidas aludidas en numeral 4 del artículo 444 ibídem, declarando que el cuidado de los hijos comunes se confiaría a la madre, la patria potestad sería ejercida por ambos progenitores, y sobre el suministro de alimentos y el derecho a las visitas se estipularon las siguientes condiciones: “A partir del 2 de marzo de 2013, el padre podrá retirar de su residencia a los niños cada 15 días sobre las 9 am del día sábado, comprometiéndose a devolverlos al mismo lugar, el día domingo sobre las 6 pm o del lunes festivo según el caso.

Las vacaciones de semana santa comenzarán a disfrutarse con el padre y el receso escolar de septiembre u octubre con la madre y de manera alternada en los años subsiguientes. (...)” Finalmente, los intervinientes se comprometieron a poner fin a cualquier acción judicial o administrativa que se encontrara en curso entre ellos.

p) El 5 de abril de 2013, el peticionario presentó ante el Juez II de Familia de Zipaquirá otra queja por el incumplimiento del régimen de visitas de parte de Patricia.[16] El funcionario atendió la solicitud y, mediante Auto del 7 de mayo del mismo año, requirió a la demandada de conformidad con el artículo 326 del C.P.C, para que se abstuviera de entorpecer el derecho de visitas de Javier y atendiera los demás acuerdos refrendados el 22 de febrero de 2013.

q) El 14 de mayo de 2013, ante la falta de cumplimiento de la madre de dichas órdenes,[17] el actor se presentó nuevamente al despacho judicial, acompañando su queja, ésta vez, con las sentencias de tutela que habían amparado sus derechos contra el colegio de sus hijos, recordando que en aquella oportunidad, entre otras cosas, habían requerido la intervención del ICBF a fin de que se adoptaran las medidas necesarias para que los derechos de los menores no se vieran afectados, entre ellos el de las visitas. Como respuesta a la solicitud, el tres de septiembre de 2013, el Juez requirió una vez más a la demandada en orden a que diera cumplimiento a lo aprobado en la citada sentencia de cesación de efectos civiles.

1.1.2. Ocurridos con posterioridad a las sentencias de instancia

a) A mediados de octubre de 2013, según información de la institución educativa y representantes del edificio, los niños no volvieron al colegio y desalojaron, junto a su madre, el apartamento donde residían en la ciudad de Bogotá.

b) Ante el desconocimiento del paradero de sus hijos y la falta de respuesta de la madre a las llamadas y correos electrónicos del accionante, el 28 de noviembre de 2013, Javier radicó ante esta Corporación la activación del mecanismo de búsqueda urgente de personas desaparecidas de conformidad con la Ley 971 de 2005, del cual esta Corporación se abstuvo de conocer, argumentando que la Corte carece de superior jerárquico, y en tal sentido no era posible garantizar el principio de doble instancia. Por este motivo, le sugirió al peticionario la radicación de su solicitud ante una autoridad judicial con superior

jerárquico.

c) Presentado el mecanismo ante la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 18 de diciembre de 2013, la Fiscal correspondiente dio con el paradero de la accionada y sus hijos en la ciudad de Cali; sin embargo, por solicitud expresa de la madre de los menores, se reservó frente a Javier la información sobre el domicilio y demás datos de ubicación. Indicó que al ser ajena al conflicto familiar y sin la certeza sobre la existencia de alguna medida de protección de los niños frente al padre, no era de su competencia brindar tales datos, por lo que remitió el caso a otra unidad fiscal con el fin de que fuera investigada la eventual configuración de la conducta por ejercicio arbitrario de la custodia de parte de la madre. Sin embargo, las diligencias fueron archivadas nuevamente por atipicidad de la conducta, con base en las mismas razones del hecho h).

d) Gracias a una acción de tutela, el 5 de diciembre de 2013 al accionante le fue puesto en conocimiento, la respuesta a un derecho de petición que había presentado con anterioridad al mecanismo de búsqueda ante el condominio donde residían sus hijos y excónyuge, para indagar sobre el paradero de aquellos. En la misma, el representante de la propiedad horizontal, de forma contraria a las indagaciones de la fiscal, informa que la accionada y los menores si residen allí.

e) Finalmente, el accionante manifiesta que en la mayoría de las actuaciones adelantadas durante este tiempo ante la Fiscalía, la Comisaría y la Defensoría de Familia, Patricia siempre ha solicitado la intervención de la Procuraduría, a través de sus más cercanos compañeros, toda vez que ocupa un alto cargo en esta institución y de este modo, ha logrado que la veeduría de los procesos esté a su favor y las denuncias sean archivadas.

f) El 17 de febrero de 2014, el Juzgado II Promiscuo de Familia de Zipaquirá recibió otra reclamación del accionante relacionada con el ya persistente desacato de la madre al régimen de visitas y solicitó al despacho un pronunciamiento concreto “sobre la posibilidad de revisión y/o cambio de la custodia de los menores en aras de proteger sus derechos”.

1.2. Solicitud

De acuerdo con los hechos anteriores, el peticionario solicitó al juez constitucional amparar sus derechos y los de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, y que, para

el efecto, se ordene a Patricia: (i) que cumpla con el acuerdo voluntario que se suscribió respecto del régimen de visitas en la audiencia del 22 de febrero de 2013;(ii) que se practique los exámenes psiquiátricos y psicológicos en Medicina Legal por alienación, maltrato psicológico e instrumentalización parental; (iii) que permita que los niños también puedan ser evaluados en el mismo sentido y por dicho instituto; (iv) que se someta a tratamiento psicológico; y (v) que de cambiar su residencia o teléfonos, fijo o celular, le informe de esta situación.

1.3. Contestación de la accionada

De forma extemporánea el 3 de julio de 2013, la demandada dio respuesta a la acción de tutela, señalando que no se presentaba ninguna de las hipótesis bajo las cuales procediera la tutela contra particulares, y que tampoco se cumplía con el requisito de subsidiariedad, puesto que no se habían agotado otros mecanismos, como el contemplado por los artículos 82 a 86 y 99 de la Ley 1098 de 2006. Por estas razones, la demandada considera que es impertinente pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Aun así, comenta que los niños no desean estar con su padre ni disfrutan de su compañía, lo que es posible ratificar con los conceptos psicológicos del 1 de mayo de 2013, emitidos por profesionales de Ingenia.[18]

1.4. Respuesta de la vinculada

Por su parte, el 21 de junio de 2013, la defensora de familia del Centro Zonal de Usaquén-ICBF- aportó copias de las actuaciones relacionadas con el proceso de revisión de custodia y visitas de Sara y Julián, y aseguró que se habían hecho los requerimientos respectivos a la demandada para que cumpliera con lo estipulado en audiencia del 2 de octubre de 2012.

Mediante sentencia del 2 de julio de 2013, el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que existían mecanismos judiciales y administrativos contemplados por el Código de Procedimiento Civil y de la Infancia y la Adolescencia que el peticionario no había agotado, y que en ese sentido, no se cumplía con el requisito de subsidiariedad.

En la oportunidad procesal debida, el demandante impugnó la decisión de primera

instancia, argumentando que a pesar de haber presentado requerimientos, quejas y denuncias, ninguno de los mecanismos se había mostrado eficaz ante la vulneración actual de sus derechos y los de sus hijos.

1.6. Sentencia de segunda instancia

Mediante pronunciamiento del 19 de julio de 2013, el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia, reiterando que el peticionario contaba con mecanismos judiciales para alegar el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la sentencia del 22 de febrero de 2013. Adicionalmente, señaló que, estando la acción dirigida contra un particular, no se configuraba ninguna de la hipótesis para su procedencia.

2. Actuaciones surtidas en sede de revisión

2.1. Pruebas solicitadas

2.1.1. Mediante auto del 10 de febrero de 2014, advirtiendo que en el trámite de esta acción constitucional no se vinculó al Juzgado II de Familia de Zipaquirá ni a la Comisaría II de Familia de Chía, el despacho del Magistrado Sustanciador procedió a hacerlo, en tanto, de conformidad con la Ley 1098 de 2006, aquellas son las autoridades encargadas de garantizar el reestablecimiento de los derechos de los niños involucrados, y en ese sentido, además de conocer sobre los conflictos suscitados entre demandante y demandada, son los llamados a promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar o que se determinen eventualmente en este proceso de tutela.[19]

2.1.2. En la misma providencia, con el fin de esclarecer las razones de resistencia de la madre de los menores para que fueran visitados por su padre, este despacho envió un cuestionario para conocer su versión al respecto y los móviles de su conducta.[20] Asimismo, ante la duda respecto del paradero cierto de la demandada y los menores, también se ofició a la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia para que informaran sobre los posibles intentos de salida del país; a la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia sobre los resultados y el desarrollo del mecanismo de búsqueda; al representante del condominio residencial en Bogotá, respecto de la estadía de la accionada y los niños en dicho lugar, y a la Procuraduría General de la Nación sobre el lugar de trabajo y vivienda de la accionada.[21]

2.1.3. Por otro lado, como quiera que la Procuraduría en asuntos de Familia y en lo Penal participó de la mayoría de las actuaciones relacionadas en este caso, el Magistrado Sustanciador solicitó a la entidad información puntual sobre el momento y el sentido de sus intervenciones.[22] Finalmente, debido a que en el expediente solo se encontraban una amonestación y varios requerimientos a la demandada frente a su comportamiento, era ineludible consultar al Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá y a la Comisaria II de Familia de Chía (ICBF) sobre qué otras medidas tomaron en el caso estudiado y cuáles medidas policivas, judiciales o administrativas aplicarían a la situación particular para lograr el cumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre de los niños.[23]

2.1.4. El 21 de febrero de 2014, con relación a su vinculación en el trámite de tutela, el Juzgado II Promiscuo de Familia de Zipaquirá relató sobre las actuaciones llevadas a cabo por ese despacho en el marco del proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico, promovido por Patricia contra Javier, refiriéndose a los acuerdos sobre la custodia, el cuidado, los alimentos y el derecho de visitas de sus hijos comunes e igualmente narrando las actuaciones posteriores en orden a lograr el cumplimiento de los mismos, especialmente, el del régimen de visitas.

2.1.5. Asimismo, siendo preguntado por el tipo de medidas recomendables en estos casos para lograr el cumplimiento del régimen de visitas sin afectar la esfera de derechos fundamentales de los menores, el mismo Juzgado, por memorial recibido en esta Corporación el 24 de febrero del año calendario, indicó que: “Ante las circunstancias sobrevinientes, entre ellas el cambio de domicilio de la progenitora y de los niños [], y las vicisitudes a las que ha sido sometido el padre para entrevistarse con sus hijos,- surgiría la necesidad de replantear el régimen de visitas, v gr., determinando que el padre pueda compartir con ellos en la ciudad de Cali cuando a bien tenga, sin limitaciones ni restricciones distintas de las que imponen el respeto por el contexto de la situación personal y/o familiar de la progenitora con posterioridad a su divorcio; claro está, con el compromiso de que ésta cumpla, y que el padre pueda contar, con el auxilio de la Policía de la Infancia y la Adolescencia, ora de la Comisaría de Familia, (y no para que estén a su lado en el transcurso de la visita) sino para asegurar la entrega de los niños al padre y su devolución a la residencia de la madre.”[24]

2.1.6. La Comisaría Segunda de Familia de Chía, mediante oficio enviado vía fax a esta

Corporación el 27 de Febrero de 2014, se entendió vinculado a la acción de tutela y para el efecto relacionó algunas de las diligencias que se habían adelantado ante su despacho, como el trámite de violencia intrafamiliar, las valoraciones psicológicas practicadas a los miembros de la familia y la audiencia de conciliación fallida del 11 de enero de 2012.

2.1.7. De otra parte, respecto de los cuestionamientos en orden a determinar las medidas para el cumplimiento del régimen de visitas en la situación particular que hoy presencian los niños, el Comisario refirió que la función de esta dependencia se limitaba “(...) a agotar la etapa administrativa de la conciliación con base en la Ley 640 de 2001, (...) [por lo que] se sale de la órbita de comisaría de familia decidir sobre esos eventos. Adicionalmente la Ley 1098 de 2006 establece cuáles son las funciones del comisario.”

2.1.8. Mediante oficio enviado a través de la Fiscalía General de la Nación, el 25 de febrero de 2014, la Secretaría de esta Corporación recibió la respuesta al cuestionario enviado a la demandada, con el cual se pretendía averiguar las razones de su comportamiento frente al cumplimiento del régimen de visitas.

En primer lugar, afirmó que jamás había impedido que los niños tuvieran contacto con su padre, y que por el contrario, siempre trataba de convencerlos para que fueran con Javier a los sitios o eventos que él los invitaba. Sin embargo, señala que fue él mismo quien se encargó de que ellos mostraran resistencia a su compañía, pues les prometía cosas que no cumplía y en ocasiones trataba de llevárselos violentamente, para lo cual anexó a su respuesta unos videos de seguridad de la portería del conjunto residencial. Con todo, al ser revisados los dispositivos, la Sala no encontró ninguna conducta violenta de Javier hacia sus hijos; por el contrario, se le observó en repetidas ocasiones solo o conversando con los encargados de la seguridad del edificio, y de forma muy tranquila; en otras oportunidades los niños se reunieron con él y salieron del lugar.[25]

Expresa que los niños se preguntan constantemente “(...) porque (sic) no pueden vivir en su casa, haciendo comparaciones con compañeros de colegio donde sus padres también son separados pero viven en su casa, donde pese a tener unas vacaciones programadas al exterior su propio padre no autoriza el permiso para salir del país.”

Sobre el proceso de liquidación de sociedad conyugal que cursa ante el Juzgado II Promiscuo de Familia de Zipaquirá, señala que el accionante “(...) solicitó un amparo de

pobreza, el cual no puede ser objetado por la contraparte y le fue concedido por el juez, pese a vivir en una casa estrato seis para él solo, mientras los niños no pueden disfrutarla.”

Asegura que todo el andamiaje construido con el fin de desacreditarla por su condición de trabajadora de la Procuraduría, las múltiples acciones judiciales contra ella, las tutelas contra el colegio de los niños en Bogotá, y la participación de Javier como víctima en un programa de televisión (donde el tema central era el abuso sexual a menores- Canal 107 de Claro dirigido por la periodista Camila Zuluaga), son conductas que a largo plazo han generado en sus propios hijos una actitud de rechazo frente a él, recordando que, ante todo, han sido las promesas sin cumplir, como llevarlos a los cumpleaños de sus amiguitos excusándose en que no tiene plata, lo que para los niños ya resulta injustificable. En este sentido, refiere que después de esta situación es impensable que a una madre se le exija por la fuerza que a dos niños, que ya tienen uso de razón y perciben su propia realidad, se les obligue a “(...) [ir] con quien los maltrata, así sea su propio padre.”

Advierte que a partir de los informes psicológicos realizados por “Ingenia”, por la Comisaría II de Familia de Chía y por el ICBF, además de la valoración por psiquiatría forense en Medicina Legal, se puede concluir la cantidad de temores, inseguridades, prohibiciones y promesas incumplidas que les genera la imagen paterna, por lo que no se puede autorizar el libre contacto y comunicación de Javier con sus hijos.

Sobre su traslado a la ciudad de Cali, aseguró que éste no fue motivado para evitar la presencia del demandante o el contacto con sus hijos. Subrayó que aceptó este cambio laboral, pensando en asumir su profesión en mejores condiciones para brindarles a los niños una mínima estabilidad psicológica y económica, puesto que ella es quien tiene toda la responsabilidad para proveerles sus necesidades básicas, depende enteramente de su trabajo y el padre solo cumple con una cuota alimentaria de \$150.000 para cada uno. Agrega que Javier en su papel de víctima, sigue negando que ella le informó de su traslado, de lo cual fue testigo su apoderado, debido a que lo hizo por directa indicación suya cuando terminó la audiencia del 22 de febrero de 2013, “(...) pese a que para entonces era sólo una expectativa, tal como se lo [indicó] (...).”

Narra que, desde el punto de vista económico, Javier asume “(...) una actitud tranquila,

pasiva y cínica en el rol de ex esposo mantenido (...)”, pues es ella quien sigue pagando el crédito hipotecario de la casa familiar en la que vivían, a pesar de que sea él quien la ocupe actualmente, mientras la madre se encuentra viviendo en un apartamento alquilado y sin tantas comodidades. Más aún señala, que el demandante, quien no trabaja, ha llegado al punto de enviarle correos para que pague la cuota de administración de la vivienda familiar, la cual se encuentra en mora.[26]

En relación con la valoración psiquiátrica por Medicina Legal ordenada por la Comisaría II de Familia de Chía, indicó que fue ella quién la solicitó, pero solo para Javier y que posteriormente renunció a dicha prueba para evitar la revictimización de los niños cuando la comisaría la ordenó para el grupo familiar. Igualmente, sostiene que con la renuncia se proponía darle mayor celeridad al proceso para que se ordenaran las medidas de protección incoadas, a pesar de que al final no se concedieron.

Finalmente, aclara que la solicitud de reserva hecha a la fiscal que adelantó el mecanismo de búsqueda urgente, se formuló por el continuo acoso y persecución de Javier sobre ella y sus hijos, pues “el infierno vivido por los niños en Bogotá, las amenazas y decepciones por promesas no cumplidas fueron a [su] entender razones suficientes.” Como indicaciones de esto, anota haber sido sujeto de numerosos reclamos de la administración y los vecinos del conjunto residencial en Bogotá porque Javier “(...) se presentaba a altas horas de la noche (9, 10, 11 pm) a recoger a sus hijos y muchas veces, en compañía de la Policía.”[27] Asimismo, destaca que recibió repetidos llamados de atención porque el accionante acostumbraba a dejar correspondencia personal en su lugar de trabajo, lo que estaba prohibido por cuanto no era de carácter oficial de la entidad.[28]

Para concluir, afirma que la “(...) experiencia que [han] vivido y [siguen] viviendo al tener forzosamente que sostener una persona afectada mental y emocionalmente; pagar las cuotas de la casa porque es de [sus] hijos y no dese[a] que se pierda para ellos aunque sólo él la disfrute; ver a [sus] hijos presenciar escándalos que siempre [les] hizo en público, pero ante todo por asumir la actitud dejada y cínica de quien desea seguir siendo mantenido por su ex esposa en estrato seis, serían razones suficientes para proceder en forma más enérgica, pero [entiende] que lamentablemente no lo [puede] hacer y por ello [espera] que cese cuanto antes esta situación ya que se hace insostenible”.

2.1.9. Por otro lado, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Migración Colombia, el 19 de febrero de año actual, informó que al consultar el sistema Platinum de la Unidad Administrativa Especial, no se encontró, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 hasta el 16 de febrero de 2014, ningún registro de salida del país a nombre de la accionada ni de los menores.

2.1.10. Por su parte, la Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, mediante oficio recibido por la Secretaría de esta Corporación el 17 de febrero de 2014, remitió copia íntegra del expediente que correspondió a la solicitud de activación del mecanismo de búsqueda urgente de personas desaparecidas, explicando que una vez ubicados Patricia y los niños, se verificó que no fueron víctimas de ningún delito por presunta desaparición y que su traslado había sido voluntario. Asimismo, anotó que dentro de las actividades realizadas, se estableció que la demandada se encontraba trabajando en la Procuraduría Delegada de la ciudad de Santiago de Cali.

2.1.11. El 21 de febrero de 2014, respecto de lo consultado, la representante de la propiedad horizontal del condominio residencial en Bogotá indicó que desde octubre de 2013 ni la demandada ni los niños viven allí y que la propietaria del inmueble es la madre de Patricia, quien tampoco reside actualmente en dicho lugar y lo conserva en arrendamiento.

2.1.12. Mediante respuesta del 18 de febrero de 2014, el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, certificó que Patricia se había desempeñado en el cargo de Procuradora Judicial en Bogotá desde el 10 de julio de 2009 hasta el 25 de agosto de 2011, fecha para la cual fue enviada, en comisión especial sin remuneración, a desempeñar un cargo en la Rama Judicial hasta el 19 de diciembre de 2012. El 20 de diciembre de 2012, nuevamente como Procuradora Judicial laboró en la ciudad de Bogotá hasta el 9 de octubre de 2013, fecha en que fue trasladada a la ciudad de Cali hasta la actualidad.

Con respecto al requerimiento hecho al Ministerio Público -Procuraduría General de la Nación- sobre los términos de su intervención en las distintas actuaciones adelantadas por las partes, el 21 de febrero de 2014, informó haber concurrido a la Comisaría II de Familia de Chía, por iniciativa de Patricia, para velar por el interés superior de los menores en el

trámite administrativo por violencia intrafamiliar. Asimismo, señaló que intervino en el proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico y que había dado respuesta, el 4 de octubre de 2013, a un derecho de petición elevado por el accionante. Finalmente, respecto de la inquietud del despacho sustanciador relacionada con las acciones adelantadas de su parte para lograr el cumplimiento de las decisiones de la Comisaría y el Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá no se pronunció.

2.1.13. El 19 de febrero de 2014, la Defensora de Familia del Centro Zonal Usaquén, envió un sucinto informe sobre las actuaciones que se habían adelantado en dicha dependencia relacionadas con la revisión de custodia y visitas de los menores Sara y Julián, acreditando la información obrante en el expediente.

II. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

2.1. Inicialmente, esta Sala debe aclarar que, tal como se vio en los capítulos respectivos, los hechos que motivaron la interposición de la acción de tutela han presentado variaciones relevantes para la solución del caso, razón por la que la Corte no solo se pronunciará sobre los aspectos conocidos y expuestos por los jueces de instancia sino sobre todos los acontecimientos ocurridos con posterioridad a dichas providencias y que constituyen pieza fundamental para una decisión en esta sede.

2.2. En el caso objeto de revisión, Javier, padre de Sara y Julián, de seis y ocho años respectivamente, solicita que se amparen sus derechos y los de sus hijos a tener una familia y a no ser separados de ella, por cuanto, Patricia, la madre de los menores, ha impedido que se genere un contacto paterno-filial. Desde el momento en que las partes se establecieron en residencias separadas- febrero de 2012-, el peticionario señala que ha encontrado múltiples dificultades para tener contacto con sus hijos, incluso, después de

haberse declarado la cesación de efectos civiles del matrimonio católico y de haberse llegado a importantes acuerdos respecto de la custodia, cuidado personal y visitas, refrendados por el Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá en febrero de 2013. Sin embargo, según Patricia, el presunto incumplimiento al régimen de visitas alegado por Javier proviene del propio comportamiento de éste, señalando que ha acudido a ver a sus hijos en días y horarios no apropiados para ello.

Igualmente, el peticionario señala que la decisión de Patricia de trasladar a los niños de ciudad ha afectado la relación entre él y sus hijos, dado que desconoce su paradero y el estado en el que se encuentran.

Por último, a las pretensiones de Javier por compartir con sus hijos, mediadas por múltiples quejas, denuncias y requerimientos, se oponen las manifestaciones de Patricia, quien afirma que su interés es proteger a sus hijos de un padre que, en su criterio, no les brinda seguridad ni tranquilidad, motivo por el que ellos rechazan su compañía.

2.3. En consideración a lo anterior, esta Sala deberá analizar si Patricia, ejerciendo la custodia de sus hijos, ha vulnerado los derechos de éstos y los del Javier, quien aún conserva la patria potestad, a la familia y a no ser separados de ella, si desconoce el régimen de visitas ya establecido por un juez de familia, se reserva la ubicación y el estado de los menores y evita los canales de comunicación entre aquellos, argumentando que lo hace con el propósito de proteger a sus hijos de la inseguridad y la falta de tranquilidad que el demandante les genera.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1. Procedencia de la acción de tutela contra particulares. Indefensión del accionante.

3.1.1. En razón de que la accionada es una persona natural, es necesario determinar si se materializan los presupuestos de procedibilidad para el ejercicio de la acción en este escenario.

De conformidad con el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y el numeral 4º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, los presupuestos para que la acción de tutela proceda contra particulares se dan (i) cuando está encargado de la prestación de un

servicio público; (ii) cuando su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo y; (iii) en aquellos eventos en los cuales el accionante se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente al particular accionado. Para el caso bajo estudio, es la última hipótesis la que interesa analizar a la Sala.

3.1.2. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la indefensión comporta una relación de dependencia originada en circunstancias de hecho,[29] donde la persona “(...) ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses.”[30]

3.1.2.1. En la mayoría de los casos, la ausencia de estas posibilidades jurídicas o fácticas se explica porque el particular demandado actúa en ejercicio de un derecho del que es titular; sin embargo, lo ejerce de una manera irrazonable o desproporcionada,[31] lo que suscita la posición diferencial de poder y una desventaja cuyas consecuencias el otro particular afectado no está en capacidad de repeler. De suerte que, el eventual estado de indefensión en que se encuentre el peticionario ha de ser evaluado por el juez de tutela de cara a las circunstancias particulares que presenta el caso, examinando el grado de sujeción y su incidencia en los derechos fundamentales objeto de amenaza o vulneración.[32]

3.1.3. Así las cosas, la Sala encuentra que las facultades propias que se derivan del ejercicio de la custodia y el cuidado personal, sitúan a la madre en una posición de evidente ventaja sobre el padre de los niños, puesto que ella, amparada en el mismo ordenamiento jurídico, puede decidir y disponer sobre los horarios, las actividades, el tiempo y la autonomía de aquellos. En ese orden, se observa que todas las conductas que se le atribuyen a Patricia orientadas a limitar la reunión entre Javier y sus hijos constituyen típicos ejemplos de lo anterior, como manifestaciones de la superioridad en el ejercicio del poder frente a estos últimos y que, como habrá de ser analizado por esta Sala, pueden desbordar el propio límite de las competencias parentales, sin que aparezca que el actor cuente con una vía adecuada para lograr una protección real y efectiva frente a dicha situación.

3.1.4. Considerando entonces la posición diferencial de la particular demandada y la

afectación que ello puede generar a los derechos del accionante y sus hijos, debe concluirse que procede la acción de tutela en revisión.

3.2. Subsidiariedad respecto de los medios ordinarios de defensa judicial en materia de familia.

3.2.1. Los artículos 86 de la Carta y 6 del Decreto 2591 de 1991, establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Colegiatura, puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) Que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de allí, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede establecerse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada caso.[33]

3.2.2. En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos donde se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.[34]

3.2.2.1. Teniendo en cuenta los medios de defensa reseñados, judiciales y administrativos, no cabría que el juez constitucional interviniera en temas propios de competencia de las autoridades de familia. Por esta razón, en principio, no sería éste el mecanismo idóneo para

discutir la custodia, el cuidado o el régimen de visitas de los menores Sara y Julián, como quiera que el legislador ha dispuesto vías especializadas para resolver tales conflictos.

Por otra parte, la Sala observa que en este caso no se trata de controvertir el régimen de visitas definido por mutuo acuerdo entre la partes y refrendado por el juez el 22 de febrero de 2013. A partir de una lectura de los hechos y pretensiones de la demanda, es posible concluir que lo que se cuestiona es la actitud y conducta de la madre de los niños, y que la solicitud de amparo se origina en factores de hecho, tales como la reticencia de aquella a cumplir el acuerdo. Por este motivo, lo que debe analizar la Corte en relación con la subsidiariedad es si existen medios idóneos y eficaces en orden a garantizar el cumplimiento de la sentencia del 22 de febrero de 2013 y si fueron agotados por el peticionario, y no, si dicha providencia adolece de algún defecto, dado que ese no es el objeto del reproche.

3.2.2.2. Aclarado que no se trata de cuestionar la medida judicial sino su ejecución, la Sala comprende que la cláusula general de competencia otorgada a las autoridades de familia para resolver los conflictos relacionados con el ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad, puede cobijar aquellos que involucren la ejecución del régimen de visitas, permitiendo que los interesados acudan a solicitar el cumplimiento del mismo a través de requerimientos u otras medidas de protección.

3.2.2.2.1. Precisamente, a lo largo del expediente, se advierte la existencia de innumerables quejas del peticionario presentadas al Juez, al Comisario y a la Defensora de Familia con el fin de obtener el cumplimiento del régimen de visitas, autoridades que a su vez, efectuaron los respectivos requerimientos y amonestaciones a la madre de los niños sin ningún efecto positivo o acatamiento de parte de ésta. Asimismo, Javier presentó alrededor de tres denuncias penales contra Patricia por ejercicio abusivo de la custodia (2) y fraude a resolución judicial (1); sin embargo, las primeras fueron archivadas por la Fiscalía debido a la ausencia de tipicidad y la segunda porque los motivos de la noticia criminal guardaban relación con asuntos de familia, que no debían ser cuestionados por el derecho penal ni por sus mecanismos coercitivos. Más aún, la imposibilidad de Javier de verse con sus hijos llegó a niveles tan críticos, que le llevaron a activar el mecanismo de búsqueda para personas desaparecidas de la Ley 971 de 2005, pues a finales del año 2013 Sara, Julián y Patricia, se trasladaron de domicilio, sin dejar información clara al accionante sobre su paradero.

3.2.2.2.2. De suerte que, desde que las partes viven en residencias separadas- 2012- hasta el momento, cuando el peticionario no sabe con exactitud donde se encuentran sus hijos y no los ve hace más de cinco meses, los niños han tenido dificultades para comunicarse con su padre y viceversa, situación atribuible al comportamiento reticente de la madre no solo frente a las solicitudes hechas por él mismo sino también frente a toda clase de requerimientos y amonestaciones tanto del Juez de familia como de otras autoridades administrativas- comisario y defensora de familia-.

3.2.2.2.3. Visto lo anterior, la Sala encuentra que el accionante ha empleado sin éxito alguno las herramientas que el ordenamiento jurídico, en su especialidad de familia y penal, dispone para los administrados, pues hasta ahora han resultado completamente ineficaces para la protección de sus derechos y los de sus hijos.

3.2.2.3. Por otra parte, de conformidad con los artículos 422 y 426 del Código General del Proceso, se advierte que en principio el proceso ejecutivo sería otra alternativa para garantizar que la sentencia judicial mediante la cual se fijó el régimen de visitas se cumpla y de esta manera el peticionario pueda entrevistarse satisfactoriamente con sus hijos. Sin embargo, cuando se trata de casos en los que se encuentran involucrados los derechos de niños y niñas, como sujetos de especial protección constitucional, el juez debe evaluar con especial atención la idoneidad y la eficacia del medio ordinario para determinar si el mismo puede garantizar el principio pro infans. Lo anterior, por cuanto además de los derechos del peticionario, se encuentran comprometidos los derechos de sus hijos, dos niños, merecedores de una particular protección por la familia, la sociedad y el Estado.

3.2.2.3.1. Al analizar esta última opción, aún cuando el peticionario no ha acudido al Juez de Familia para presentar demanda ejecutiva, esta Sala advierte que tampoco sería el mecanismo idóneo y eficaz para lograr el cumplimiento del régimen de visitas frente al comportamiento de la demandada, pues está visto que las órdenes del propio Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá, quien sería el juez de la ejecución, han sido desatendidas por Patricia, razón por la que se han demostrado ineficaces frente a la pretensión del accionante.

3.2.2.4. Frente a tales situaciones, esta Corporación ha indicado que aunque existan mecanismos para hacer efectivos los fallos de los jueces de la República, si se presentan

situaciones frente a las cuales su acción resulta truncada, la tutela se convierte en el medio idóneo para tal fin, como instancia dotada del suficiente poder frente a autoridades o particulares renuentes al cumplimiento de los derechos fundamentales protegidos por una providencia.[35] Sobre el particular, en la Sentencia T-290 de 1993, se estudió el caso de unas menores cuyo progenitor impedía el contacto y las reuniones entre ellas y su madre, contraviniendo el régimen de visitas pactado. En esta oportunidad, la madre accionante tampoco presentó demanda ejecutiva anterior a la tutela, a pesar de acudir a otras instancias. Sin embargo, en consideración a los hechos y a que el asunto implicaba derechos de menores, la Corte advirtió que “(...) de los enunciados derechos tan sólo el último puede ser amparado en el caso concreto mediante la tutela [derecho de mantener relaciones personales y afectivas entre un padre separado y sus hijos, mediante el régimen de visitas], habida consideración de su naturaleza propia y del carácter fáctico de las eventuales violaciones o amenazas que pueden afectarlo o hacerlo nugatorio, como acontece en el proceso que se revisa, en cuanto la regulación judicial de visitas ha sido desbordada por los hechos como medio eficaz para obtener su plena garantía.”[36]

3.2.2.4. En ese orden de ideas, la Sala concluye que en el caso bajo estudio procede la acción de tutela, como herramienta dotada de la idoneidad y eficacia suficientes frente a las particularidades que presenta el asunto, donde además están comprometidos derechos de sujetos especialmente protegidos por la Constitución Política, en su condición de niños.

4. El derecho fundamental y prevalente de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separados de ella y el de los padres a mantener contacto directo y libre con sus hijos e hijas. El derecho de los infantes a ser visibilizados y a que su opinión sea tenida en cuenta para la adopción de las decisiones que los afectan.

4.2. Asimismo, tal como la Constitución, el Código de la Infancia y la Adolescencia resaltan la importancia de los vínculos familiares, como soporte indispensable para un ambiente propicio de desarrollo, basado en la felicidad, el amor y la comprensión[38]. Y particularmente, dispone que a los niños, niñas y 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, y advierte que solo podrán ser separados de ésta cuando la misma no les garantice las condiciones

para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a la Constitución y la ley.[39]

Justamente, en una dimensión complementaria a la garantía de los vínculos familiares, el Código también plantea la consecuente responsabilidad parental, como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los hijos durante su proceso de formación.[40] Desde luego, junto a la patria potestad, la responsabilidad parental implica el deber compartido y solidario de cada uno de los padres de asegurar que los niños puedan obtener el máximo nivel de satisfacción de sus derechos, logros que necesariamente, se construyen sobre una comunicación y contactos familiares claros.

4.3. La protección de tales vínculos familiares en el derecho interno, en particular, se ve reforzada por disposiciones de carácter internacional, tal como la Convención Americana de los Derechos del Niño, que establece en sus artículos, 7[41], 8[42] y 9[43] que los menores tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos, excepto cuando circunstancias especiales exijan lo contrario, siempre que se trate de conservar el interés superior del menor[44].

4.4. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado el alto valor jurídico y social de la familia, como núcleo del desarrollo integral y simultáneo de derechos humanos de la infancia. De allí que ignorar la protección al tejido familiar, aun cuando sus miembros se encuentren separados por alguna circunstancia[45], implica la amenaza seria a los derechos fundamentales de sus integrantes, especialmente de los niños involucrados[46].

4.5. Por lo anterior, las situaciones que ameritan la separación de los niños, niñas y adolescentes de su entorno familiar deben obedecer a razones excepcionalísimas, generalmente derivadas de la carencia de exigencias básicas para asegurar el interés superior de aquellos y valoradas por la autoridad competente, sin dejar su determinación a merced de los padres implicados o al arbitrio de otros familiares.[47] La jurisprudencia constitucional, en Sentencias como la T- 887 de 2009[48] y la T- 012 de 2012[49], ha identificado algunas hipótesis en relación con lo anotado: "(i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas; (ii) los antecedentes de abuso

físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”[50] y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia[51].”

4.6. En suma, tanto el orden jurídico interno[52], como ciertas herramientas internacionales de derechos humanos[53], introducen un claro mandato a favor de mantener un vínculo sólido entre los padres y sus hijos, sin importar la configuración misma del grupo familiar[54], siendo posible su separación, únicamente por la autoridad de familia competente y por motivos excepcionales a la luz del principio pro infans.[55]

4.7. En distintos casos, puede generarse una estructura familiar diversa por la separación de ambos padres, y ésta a su vez, originar, por motivos evidentes, que el derecho de custodia y cuidado personal quede en cabeza de uno de ellos, mientras el otro conserva el derecho de visitas. 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.

4.7.1. Así, por ejemplo, lo entendió el legislador desde la expedición del Código Civil en cuyo artículo 256 se dijo: “Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que él juzgare convenientes”.

En tal sentido, a través del derecho de visitas y su reglamentación por la autoridad de Familia correspondiente, el legislador, de un lado, previó un mecanismo que le permite al menor interactuar y seguir desarrollando relaciones afectivas con sus padres, así como recibir de éstos el cuidado y protección especial que demanda.

4.7.2. Ahora, de cara a los progenitores, la regulación de visitas, es un sistema que también

pretende mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer en relación con sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y de la autoridad paterna. En tal sentido, las visitas, no son sólo un mecanismo para proteger al menor, “(...) sino que le permiten a cada uno de los padres, desarrollar y ejercer sus derechos, es decir, son un dispositivo que facilita el acercamiento y la convivencia entre padres e hijos. Por tanto, sólo a través de esta figura se logra mantener la unidad familiar, que la Constitución consagra como derecho fundamental de los niños.”[56]

4.8. Así pues, se trata de un derecho de doble vía, donde convergen los derechos de los hijos menores, y al mismo tiempo, los de cada uno los padres, derechos que, entre otras cosas, deben ser respetados en un contexto de alteridad y acatamiento. A modo de ilustración, en relación con el derecho particular de visitas, como una de las formas para asegurar el mantenimiento de los vínculos familiares, esta Corporación ha manifestado que el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse no sólo a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen, sino a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia.[57]

4.9. 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. Justamente, el artículo 42 Constitucional, establece que “[L]as relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre sus integrantes”. Este postulado, desde luego no puede lograr dimensiones materiales en un contexto “que sacrifique al hijo para satisfacer la egoísta defensa del interés personal de cada uno de los padres.”[58]

4.11. Por otra parte, la Corte observa que en este tipo de problemáticas familiares, necesariamente los niños tiene voz propia y como tal, deben ser escuchados y sus intereses visibilizados. Esto no sólo encuentra fundamento en la legislación nacional[60] sino,

también, en lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991),[61] en donde se establece que “los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”

4.11.1. Como puede observarse el derecho de un niño a ser escuchado y tenido en cuenta, no solo se entiende en un contexto puramente procesal, como también lo contempla la norma, sino, además, en el ámbito ordinario de las relaciones familiares, donde no pierde su condición como individuo ni los derechos a expresar su opinión, sus intereses o sus necesidades.

4.11.2. Si bien la capacidad intelecto-volitiva de un niño se reconoce en menor o mayor grado según se encuentre en una u otra etapa de su vida y se relaciona con la complejidad de los asuntos para los cuales se requiere; las decisiones que los padres tomen por ellos, en la medida que la comunicación sea viable, por ejemplo que ya puedan expresarse con más claridad, deben consultar sus inquietudes como un elemento imprescindible del esquema decisional que pretenda su bienestar.

4.11.3. La salida de los hijos de la residencia familiar habitual como consecuencia de la separación de sus padres, las limitaciones para comunicarse con el progenitor con el que no viven, el cambio de colegio o los traslados de ciudad, son decisiones parentales que necesariamente alteran la dinámica vital de un niño y su desarrollo. Justamente, por la importancia que revisten, no pueden tomarse con un nivel de hermetismo tal, que omita la participación del infante y las necesidades que tiene, por el contrario, las soluciones que se construyan alrededor de una estructura familiar modificada deben consultar el diálogo abierto y claro con los hijos, visibilizando sus opiniones, teniendo como referente sus necesidades y más que nada, distinguiendo cualquier conflicto conyugal de las medidas que, como padres y no como pareja, deben acordar para garantizar la conveniencia de aquellos.

4.12. En síntesis, el derecho de un niño a ser escuchado, además del plano procesal, tiene una especial connotación en el ámbito familiar y social, dado que la mayoría de las decisiones que, representándolos, toman los padres, tienen consecuencias directas en sus

opciones vitales, y resulta apenas acertado que, atendiendo al nivel de sus habilidades comunicativas y su desarrollo, los progenitores tomen en serio la opinión, las necesidades, la rutina y el interés de sus menores hijos para decidir sobre sus vidas, desde luego aclarando que se tratan de referentes significativos, que no unívocos.

5. Caso Concreto

5.1. En el caso objeto de revisión, Javier, padre de Sara y Julián, de seis y ocho años respectivamente, solicita que se amparen sus derechos y los de sus hijos a tener una familia y a no ser separados de ella, por cuanto, no han logrado mantener un contacto abierto y permanente, debido al presunto incumplimiento de Patricia del régimen de visitas. Desde inicios de 2012, luego de haberse desestimado la denuncia por violencia intrafamiliar contra Javier dado que no representaba ningún peligro para su familia, fueron reguladas provisionalmente las visitas por primera vez. Al momento de desarrollarse éstas, no obstante, el peticionario encontró múltiples dificultades para entrevistarse con sus hijos, incluso, después de haberse declarado la cesación de efectos civiles del matrimonio católico entre las partes y de haberse llegado a importantes acuerdos- respecto de la custodia, cuidado personal y visitas- refrendados por el Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá, el demandante se vio obligado a presentar múltiples quejas, requerimientos y denuncias contra Patricia, con el propósito de que atendiera sus obligaciones y no obstaculizara la comunicación con sus hijos.

5.1.1. Dentro de las situaciones que se han presentado a lo largo de este proceso, que revelan los obstáculos para un contacto permanente y directo entre Javier y los niños, la Sala advierte no solo el contexto general de las visitas fallidas, sino también otra serie de sucesos que, de forma evidente, han mostrado la oposición de Patricia para cumplir las respectivas órdenes judiciales y administrativas, así como la tendencia a impedir la comunicación del demandante con sus hijos.

5.1.1.1. En primer lugar, aún cuando el examen psiquiátrico de Medicina Legal hubiese sido solicitado por la accionada únicamente para evaluar a Javier, la Comisaría de Familia consideró fundamental que el mismo le fuera practicado a todo el núcleo familiar para determinar, principalmente, la existencia de un daño psicológico, la instrumentalización de los infantes en el conflicto y una posible alienación parental, y de este modo, arribar a un

decisión con mejores elementos de juicio. Sin embargo, una vez la prueba fue ordenada para todos, la peticionaria desistió de la misma y no permitió que sus hijos fueran valorados. Al preguntar sobre sus motivos, manifestó que pretendía evitar la “revictimización” de sus hijos con esta clase de trámites.

Sobre el particular, la Sala no comprende el verdadero motivo de la madre para no colaborar probatoriamente con un trámite administrativo- violencia intrafamiliar- que ella misma inició, ni tampoco las razones bajo las cuales alegó una presunta “revictimización” de Sara y Julián cuando tiempo después permitió que fueran valorados psicológicamente por el centro Ingenia, conceptos de los que se vale para destacar la inconveniencia de la cercanía de Javier con los niños.

5.1.1.2. Tampoco puede perder de vista la Sala, la acción de tutela que debió presentar Javier contra la institución educativa de sus hijos mientras residieron en Bogotá. En esta oportunidad, dado que tenía prohibida la entrada al plantel, el acceso a la información académica de los menores y cualquier acercamiento con los mismos por orden expresa de la accionada, se vio obligado a solicitar un amparo excepcional para conocer de forma veraz la información académica de los niños y que le fuera permitido acercarse a ellos mientras estuvieran en el lugar. Los jueces que conocieron de la acción, tanto en primera como en segunda instancia, encontraron una vulneración a sus derechos, hallando injustificado el comportamiento de las directivas del Colegio.

5.1.1.3. Finalmente, otro de los hechos a tomar en cuenta por la Sala es el relacionado con el traslado de ciudad de la demandada y los niños.

Si bien Patricia asegura que en la audiencia del 22 de febrero de 2013 le informó al peticionario sobre su posible traslado a la ciudad de Cali, este tipo de comunicación, precisamente por no tratarse de la transmisión de un dato claro ni definitivo, no puede considerarse como un reporte serio de su cambio de domicilio ni como información veraz respecto de la estadía o no de los niños en Bogotá.

En efecto, el desconocimiento de este suceso por el accionante se manifestó de diversas maneras. En primer lugar, tuvo que comunicarse innumerables veces con el Colegio, con la ruta de transporte de sus hijos y con el mismo condominio residencial en la capital para lograr algún indicio, en últimas fallido; y en segundo plano, ante la presunta desaparición

de Sara y Julián, tuvo que acudir, primero ante esta Corporación, y luego ante un funcionario de la Fiscalía para activar el mecanismo de búsqueda urgente de personas desaparecidas de la Ley 971 de 2005, excepcional ante la presunta configuración del delito de desaparición forzada.

5.1.1.4. En consideración a lo anterior, esta Sala observa que el comportamiento de la demandada no solo ha entorpecido el régimen de visitas sino también, y de forma particularmente grave, ha dificultado los canales de comunicación y contacto filial entre Javier y sus hijos, al punto que ninguno conoce el paradero del otro, circunstancia de imposible superación, si además la accionada pretende reservar la información de su ubicación y la de los niños.

5.1.1.5. Ahora bien, aunque la demandada señala en su escrito que nunca ha impedido que los niños tengan contacto con su padre, para la Sala esta manifestación es incompatible con su comportamiento, puesto que no se entiende cómo una persona que pretende no separar a los hijos de su padre desatiende el régimen de visitas; ante los requerimientos judiciales y administrativos permanece inmóvil; da órdenes a la institución educativa de sus hijos con el fin de evitar que el otro progenitor tenga acceso al desempeño de los mismos y finalmente; se traslada a otra ciudad, reservándose cualquier información de su paradero.

Claramente, esta decisión unilateral de separar a los niños de su padre, sin que medie decisión alguna por las autoridades de Familia, constituye una transgresión a los derechos de Sara y Julián, y por correspondencia lógica a los de su padre, a tener una familia y a no ser separado de ella. La Sala observa que desatención a las visitas; la falta de suministro de información sobre el paradero de los niños y la limitación del contacto filial, pudieron prevenirse mediante una nueva intervención del juez de familia iniciada por Patricia, con el fin de que ésta expusiera su insatisfacción respecto de las medidas vigentes, en lugar de actuar de hecho.

Igualmente, es necesario destacar que aún cuando los informes psicológicos de los niños del Centro Ingenia describen que la figura de su padre, les genera sentimientos de “ambigüedad”, “confusión” ó “poca seguridad”, estas situaciones tampoco fueron expuestas por la demandada ante las autoridades de familia, y por el contrario, incumpliendo

el régimen de visitas, tomó la determinación de alejarlos de él, bajo una lectura de “maltrato” que tampoco corresponde a las conclusiones del trámite de violencia intrafamiliar. De allí, que sea importante reiterar que las decisiones que impliquen afectaciones a la unidad familiar son de competencia de la respectiva autoridad de Familia, en casos como estos, y no del arbitrio de uno de los padres.

5.1.2. En este punto, la Sala encuentra que la conducta de la demandada obedece, al parecer, a diversos desacuerdos que ésta tiene respecto del régimen de custodia, cuidado personal y visitas de los niños, lo que se evidencia en actitudes como el desconocimiento de dicho régimen y la indisposición que le genera la presencia de Javier, razón por la que aparentemente tomó la decisión de trasladarse de ciudad y modificar los canales de comunicación entre aquél y sus hijos. Con todo, es necesario aclarar que a la Corte no le corresponde pronunciarse respecto de las quejas y reservas que plantea la madre de los menores, o valorarlas como aceptables o inaceptables, dado que el escenario propicio para ventilar dicho asunto corresponde a otra clase de procesos, tal como se advirtió inicialmente. Sin embargo, la cuestión propiamente relacionada con el incumplimiento del régimen de visitas no es ajena para esta Corporación, y en ese sentido se debe advertir que Patricia no se encuentra habilitada para desconocer de manera unilateral una medida de protección judicialmente establecida, en este caso, por el Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá; y por el contrario, si la demandada tiene algo que discutir, está llamada a exponer sus inconformidades en la vía judicial o administrativa pertinente y a acatar las medidas que allí se adopten.

5.1.3. Por otra parte, la Sala también repara que en varias ocasiones la conducta del peticionario no se encontraba ajustada al propio régimen que en la presente acción él solicita se cumpla estrictamente, pues se presentaba en la residencia de los menores para visitarlos, en días u horarios no estipulados para ello. En efecto, la contravención del acuerdo del 22 de febrero de 2013 no solamente es cuestionable desde una consecuencia del propio incumplimiento, este comportamiento del demandante es además un potencial foco de alteración de las dinámicas familiares de sus hijos en su residencia y con el progenitor que tiene la custodia.

5.2. Expuesta la situación y por la forma en que las partes narran su propia versión, para la Sala es claro que aún existen tensiones mutuas por conflictos generados desde su época

como pareja. Sin embargo, dichas diferencias se han extendido hasta la actualidad y paulatinamente, se han ido alimentando de los problemas más recientes, relacionados con el tema económico y la falta de contacto de Javier con sus hijos.

5.3. Por otro lado, también se advierte que tanto en el ámbito judicial y administrativo como en el familiar, la participación de Sara y Julián no ha sido tomada en cuenta como significativa. En primer lugar, las autoridades de familia que han conocido del caso no han utilizado ampliamente las facultades que les otorga el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia para definir qué medidas pueden garantizar el bienestar real de los niños. A pesar de que los infantes tienen derecho a ser escuchados y su opinión tenida en cuenta dentro de todas las actuaciones administrativas o judiciales en las que estén involucrados, esta garantía ha sido obviada por el Juez, la comisaria y la defensora de su caso, y por el contrario, las diligencias han procurado darle mayor trascendencia a las posiciones antagónicas de los padres.

Ahora, en los escenarios propiamente familiares, también parece que la opinión de los niños en las decisiones que los afectan ha estado invisibilizada por un conflicto entre las partes que ha afectado el ejercicio de los derechos que uno y otro padre tiene frente a sus hijos. Esta situación, ha obviado ampliamente las inquietudes vitales de Sara y Julián en relación con muchas de las determinaciones de sus progenitores.

En particular, la decisión de Patricia de trasladar a Sara y Julián de ciudad, fue dispuesta con un hermetismo tal, que actualmente se desconoce, hasta por Javier, qué opinaron los niños del cambio e incluso, cuál es su dinámica vital. Ésta es una cuestión que nuevamente omite la voz de sus hijos, así como sus hábitos o sus necesidades, a pesar de que ya son niños con las suficientes habilidades comunicativas para mantener un diálogo y visibilizar sus opiniones.

5.5. Ahora, habiéndose pronunciado la Sala sobre los principales puntos problemáticos que han caracterizado la vulneración de los derechos, especialmente, de Sara y Julián, tales como el incumplimiento del régimen de visitas, la falta de contacto y comunicación con Javier y su invisibilización en un conflicto esencialmente generado y continuado por los padres, la Corte debe destacar un punto adicional de igual importancia.

5.5.1. Se observa que en el contexto del conflicto, los derechos que amparan a uno y otro

progenitor siempre han necesitado mediación institucional para su garantía y eficacia. Asimismo, la comunicación entre ellos no ha logrado concretarse por medios personales y al contrario, se ha extendido a todas las vías judiciales y administrativas posibles, sin que pueda, de parte y parte, obtenerse un cumplimiento o respeto de las medidas tendientes a reestructurar los derechos del otro padre respecto de sus hijos. En ese sentido, es importante resaltar que muchos de los conflictos que rodean la situación familiar en este caso pueden ser resueltos mediante la autocomposición de las partes, lo que además de redundar en un mejor entorno para el crecimiento y desarrollo de Sara y Julián, evitará inagotables pleitos y contribuirá con un uso más moderado de las vías institucionales.

5.6. Finalmente, esta Sala debe aclarar que las órdenes a dar no sustituyen de manera alguna el régimen de visitas previsto en la decisión judicial del 22 de febrero de 2013 proferida por el Juez Segundo Civil de Familia de Zipaquirá. Esta providencia judicial refrenda un acuerdo mutuo entre Patricia y Javier respecto de la cesación de los efectos civiles de su matrimonio católico, la disolución de la respectiva sociedad conyugal e incorpora el régimen custodia, cuidado personal y visitas vigente. En efecto, tal como se señaló en el capítulo de procedencia de la presente sentencia, se reconoce que existen vías administrativas y judiciales que permiten definir dentro de un adecuado marco probatorio, no solo las peticiones del actor sino la mejor solución para garantizar el bienestar de los niños. Sin embargo, también se reconoce que existe una situación de hecho que involucra derechos de sensible protección por el constituyente de 1991. Es por este motivo, que la decisión de esta Sala no desbordará ni sustituirá tal régimen de visitas y por el contrario, lo tendrá como fundamento y asegurará su cumplimiento en orden a proteger los derechos vulnerados en la particular situación objeto de análisis, donde no solo están involucrados los derechos de Javier, sino principalmente los de Sara y Julián.

5.7. En esa línea, la Sala ordenará a la demandada que cese todos los actos tendientes a obstaculizar la comunicación y el contacto de Javier con sus hijos, y en su lugar, adopte las siguientes medidas para garantizar el derecho a la unidad familiar de los accionantes: (i) Facilite toda la información al peticionario relacionada con su lugar de trabajo en Cali, con el domicilio de los niños en la misma ciudad y con la institución educativa a la que pertenecen, incluyendo teléfonos residenciales y personales de los tres, así como direcciones, correos electrónicos, y otros datos de localización. (ii) Que esta información, le sea enviada por la demandante al actor mediante el correo electrónico que sea del regular

uso de éste. Advirtiendo además, que deberán concertar un medio de comunicación permanente que garantice la mayor fluidez posible para que Javier se mantenga informado de los asuntos relacionados con sus hijos. (iii) Que la demandada cumpla a cabalidad con el régimen de visitas. Sin embargo, la Sala advierte que el traslado de ciudad de los niños, ha generado nuevas condiciones en la dinámica vital de ellos, por lo que la última regulación de visitas del 22 de febrero de 2013 no puede aplicarse íntegramente. Por este motivo, se ordenará a la demandada permitir que Javier visite a Sara y a Julián cada 15 días en la ciudad de Cali, y pueda retirarlos de su residencia de acuerdo con el mismo horario estipulado en la mencionada audiencia, para los días sábado, domingo o lunes festivo, según sea el caso, pero con la modificación de que el padre deberá devolverlos cada día para que pernocten en la casa materna y al día siguiente podrá volver por ellos. Advirtiendo que el padre deberá acoplarse a las actividades y a la nueva rutina de los niños, acompañarlos y evitar alteraciones negativas de su dinámica diaria. Asimismo, ha de aclararse que esta orden tiene un carácter puramente temporal para resolver la contingencia descrita, hasta el momento en que el Juzgado II Promiscuo de Familia de Zipaquirá resuelva la solicitud presentada por el actor el 17 de febrero de 2014, con el fin de obtener un pronunciamiento concreto sobre la posibilidad de revisión o cambio de la custodia de los menores, que habrá de estudiar las nuevas condiciones de los niños a efectos de tomar una decisión. (iv) Igualmente, mientras el Juez de Familia toma la respectiva decisión, la demandada deberá garantizar que, al menos, 3 veces a la semana por espacio de 20 minutos, los niños puedan acceder a un medio computarizado para comunicarse con su padre vía videollamada, por la herramienta informática que considere más apropiada y eficiente.

Por otra parte, la Corte solicitará al Juez II Promiscuo de Familia que obre con la mayor celeridad en el caso estudiado y bajo criterios probatorios suficientes, por lo que de ser necesario se le instará a que ordene la práctica de la prueba psiquiátrica en Medicina Legal a todo el núcleo familiar, la cual nunca se ha realizado, con el fin de determinar el daño psicológico, riesgo a la integridad del padre por autoagresión, instrumentalización de los infantes en el conflicto y alienación parental. En similar sentido, se prevendrá a las autoridades de familia que conocen y llegaran a conocer del caso para que utilicen ampliamente las facultades otorgadas por el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, con el propósito de lograr que los menores Sara y Julián sean escuchados, visibilizados y su opinión tenida en cuenta para las decisiones que afecten su interés

superior.

Igualmente, se prevendrá a Patricia, para que en caso de presentar alguna inconformidad respecto del régimen de visitas actual o la distribución de cargas y responsabilidades frente a Sara y Julián, evite acudir a una vía de hecho para solucionarlo y en su lugar, haga uso de los mecanismos administrativos y judiciales previstos por el legislador para tramitar sus intereses y los de los niños.

Finalmente, respecto de la notificación de esta decisión a Patricia, la Corte recuerda que mientras el domicilio de la demandada fue conocido y se ubicó en la ciudad de Bogotá, los jueces de instancia lograron notificarle de las providencias respectivas. Sin embargo, desde el mes de octubre de 2013, época para la que coincidió la selección del caso en revisión con el cambio de domicilio de Patricia a la ciudad de Cali, se desconoce el paradero de la misma. Por lo anterior, considerando que esta Sala tenía certeza sobre la vinculación laboral de la demandada con la Procuraduría General de la Nación, decidió comunicarle, por ejemplo, providencias como el auto de solicitud de pruebas por ministerio de dicha entidad, según el artículo 16 del Decreto 2591.

Por este motivo, y de conformidad con el artículo 30 del mismo Decreto, se solicitará nuevamente a la Procuraduría General de la Nación que comunique a la demandada el contenido de esta sentencia y de todas las decisiones que en la misma se adopten, para que se entienda notificada de la misma. Igualmente, deberá entregársele un ejemplar de la providencia a la accionada. Cumplido lo anterior, el ente de control informará a esta Corporación de dichas actividades.

Lo dicho, sin perjuicio de que el juez de primera instancia, de acuerdo con el artículo 36 del Decreto citado, encuentre un medio más expedito y eficaz para lograr la notificación a la demandada.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión adoptada el 19 de julio de 2013 por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá-Cundinamarca-, que a su vez confirmó la decisión adoptada el 2 de julio de 2013 por el Juzgado 55 Civil Municipal de la misma ciudad, que declaró improcedente el amparo a los derechos fundamentales invocados, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Javier, en nombre propio y en representación de sus menores hijos, Sara y Julián contra Patricia, la madre de éstos. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la familia y a no ser separado de ella.

SEGUNDO.- ORDENAR a Patricia que, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a facilitar toda la información al peticionario relacionada con su lugar de trabajo en Cali, con el domicilio de los niños en la misma ciudad y con la institución educativa a la que pertenecen, incluyendo teléfonos residenciales y personales de los tres, así como direcciones, correos electrónicos, y otros datos de localización.

TERCERO.- ORDENAR a Patricia que, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a enviar al actor, por el correo electrónico que sea del regular uso de éste, la información relacionada en el numeral Segundo de esta providencia. Advirtiéndole además, que deberán concertar un medio de comunicación permanente que garantice la mayor fluidez posible para que Javier se mantenga informado de los asuntos relacionados con sus hijos.

QUINTO.- ADVERTIR a Javier que, en el marco de las visitas del numeral Cuarto de esta providencia, deberá acoplarse a las actividades y a la nueva rutina de los niños, acompañarlos y evitar alteraciones negativas de su dinámica diaria.

SEXTO.- ORDENAR a Patricia que, a partir del día 10 calendario siguiente a la notificación de esta sentencia, proceda a garantizar que, al menos, 3 veces a la semana por espacio de 20 minutos, los niños puedan acceder a un medio computarizado para comunicarse con su padre vía videollamada, por la herramienta informática que considere más apropiada y eficiente, y en los horarios que ambos encuentren disponibles.

SÉPTIMO.- PREVENIR al Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá para que obre con la mayor celeridad posible respecto de la solicitud hecha el 17 de febrero de 2013 y bajo criterios probatorios suficientes, por lo que de ser necesario se le INSTA a que ordene la práctica de la prueba psiquiátrica por Medicina Legal a todo el núcleo familiar, con el fin de

determinar el daño psicológico, riesgo a la integridad del padre por autoagresión, instrumentalización de los infantes en el conflicto y alienación parental.

OCTAVO.- PREVENIR a las autoridades de Familia que conocen del asunto en Revisión, incluyendo al Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá, a la Comisaría II de Familia de Chía y a la Defensora del Centro Zonal de Usaquén, o a las que llegaren a conocer para que utilicen ampliamente las facultades otorgadas por el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, con el propósito de lograr que los menores Sara y Julián sean escuchados, visibilizados y su opinión tenida en cuenta para la decisiones que afecten su interés superior.

NOVENO.- PREVENIR a Patricia para que, en caso de presentar alguna inconformidad respecto del régimen de visitas actual o la distribución de cargas y responsabilidades frente a Sara y Julián, evite acudir a una vía de hecho para solucionarlo y en su lugar, haga uso de los mecanismos administrativos y judiciales previstos por el legislador para tramitar sus intereses y los de los niños.

DÉCIMO.- PREVENIR a Javier para que, en lo sucesivo cumpla estrictamente con el régimen de visitas actual o el que vaya a fijarse por las autoridad competente, de conformidad con el numeral cuarto de esta providencia, y las cargas que le corresponden en su rol de padre, atendiendo al interés superior de sus hijos.

DÉCIMO PRIMERO.- SOLICITAR a la Procuraduría General de la Nación para que COMUNIQUE a la demandada el contenido de esta sentencia y de todas las decisiones que en la misma fueron adoptadas, para que Patricia se entienda notificada de la misma, e igualmente se le haga ENTREGA de un ejemplar de la providencia. Una vez cumplido lo anterior, el ente de control INFORMARÁ a esta Corporación de dichas actividades.

Lo dicho en este numeral, sin perjuicio de que el juez de primera instancia, de acuerdo con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, encuentre un medio más expedito y eficaz para lograr la notificación a la demandada.

DÉCIMO SEGUNDO.- Por secretaría, líbrese la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-115/14

DERECHO AL JUEZ NATURAL-Juzgamiento ante autoridad competente (Salvamento de voto)

El Juzgado Promiscuo de Familia de es la autoridad competente, el juez natural que puede remediar el conflicto familiar y buscar la solución más adecuada a la nueva dinámica familiar, en consecuencia, debe resolver la solicitud presentada por el actor atendiendo los requerimientos de los padres con imparcialidad, pero con una especial orientación, cuidado y acompañamiento de los menores involucrados, quienes no han contado con una adecuada valoración en las distintas etapas de la separación familiar, además de conminar a los padres para actuar con lealtad, responsabilidad, y honestidad dentro del proceso judicial.

JUEZ NATURAL-Juez de familia ha debido resolver lo concerniente al régimen de visitas (Salvamento de voto)

En consideración a que el accionante cuenta con el proceso ejecutivo y atendiendo que el Juez de Familia es la autoridad judicial competente e idónea para resolver el conflicto familiar bajo examen, considero que con la decisión que la mayoría adopta, en esta ocasión, desplaza al juez natural sin que exista un perjuicio irremediable para ello, pero, por sobretodo, sin contar con los suficientes elementos de juicio que le permitan intervenir, valorando todos los elementos concurrentes, especialmente los que privilegien el interés superior de los menores. Es por ello que considero que el juez especializado es quien ha debido resolver lo concerniente al régimen de visitas y demás temas inherentes en un término perentorio que al efecto ha debido fijarse.

Referencia: Expedientes T- 4.025.750

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto que siempre me merecen las decisiones de esta Corte, me permito salvar mi voto a la decisión mayoritaria, por las razones siguientes:

El artículo 44 de la Constitución Política consagra un trato preferente que protege el proceso de formación y desarrollo de los niños, la jurisprudencia de la Corporación ha establecido criterios jurídicos relevantes que tienen como objetivo el interés superior del menor, de tal manera que se esgrime como un principio que orienta no solo la legislación sino las decisiones judiciales. Dichos criterios[62] atienden el desarrollo y protección integral del niño, toman en cuenta su opinión ante la necesidad de cambios y condiciones, lo cual debe armonizarse con los derechos que le asisten a los padres.

A mi parecer, el caso que se estudia requiere una visión amplia del juez de tutela, en el que debe analizar, más allá del conflicto familiar y contencioso los problemas jurídicos que se presentan no solo desde la perspectiva de Javier y Patricia sino de los menores Sara y Julián.

Considero que debe diferenciarse el aspecto procesal y jurídico que se regula dentro de las

instancias administrativas y judiciales, que enfrenta a los padres, las medidas que se toman en dichos escenarios y que involucran aspectos como la custodia y visitas de los menores, de la intervención por parte del juez constitucional en cuanto a las ordenes tendientes a cesar la vulneración de derechos fundamentales y que se justifica en casos de peligro e indefensión que afecten a los menores de edad.

La separación de los padres implica la ruptura de la unidad familiar lo que, en principio, ha de conllevar la suscripción de acuerdos en los cuales debe prevalecer el mejor cuidado y protección de los hijos, de ahí la necesidad de autoridades administrativas y judiciales especializadas, que cuenten con equipos interdisciplinarios que permitan alcanzar el mejor consenso posible orientado a generar la mínima afectación a los hijos de la pareja.

Una adecuada y razonable protección que armonice tanto los derechos de padres e hijos es el objetivo de las entidades administrativas y judiciales al momento de tramitar los casos familiares, observando un debido proceso en el que cualquier decisión a tomar debe valorar las consecuencias negativas que puedan afectar la estabilidad del menor de edad.

En el caso en concreto no se cuenta con un marco probatorio suficientemente ilustrado que permita tomar las ordenes adecuadas que logren un equilibrio entre padres e hijos y aunque no se desconocen las irregularidades en los distintos escenarios administrativos y judiciales en los que se enfrentan Patricia y Julián, la Corte Constitucional no puede perder de vista que la mejor solución debe atender no solo las necesidades de los padres, sino que debe apreciar la opinión de los menores, evaluar las consecuencias de las medidas y determinar si necesitan algún tipo de acompañamiento psicológico al variar su rutina y entorno.

El Juzgado Promiscuo de Familia de Zipaquirá es la autoridad competente, el juez natural que puede remediar el conflicto familiar y buscar la solución más adecuada a la nueva dinámica familiar, en consecuencia, debe resolver la solicitud presentada por el actor el 17 de febrero de 2014 atendiendo los requerimientos de los padres con imparcialidad, pero con una especial orientación, cuidado y acompañamiento de los menores involucrados, quienes no han contado con una adecuada valoración en las distintas etapas de la separación familiar, además de conminar a los padres para actuar con lealtad, responsabilidad, y honestidad dentro del proceso judicial.

En consideración a que el accionante cuenta con el proceso ejecutivo y atendiendo que el Juez de Familia es la autoridad judicial competente e idónea para resolver el conflicto familiar bajo examen, considero que con la decisión que la mayoría adopta, en esta ocasión, desplaza al juez natural sin que exista un perjuicio irremediable para ello, pero, por sobretodo, sin contar con los suficientes elementos de juicio que le permitan intervenir, valorando todos los elementos concurrentes, especialmente los que privilegien el interés superior de los menores. Es por ello que considero que el juez especializado es quien ha debido resolver lo concerniente al régimen de visitas y demás temas inherentes en un término perentorio que al efecto ha debido fijarse.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] La acción de tutela fue presentada el 27 de junio de 2013. Folio 330.

[2] El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez, mediante auto del 17 de octubre de 2013.

[3] Acta de Audiencia por violencia intrafamiliar celebrada el 24 de noviembre de 2011 en la Comisaría II de Familia de Chía

[4] Solicitud con “carácter urgente” de la Comisaría II de Familia de Chía al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses visible a folio 223 del cuaderno principal.

[5] Programada para el 20 de junio de 2012.

[6] La conclusión que ofrece la valoración psiquiátrica realizada por la profesional tratante es la siguiente: “Javier presenta rasgo de su personalidad ansiosa, sin configurarse un cuadro sintomático de enfermedad mental, que afecte el funcionamiento global. //El exámino debe asistir junto con los miembros de la familia a psicoterapia. El seguimiento debe ser aportado a la autoridad competente.// La evaluación estructural paterno-filial evidencia dificultades y obra como factor de riesgo que limita la comunicación, el ejercicio del rol y la fijación del vínculo.// El examinado ha puesto en marcha mecanismos para

afrentar sus dificultades, describiendo adecuado funcionamiento.” Folio 229 del cuaderno principal.

[7] El 10 de agosto de 2012, éstas decisiones fueron cuestionadas mediante acción de tutela presentada por Patricia, aduciendo la existencia de un defecto fáctico y falta de motivación. En ambas instancias, la tutela fue negada y aún siendo seleccionada por esta Corporación para Revisión, mediante Sentencia T- 261 de 2013, no se encontró que se configurara alguno de los defectos aludidos, como quiera que las razones para controvertir lo resulto por las autoridades competentes tan solo obedecían a la simple inconformidad de la demandante con la decisión de no emitir una medida de protección relacionada con el desalojo de Javier. Asimismo, esta Corporación advirtió a las partes en dicha oportunidad que “frente a asuntos que involucran intereses tan sensibles como los que en esta ocasión se debatieron, lo deseable sería que las partes conciliaran sus diferencias, para beneficio propio y el de sus hijos, en lugar de someterse y someterlos a ellos a los mecanismos complementarios que diseñó el legislador para dirimir, en última ratio, aquellos conflictos que no pueden ser solucionados concertadamente por los integrantes de la familia.”

[8] En esta oportunidad, también se definió que: “Las vacaciones de mitad de año los menores (...) estarán con su progenitor y las de fin de año con la madre. // Las vacaciones de Semana Santa los menores la pasarán con su progenitora y la semana de Receso Escolar, con su progenitor.// Las fechas especiales como día de la madre, día del padre y cumpleaños de los progenitores, los menores estarán con el respectivo padre.” Folio 40 del cuaderno principal.

[9] En el expediente obran sendas constancias con firma y sello de los empleados de portería de la residencia de la demandada, informando sobre las razones que impidieron la entrevista con sus hijos, en las siguientes fechas del año 2012: marzo 10, 16, 23 y 30; abril 13 y 28; mayo 11, 18 y 25; y junio 8,9,12,13,14,16,17,23,25,27 y 29. Folios 67 a 130 del cuaderno principal.

[10] A folio 59 del cuaderno de Revisión, obra una certificación del 21 de febrero de 2012 del Supervisor del puesto de seguridad del condominio Hacienda Fontanar (residencia del accionante), en la que se expone a la administradora de la P.H. que la señora Patricia solicitó una escalera para ingresar a la que fuera su casa por la parte trasera, ya que no

contaba con la llaves en este momento. El peticionario asegura que fue en esa oportunidad en que la madre de los niños sustrajo sus pasaportes.

[11] De conformidad con las respectivas constancias, durante los meses de julio y agosto de 2012, se continuaron presentando los mismos incidentes por ausencia de entrega de los niños a Javier en el condominio residencial en Bogotá, específicamente los días 3, 4, 5, 30 y 31 de julio; y 1, 3 y 11 de agosto.

[12] Las visitas vigiladas en el Centro Zonal se realizaron el 24 y 31 de agosto de 2012 y también los días 7 y 21 de septiembre de 2012. Folios 360 a 364 del cuaderno principal. En la reseña de las mismas, se advierten las siguientes situaciones: “Se inicia la visita con los menores y el padre, en cuanto lo ven, ellos hacen demostraciones afectivas grandes, con abrazos y besos. Manifiesta el padre que hace un buen tiempo que no se ven desde que la madre se fue con ellos de la casa, los niños le piden cosas (...) él sale y le trae a los niños lo que piden, [Julián] mientras el padre vuelve juega con el iPod del progenitor, manifiesta el niño que “ a la mama no le gusta que los vea el papa, porque están separados.// al finalizar la visita llega la señora [Patricia], la actitud hacia el padre es de total indiferencia, e ignora lo que este habla con los niños no hay saludo, llega diciendo a los niños, “nos vamos ya”, saca las chaquetas de la maleta y los va arreglando, la actitud es también un poco desafiante. Se evidencia que la comunicación entre ellos no existe, se evidencia que la señora [Patricia] no acepta ningún canal de comunicación con el progenitor.” En otra oportunidad, se lee: “TERMINACION DE LA VISITA. Cuando llegó la madre a recoger los niños el padre dijo “que lastima ya se acabó”, y los niños emitieron una respuesta inmediata, en forma de lamento “hay mama déjanos otro rato” lo que me hace pensar que esto lo hace el padre para hacer que los niños se solidaricen con él y le hagan sentir a la mama que ellos quieren estar con él (...) //Noto un afán del padre por querer mostrar que la señora [Patricia] no quiere dejarle ver los niños, y que las cosas suceden como las dice. Observé que los niños estuvieron un poco estresados sobre todo el niño, en la relación con el padre sin embargo trata de llevarle la idea y de aprobarlo.” Igualmente, en otra ocasión se describe que: “se observa a un padre que ejerce la autoridad de forma deficiente, se aprecia permisivo y algo manipulador, con actitudes victimizantes a la hora de finalizar la visita, expresando compasivamente frases como “ya nos toca despedirnos”, lo que pone especialmente a la niña en situación de desventaja emocional preguntándoles a la mamá por qué tiene que terminarse la visita. En estas mismas, circunstancias se ha podido

observar que la señora cuando llega a recoger a los niños adopta una actitud de rechazo y desprecio hacia él, sin siquiera contestarle el saludo, lo que no es sano para los niños que lo que más desean es una relación apenas cordial entre sus padres.”

[13] Sobre esta orden, con motivo del recurso de reposición de Javier presenta contra la misma el 9 de octubre de 2012, argumentando que no está de acuerdo con que las visitas se hagan en presencia de una personas de confianza de la madre de los niños, la defensora no repone pero aclara que la visitas no necesariamente deben hacerse al interior del inmueble donde residen los niño, sino que pueden realizar “ (...) utilizando el parque del conjunto del edificio, centro comercial cercano a la residencia donde viven los niños”.

[14] Sobre estos eventos, a folios 107 a 166 del cuaderno principal, obran las constancias firmadas por el respectivo portero de turno que acreditan las razones por las cuales las visitas no se pueden llevar a cabo. Específicamente, en las siguientes fechas del año 2012: octubre 6, 7, 14, 20 y 21; noviembre 16 y diciembre 23.

[15] De acuerdo a lo ordenado, Javier “(...) podrá visitar a sus hijos, un fin de semana cada 15 días, los días sábado y domingo o lunes si es festivo, en un horario de 9 am a 6 pm, deberá recoger y entregar a los niños en el lugar de residencia de los mismos. La época de vacaciones se compartirá tiempos iguales respetando el mismo horario.”

[16] Constancias de la portería del condominio residencial en Bogotá en el mismo sentido de las anteriores, durante los días 16 de marzo y 27 de abril de 2013.

[17] Constancias de la portería del condominio residencial en el mismo sentido de las anteriores, en mayo 11 y 25 de 2013.

[18] Según consta en los folios 442 a 447 del cuaderno principal, Ingenia es un instituto cuyo propósito es desarrollar habilidades intelectuales y académicas, integrar y mejorar los procesos preceptuales, fortalecer la dimensión emocional y afianzar valores, asegurando el éxito en diferentes ámbitos de la vida, principalmente en el escolar y familiar. En el informe de Julián, los profesionales indican que es un niño con altas destrezas en todos los niveles, pero que se le percibe distraído y con ciertas falencias de tipo atencional que seguramente se encuentran ligadas al plano emocional. Ahora frente al contexto familiar, señalan que sigue demostrando cierta dificultad en hablar de dicha temática, y que “(...) en muchos

momentos Julián se muestra muy ambiguo frente a la relación con su padre, ya que por un lado expresa que no quiere compartir los fines de semana con él y por otro que desea que su padre pueda brindarle mayor tranquilidad. De esta manera, muestra mucha confusión y malestar cuando su padre no cumple con las promesas que le hace. // Es importante que en la medida de lo posible Julián pueda contar con un ambiente psicoterapéutico que le permita elaborar las emociones y sentimientos que le generan el conflicto familiar.” Ahora en relación con el informe de Sara, advirtieron que “(...) se evidencian ciertos cambios ligados a la situación familiar. // (...) Sara se muestra muy confundida y no sabe muy bien que sentir, ya que existe una sensación de poco seguridad frente a la presencia de su padre. Es decir en algunos momentos manifiesta que siente temor de que algo malo le pueda pasar cuando está en presencia de él ya que no se siente bien cuidada. En algunos momentos afirma que su padre le da alimentos no nutritivos en exceso lo que ha indigestado a su hermano, por lo cual no se siente segura. Además de ello refiere que durante la semana santa su padre le prohibió comunicarse con su mamá, sacando como excusa que no tenían tiempo para llamarla. Aspecto que para Sara es confuso y le genera mucha culpabilidad.”

[19] “PRIMERO.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, se notifique al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por intermedio de la Comisaría II de Familia de Chía el auto admisorio de la tutela de la referencia proferido el 19 de junio de 2013 por el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá, adjuntando copia de ésta para que la entidad notificada se entienda vinculada a este proceso de tutela y con el fin de que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la citada providencia se pronuncie acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la solicitud de amparo.// SEGUNDO.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, se notifique al Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá el auto admisorio de la tutela de la referencia proferido el 19 de junio de 2013 por el Juzgado 55 Civil Municipal de Bogotá, adjuntando copia de ésta para que la entidad notificada se entienda vinculada a este proceso de tutela y con el fin de que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la citada providencia se pronuncie acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la solicitud de amparo.”

[20] “TERCERO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se oficie a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia para que por

su intermedio y en el término de tres días hábiles, se notifique a Patricia del siguiente cuestionario, el cual se le insta responder en el plazo de cinco días hábiles a partir de la notificación de esta providencia:

1. ¿Por qué motivo o con qué fines ha impedido que Javier visite a sus hijos?
2. ¿A qué se debe que se haya trasladado de ciudad con los menores, sin informar de esta situación al accionante?
4. ¿Por qué razón le solicitó a la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia que guardara absoluta reserva sobre la información de su paradero y el de sus hijos?"

[21] CUARTO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libre oficio a la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que, en el término de cuatro días hábiles, informe detalladamente a este despacho si la señora Patricia y los niños Sara y Julián, entre 2012 y la fecha actual, han salido del país o han intentado hacerlo y a qué destinos.//QUINTO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libre oficio a la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia para que, en el término de cuatro días hábiles, (i) informe a este despacho las razones presentadas por la señora Patricia para impedir que la información de su paradero se conociera por el accionante y (ii) remita a esta Corporación copia íntegra de todo el expediente relacionado con el mecanismo de búsqueda activado por Javier en el mes de diciembre del año 2013, incluyendo el desarrollo y los resultados de la labor investigativa.// SEXTO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libre oficio al representante legal, o a quien haga sus veces, del Condominio Residencial [...]en Bogotá, para que, en el término de cuatro días hábiles, manifieste claramente a este despacho (i) si la señora Patricia y sus hijos residen actualmente allí, (ii) si la respuesta es negativa, (ii.i) ¿Cuándo fue la última vez que fueron vistos o por qué época? y (ii.ii) ¿Por qué motivo cambiaron de domicilio?, y (iii) si la madre de la señora Patricia, reside allí. ///

[22] “SÉPTIMO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libre oficio a la Procuraduría General de la Nación, para que, en el término de cuatro días hábiles, (i) informe a este despacho si la accionada trabaja para esta entidad, en qué cargo y en qué ciudad; (ii) si hubo traslados en los últimos dos años y con qué motivo se efectuaron; (iii) describa en qué

actuaciones, estando implicada la familia de que trata el caso, ha intervenido, por solicitud de quién y en qué términos; así como (iv) que acciones, dentro de la esfera de su competencia, ha adelantado para lograr el cumplimiento de las providencias dictadas por la Comisaría II de Familia de Chía y por el Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá.”

[23]“OCTAVO.- Ordenar que, por Secretaría General, se libre oficio al Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá, a la Comisaria II de Familia de Chía y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), para que, dentro del término de cinco días hábiles, informen a esta despacho (i) Qué acciones han adelantado para lograr el cumplimiento del régimen de visitas y evitar su entorpecimiento por parte de la señora Patricia; (ii) considerando los derechos que le asisten a los menores y al padre, en relación con las visitas, y la situación que actualmente atraviesan; según su experiencia, ¿Cuáles serían las medidas policivas, judiciales o administrativas más eficientes para lograr el cumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre de los niños, sin interferir en el contexto de desarrollo normal de estos y su esfera de derechos fundamentales?; y (iii) Cómo darían cumplimiento práctico a las anteriores medidas, estando el padre y los niños en ciudades diferentes.”

[24] Respuesta del Juez II Promiscuo de Familia de Zipaquirá, Edgar Francisco Jiménez Castro. Folios 348 a 350 del cuaderno de Revisión.

[25] La Sala revisó en total 175 micro videos de seguridad, en los que se observa a Javier en siete oportunidades. En varias se encuentra con los niños en la portería del edificio y posteriormente salen del mismo, mientras que en las restantes no se les ve y solo se identifica al accionante en señal de espera. Mientras se encuentra con ellos, hay gestos de afecto- besos, abrazos, etc.- y una constante charla. Cuando se le observa solo al peticionario, conversa con los encargados de la seguridad del edificio, y en una oportunidad, éstos rubrican un documento que Javier les presenta. En todo caso, la Sala no observa conductas violentas del peticionario, ni solo ni con sus hijos, tampoco señales de maltrato contra los últimos.

[26] Carta del administrador de la propiedad horizontal enviada a Javier, informándole sobre el atraso por el pago de la cuota de administración (\$ 7'126.000) y el ofrecimiento de un acuerdo de pago, fechada el 23 de enero de 2013. Folio 405 del cuaderno de Revisión.

[27] Carta del 25 de junio de 2012 enviada por el administrador del condominio residencial a Patricia, solicitándole que tome las medidas pertinentes para evitar que el señor Javier se continúe presentando con agentes de la Policía Nacional a la recepción ya que esto ha empezado a generar zozobra entre los residentes. Folio 449 del cuaderno de Revisión.

[28] Correo electrónico enviado el 1 de agosto de 2013 por la Secretaria Ejecutiva de la división de Registro y Control de Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación solicitando a Patricia que actualice su dirección de correspondencia personal, para que en lo sucesivo ésta no fuera allegada a las instalaciones de la entidad oficial. Folio 447 del cuaderno de Revisión.

[29] Al respecto ver Sentencia T- 583 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[30] Ver Sentencias T-277 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-663 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y; T-1040 de 2006; M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[31] Consultar Sentencia T- 375 de 1996, (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[32] Ilustrativamente, la Corte ha identificado algunas situaciones que pueden revelar la condición de indefensión, así: "(i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos que le permitan conjurar la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular; (ii) quienes se encuentran en situación de marginación social y económica; (iii) personas de la tercera edad; (iv) discapacitados; (v) menores de edad (Sentencia T-438 de 2010); (vi) la imposibilidad de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular; (vii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes como en la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc y, (viii) el uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro (Sentencias T-277 de 1999 y T-761 de 2004, recordadas en la sentencia T-714 de 2010)." Sentencia T- 012 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[33] En Sentencia T- 646 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), esta misma Sala de

Revisión hizo una reiteración del tema.

[34] De acuerdo con la Ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”, arts 21, numeral 3 y 390 numeral 3, los jueces de familia tienen la competencia para conocer en única instancia de los asuntos relativos a la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, lo cuales se tramitarán por el proceso verbal sumario. Asimismo, de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia, arts. 96, 97, 99 y 100, los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños (amonestación, retiro de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, ubicación en medio familiar, ubicación en centros de emergencia, adopción) son de competencia de los defensores de familia y comisarios de familia, quienes podrán tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que consideren conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño. Finalmente, conforme al Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 119, estas decisiones administrativas podrán ser objeto de revisión por el Juez de Familia.

[35] Considerando los poderes especiales que le otorga el Decreto 2591 de 1991 al juez de tutela, en sentencia T-003 del 11 de mayo de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), esta Corporación sostuvo que: “si la causa actual de la vulneración de un derecho está representada por la resistencia de un funcionario público o de un particular a ejecutar lo dispuesto por un juez de la República, nos encontramos ante una omisión de las que contempla el artículo 86 de la Carta, como objeto de acción encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional conculcado. Al fin y al cabo, se trata de acudir a una instancia dotada del suficiente poder como para lograr que de manera cierta e indudable tengan vigencia en el caso concreto las prescripciones abstractas de la Constitución. (...)Por tanto, cuando el obligado a acatar un fallo lo desconoce, no sólo viola los derechos que con la providencia han sido protegidos, sino que se interpone en el libre acceso a la administración de justicia, en cuanto la hace imposible, frustrando así uno de los cometidos básicos del orden jurídico, y truncando las posibilidades de llevar a feliz término el proceso tramitado. Por ello es responsable y debe ser sancionado, pero con su responsabilidad y sanción no queda satisfecho el interés subjetivo de quien ha sido víctima de la violación a sus derechos, motivo por el cual el sistema tiene que propiciar, de manera indiscutible, una vía dotada de la suficiente eficacia para asegurar que lo deducido en juicio tenga cabal

realización”(subrayado fuera de texto)

[36] Sentencia T- 290 de 1993.

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

[38] “Artículo 2º: Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.

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

[40] Artículo 14 del Código de la infancia y la Adolescencia: “La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.”

[41] El artículo 7 establece: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su

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

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

[43] El artículo 9 consagra: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

[44] Sentencias T-319 de 2011 y T- 012 de 2012.

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

[46] Al respecto, es importante recordar que el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral. De acuerdo a este principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento. A su vez, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986, dispone que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil (art. 1), y que el bienestar de los niños depende del bienestar de su familia (art. 2). En similar sentido, en materia de Adopción Internacional establece que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”.

[47] De conformidad con el artículo 21 del Código General del Proceso, a los Jueces de Familia en única instancia les fue atribuida la competencia para conocer de los asuntos relacionados con los conflictos o las decisiones que hayan de tomarse respecto del cuidado de los hijos, su alimentación, la dirección del hogar, la patria potestad y su custodia en general. Asimismo, según los artículos 86 y 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia les corresponde a los Comisarios y a los Defensores de Familia definir provisionalmente

sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas; así como aprobar las conciliaciones en relación con los mismos temas y el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales.

[49] M.P. Jorge Iván Palacio

[50] *Ibídem.*

[51] Sentencia T-887 de 2009.

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

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

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

[55] Al respecto, en la sentencia T-887 de 2009, se sostuvo que: “Es así como la Convención sobre los derechos del niño acentúa, de manera especial, que la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños y de las niñas. Desde esta perspectiva, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de las niñas y de los niños. El artículo 7º, prevé, a su turno, que la niñez tiene “derecho a conocer a sus

padres y a ser criada por ellos, en la medida en que ello sea posible”. El principio 6º de la Declaración de la ONU sobre los Derechos del Niño se pronuncia en sentido similar y determina que cuando resulte factible que los niños y las niñas permanezcan en su entorno familiar, así deberá ser. El mismo principio subraya que los niños o niñas sólo podrán ser separados de su familia biológica por motivos excepcionales”.

[56] T- 500 de 1993.

[57] Ibídem. En esta oportunidad, la Corte incluyó para el análisis del caso la Sentencia del 25 de Octubre de 1984 de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Hernando Tapias Rocha, donde se señaló como objetivo fundamental de todo régimen de visitas: “el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo... requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con los padres... las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco deben desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide.”

[58] T-290 de 1993

[59] Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2 señala: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” En la sentencia T-887 de 2009 se manifestó: “Resulta clave mencionar la protección que se deriva para la niñez tanto a partir de lo consignado en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, se pronuncia respecto de la necesidad de ampara derechos específicos de la niñez. El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”Acá adquiere especial importancia la Convención sobre los Derechos del niño, ello no sólo por el número de países que han ratificado este documento internacional -dicha Convención ha sido ratificada por 191 países-. El único país

desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991. Esta Convención es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales.” Se tiene entonces que los derechos consignados en ese Tratado internacional no constituyen una opción y tampoco están sujetos a una interpretación libre y arbitraria. No son derechos neutrales. “Estos derechos representan valores muy claros y (...) exigen un compromiso: el de lograr que den resultados; el de actuar y promover medidas que aseguren su realización; el de proclamar cualquier tipo de preocupación, expresar críticas y fomentar cambios cuando los derechos se niegan o no se aplican como debieran. Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm. Otros documentos importantes que contienen derechos de los niños son el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del Secuestro de Niños, aprobado por la Ley 173 de 1994; el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo, aprobado por la Ley 515 de 1999; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la Ley 620 de 2000; el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo aprobado por la Ley 704 de 2001; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Ley 765 de 2002”.

[60] Artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia. “Derecho al debido proceso. 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. // 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.”

[61] “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.//2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

[62] “Dichos criterios son los siguientes: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía del pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado y (vi) la necesidad de tomar en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto que se decide. En suma, el interés superior del menor es un principio rector, ampliamente reconocido por el derecho internacional y reproducido de manera directa en la Constitución Política, que propende por la máxima satisfacción de los derechos de que son titulares todos los niños, niñas y adolescentes, entendidos como fundamentales, prevalentes e interdependientes, y que como tal, constituye una limitación u obligación de carácter imperativo, especialmente dirigida a todas las autoridades del Estado, quienes deberán actuar con diligencia y especial cuidado al momento de adoptar sus decisiones, en aquellos asuntos en los que se hayan involucrados los intereses de un menor.”(T-973-2011).