

Sentencia T-628/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

En ciertos casos y sólo de manera excepcional la acción de tutela procederá contra decisiones judiciales, cuando quiera que éstas desconozcan los preceptos constitucionales y legales a los cuales están sujetas, y cuando con aquella se persiga la protección de los derechos fundamentales de las partes.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas y específicas de procedibilidad

DEFECTO FACTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia/DEFECTO FACTICO-Dimensión positiva y dimensión negativa

DEFECTO FACTICO POR LA NO VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO/DEFECTO FACTICO POR VALORACION DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Criterios jurídicos para determinarlo

DERECHOS DEL NIÑO AL DESARROLLO ARMONICO E INTEGRAL Y A LA ESPECIAL PROTECCION-Corresponde garantizarlos, en primer lugar a la familia del niño, a falta de ésta deben la sociedad y el Estado protegerlo

De acuerdo con el Texto Fundamental le corresponde en primer lugar a la familia del niño, garantizar su derecho fundamental al desarrollo armónico e integral, procurando que se reciba el cuidado y amor por parte de ambos padres. A falta de ésta, deben la sociedad y el Estado asistirlo y protegerlo, así como estimular tales conductas y apoyar su cumplimiento mediante la adopción de mecanismos legales y la ejecución de políticas orientadas hacia el ejercicio pleno de sus derechos.

PERMISO A MENORES PARA SALIR DEL PAIS-Trámite por parte del Defensor de Familia, se debe indicar el tiempo de permanencia del niño en el exterior y los motivos para solicitar el permiso/PERMISO A MENORES PARA SALIR DEL PAIS-Cuando el menor va a residir en el exterior no se concede por un término limitado

En esta oportunidad, la petición se presentó ante el Juez de Familia con el fin de obtener un permiso indefinido, teniendo en cuenta que el niño y su madre fijaron su residencia en Canadá. En tal virtud, el trámite a seguir era el establecido en el numeral 5 del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, como efectivamente se hizo. Sin embargo, el funcionario judicial, llegado el momento de dictar sentencia, no podía fijar un término de vigencia para el permiso otorgado, toda vez que (i) las circunstancias particulares del caso no conducían a esa limitación; (ii) las normas que regulan los procesos verbales sumarios no señalan plazos para conceder los permisos de salida del país, ya que éstos se otorgarán por el tiempo solicitado dependiendo de las circunstancias propias del caso, y finalmente (iii) el artículo 110 del Código de la Infancia y Adolescencia no era aplicable.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Orden a Juzgado de Familia para pronunciarse sobre custodia en cabeza de la madre y la residencia del niño en Canadá

Referencia: expediente T- 2.984.618

Acción de Tutela instaurada por Nazly Ximena Guerrero González, en representación de su hijo Jesús Andrés Ochoa Guerrero, contra el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la cual confirmó la sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil diez (2010) del Tribunal Superior de Bogotá,

en cuanto concedió el amparo de los derechos invocados en la tutela presentada por Nazly Ximena Guerrero González en representación de su hijo Jesús Andrés Ochoa Guerrero contra el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

La señora Nazly Ximena Guerrero González, en representación de su hijo Jesús Andrés Ochoa Guerrero, a través de apoderado judicial instauró acción de tutela contra el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá con el fin de proteger los derechos fundamentales del niño, presuntamente vulnerados por la autoridad judicial demandada. Consideró que dentro del proceso verbal sumario de permiso para salir del país por ella iniciado, el Juzgado accionado no valoró las pruebas allegadas ni tuvo en cuenta el interés superior del niño, al negar el permiso para que su hijo saliera del país y continuara residiendo en Canadá.

Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Indica la accionante que contrajo matrimonio con William de Jesús Ochoa Torres y de esa unión nació Jesús Andrés Ochoa Guerrero. Señala que a los pocos años solicitó el divorcio y

en la respectiva sentencia, el juez dejó la custodia del niño a su cargo y estableció el régimen de visitas y alimentos a favor del padre.

1. Posteriormente, la señora Nazly Ximena contrajo nuevamente matrimonio con un ciudadano canadiense, radicándose en Toronto (Canadá). Por esta razón, solicitó al padre de su hijo una autorización para que el niño pudiera salir del país y residir con ella en el exterior, la cual se otorgó mediante escritura pública No. 1134 del 21 de febrero de 2008. Sin embargo, dice, al momento de salir del país, el 30 de septiembre de ese mismo año, el padre del niño sin motivo aparente, presentó un escrito ante el DAS negando su salida.

1. Relata que dada la urgencia del viaje y la posibilidad de perder la visa de residencia otorgada por Canadá, el 13 de noviembre de 2008 “se vio obligada” a firmar un nuevo documento en el que se acordaba la salida del país del niño por un período de dos meses y cedía temporalmente la custodia a su padre, hasta que la madre volviera a residir en Colombia. No obstante lo anterior, la accionante dejó constancia por escrito de la presión y coacción de la que fue víctima por parte del padre del niño, para suscribir el documento mencionado.

1. Sostiene que ante la intransigencia del padre y la falta de acuerdo, en enero de 2009 presentó demanda ante el juez de familia solicitando la autorización de la salida del niño por cambio de residencia. Resalta que aunque Jesús Andrés ya se encontraba en Canadá, era necesaria la decisión judicial para que pudiera entrar y salir de Colombia sin requerir el permiso del padre.

1. La demanda correspondió al Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, despacho que, a juicio de la accionante, al momento de fallar¹ no tuvo en cuenta las pruebas practicadas dentro del proceso y negó las pretensiones de la demanda, ordenando además el regreso del niño al país. En la sentencia, el despacho manifestó:

“(…) Ahora bien, tanto de los hechos de la demanda como del acervo probatorio se extrae que el niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero se encuentra radicado en Toronto – Canadá, con ‘status de residente’ en compañía de su madre Nazly Ximena Guerrero González y el esposo de ésta; que el niño salió del país gracias a un acuerdo firmado entre sus padres, de fecha 13 de noviembre de 2008, ‘con el compromiso de que el niño retornaría a Colombia el 22 de enero de 2009’ hecho que aún a la presente fecha no ha sucedido, encontrando el Despacho que el niño objeto del presente proceso se encuentra indebidamente retenido fuera del país por su madre Nazly Ximena Guerrero González, desde el día 23 de enero de 2009, época para la cual el niño debía retornar a su país de origen, siendo en consecuencia improcedente autorizar una salida del país al niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero cuando este por las vías de hecho ya se encuentra radicado fuera de él, más exactamente en Toronto – Canadá en compañía de su señora madre, Nazly Ximena Guerrero González.

Así las cosas, se han de despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Además, atendiendo la solicitud expresa del apoderado del demandante en sus alegaciones finales, es del caso ordenar a la señora Nazly Ximena Guerrero González que retorne al niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero al país, para lo cual, de conformidad con lo establecido en el art. 119 del C. de P.C., se le concederá un término de dos (2) meses.”

1. Para la accionante, el fallo dictado por el juzgado demandado constituye una vía de hecho ya que “si bien relaciona las pruebas que fueron practicadas dentro del proceso, lo cierto del caso es que no las tuvo en cuenta para nada, como que, las pruebas testimoniales y documentales acreditaban hasta la saciedad la necesidad que se tiene que el niño pueda permanecer al lado de su progenitora en Toronto (Canadá) y, por ende, poder venir a Colombia y salir del país, sin el temor y la zozobra que el padre lo impida y prevenir graves vulneraciones de los derechos del niño de edad (...).”

1. Así mismo, considera que esta situación viola a todas luces los derechos fundamentales del niño y su interés superior, así como el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, ya que, aunque el niño fue escuchado,

su opinión no fue tenida en cuenta en el fallo. Además, dice, “se encuentra probado que la madre garantiza a su hijo el ejercicio pleno de los derechos, lo que por el contrario el padre no hace, tal y como también fue probado”.

1. Alega además, que el citado fallo no tuvo en cuenta la confesión ficta o presunta en que incurrió el padre del niño al no comparecer ni justificar su inasistencia al interrogatorio de parte, al que fue citado dentro del proceso. Dicho comportamiento, señala, demuestra el poco interés que le asiste al señor Ochoa Torres sobre su hijo.

1. Igualmente, manifiesta que el único argumento señalado por el juez en la sentencia “se basa en el hecho que como el niño se encontraba fuera de Colombia, no había necesidad de entrar a adoptar la decisión judicial que se le solicitó en la demanda, lo que carece de total fundamento, ya que lo que se busca es que el niño pueda entrar y salir del Colombia sin ninguna complicación futura por parte del padre, obteniendo el permiso de un ente legal competente, como lo es el juez de familia. Además, agravó la situación y extralimitó su función y competencia ordenando el regreso del niño al país”.

1. Indica que tal es el daño que se causó al niño, que éste no quiere ver a su padre ni desea pasarle al teléfono.

1. Aunado a lo anterior, considera que se demostró dentro del proceso que el padre del niño no cumple con su obligación alimentaria, siendo obligación del funcionario judicial dar aplicación al artículo 129, párrafo noveno del Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual indica que mientras el padre no cumpla con sus obligaciones no será escuchado en la reclamación de sus derechos.

1. De otro lado, resalta que la defensora de familia asignada al Juzgado no rindió concepto en defensa de los derechos del niño, tal como lo señala la ley.

1. Finalmente, indica que no existe otro mecanismo para lograr la protección de los derechos del niño, pues el proceso es de única instancia, siendo la tutela el medio de defensa idóneo para el efecto. En consecuencia, solicita que el juez constitucional revoque la decisión proferida por el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, el 8 de octubre de 2010 y en su lugar, se conceda el permiso de salida del país por residencia a Jesús Andrés Ochoa Guerrero. Así mismo, solicita la suspensión provisional de la ejecución del ordinal segundo de la citada sentencia, donde se ordena el regreso del niño a Colombia en el término de dos meses.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá procedió a admitirla y ordenó correr traslado de la misma a la autoridad judicial accionada y la vinculación de los intervinientes dentro del proceso verbal sumario.

1. La titular del Despacho Diecisiete de Familia de Bogotá solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela.

Señaló que la decisión acusada “es el resultado de la valoración de las pruebas atendiendo las reglas de la sana crítica, observando y respetando el debido proceso y el derecho de defensa, teniendo en cuenta además el interés superior del niño, pues éste tiene todo el derecho de crecer al lado de su padre y/o no perder contacto con él, máxime cuando la señora Nazly Ximena Guerrero González por las vías de hecho tiene retenido fuera del país a su hijo Jesús Andrés Ochoa Guerrero, sin el consentimiento de su padre”.

1. Las partes vinculadas a la presente tutela guardaron silencio.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

Obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

1. Copia del Registro Civil de Nacimiento del niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero (folio 2 del cuaderno principal).

1. Copia de la audiencia pública dentro del proceso verbal sumario de permiso para salir del país iniciado por Nazly Guerrero González, en la cual se dictó sentencia (folios 3 al 10 del cuaderno principal).

1. Un cd que contiene la grabación en la que el padre del niño amenaza a la accionante para que regrese a Jesús Andrés al país (folio 34 del cuaderno principal).

1. Copia de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2010 por el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, en cumplimiento de la orden dictada por el Tribunal Superior al desatar la primera instancia (folios 66 al 82 del cuaderno principal)

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA –SALA DE FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

En Sentencia proferida el ocho (8) de noviembre de dos mil diez (2010), la Sala de Familia

del Tribunal Superior de Bogotá concedió el amparo de los derechos invocados por la tutelante con base en los siguientes argumentos:

Luego de examinar el expediente del proceso de permiso de salida del país, consideró que el juzgado accionado no fundó su decisión en los medios de prueba recaudados en el proceso “pues simplemente procedió a resumir lo manifestado por los testigos, el demandado y el niño en la entrevista que se practicó, pero no realizó análisis alguno de dichas pruebas sino que basó su decisión, de manera insular, en el hechos de que el niño se encuentra fuera del país, ‘... siendo en consecuencia improcedente autorizar una salida del país al niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero cuando éste por las vías de hecho ya se encuentra radicado fuera de él’ (sic)”.

A juicio de la Sala, el fallo accionado no se encuentra suficientemente motivado teniendo en cuenta que:

“(...) la juzgadora se apartó tanto de los hechos de la demanda de permiso de salida del país, que fue presentada a reparto el 19 de diciembre de 2008 -fl. 97 cdno ppal - los cuales dan cuenta de la serie de inconvenientes surgidos con el padre del niño, a la hora de otorgar un permiso de salida del país, lo que motivó a la demandante a buscar una solución por las vías legales - hecho 37 de la demanda - y, porque omitió observar que, la demanda fue presentada cuando el niño se encontraba fuera del país debidamente autorizado por el padre, hasta el 1 de enero de 2009, autorización que luego fue extendida por el padre, hasta el 31 de julio de 2009 - fl. 150 cdno ppal -; aspecto que no consideró en la sentencia - fl. 362 cdno ppal - y porque la negación de las pretensiones de la demanda, no es el producto de una valoración completa de las pruebas del proceso, de los hechos de la demanda y en especial del interés superior del niño JESÚS ANDRÉS OCHOA GUERRERO, sino que es el resultado de la valoración de un hecho que se presentó en el transcurrir del proceso, consistente en que había expirado el término del permiso otorgado por el padre antes de presentarse la demanda y que fue ampliado en la audiencia de conciliación, dentro del proceso objeto de censura, sin tener en cuenta que al presentarse la demanda el niño contaba con el permiso del progenitor, pues obsérvese que las pretensiones de la demanda van encaminadas, a obtener el permiso de salida del país de manera indefinida, precisamente para regularizar su situación en el país donde actualmente se encuentra y al que migró debidamente autorizado por el padre”.

Enfatizó que la demanda tenía como finalidad la regulación de la situación del niño junto a su madre en Canadá, razón por la cual la decisión de otorgar el permiso solicitado no podía repercutir adversamente a las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, dejó sin efectos la providencia del 8 de octubre de 2010 dictada por el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá y ordenó al mencionado despacho que, dentro de las 48 siguientes a la notificación del fallo, señalara fecha y hora para celebrar audiencia dictando sentencia debidamente motivada teniendo en cuenta los hechos y pretensiones de la demanda, independientemente de la conclusión a la que arribe, pero analizando todos los medios de prueba aportados al proceso.

1. IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La titular del despacho accionado impugnó la decisión con fundamento en lo siguiente:

Indicó que las pretensiones de la demanda de permiso para salir del país instaurada por la señora Nazly Guerrero carecían de sustento porque el niño se encontraba fuera del país sin el permiso del padre. Por esa razón, no se efectuó el análisis probatorio que echa de menos el juez constitucional.

Manifestó además, que la orden de ingreso al país del niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero se dictó con el fin de normalizar su permanencia en el exterior sin el permiso de su progenitor y “evitar las consecuencias que podría generarle un trámite de una restitución internacional del niño, porque lo que si está muy claro es que la custodia del niño según lo acordaron las partes está en cabeza del padre (folio 74) y que independientemente de estar en curso el proceso de permiso para salir del país, éste no produce la ampliación del permiso, porque a dicha vía judicial se debe acudir en el evento de encontrarse el niño en el país y no puede prestarse para desconocer el término por el que fue concedido un permiso para salir del país”.

Finalmente señaló que con la finalidad de no perjudicar académicamente al niño, su padre, en la audiencia de conciliación, manifestó su deseo de legalizar el permiso de salida hasta el 31 de julio de 2010, plazo incumplido por la accionante.

1. SEGUNDA INSTANCIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Mediante Sentencia proferida el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia de primera instancia reiterando los mismos argumentos.

Manifestó que el despacho judicial accionado desconoció las circunstancias de hecho que imperaban en el momento en que se presentó la demanda y omitió apreciar en conjunto las pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con el fin de preservar el derecho fundamental al debido proceso y los derechos superiores del niño.

De otro lado, señaló que no era viable ordenar el retorno del niño al país ya que en caso de presentarse permanencia ilegal de un infante en el extranjero, los padres cuentan con los instrumentos que brinda tanto el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Niños.

1. CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN PROFERIDA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA EL 8 DE NOVIEMBRE DE 2010

En cumplimiento de lo ordenado por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá dentro del fallo de dictado dentro de la tutela de la referencia, el Juzgado Diecisiete de Familia de esta ciudad citó a audiencia pública para dictar fallo el día 17 de noviembre de 2010.

Luego de analizar las pruebas allegadas y decretadas en el proceso y de hacer un llamado de atención a los padres del niño, la titular del despacho señaló:

“(…) del material probatorio recaudado se desprende que el niño desde hace dos años aproximadamente se encuentra viviendo con la madre en Canadá, y los testigos, el mismo niño en su entrevista, dan cuenta que el niño se encuentra en excelentes condiciones allí, que se ha integrado en su colegio, en la Iglesia, en la comunidad y lo más importante encuentra amor y bienestar en el hogar que comparte junto con su madre y su nuevo

cónyuge, de quien recibe apoyo moral, afectivo y económico, estas circunstancias probadas que rodean al niño llevan a concluir que el permiso que solicita en principio debe ser otorgado a pesar que la titular de este Despacho aún le asalten dudas en relación a si existe o no objeto en este asunto, porque el niño ya no está en el país, no obstante ello y como quiera que del contenido del fallo de tutela y del salvamento de voto, se desprende que la posición mayoritaria de la Sala de Familia apunta indudablemente a que este proceso si tiene objeto de ser y que no obstante encontrarse el niño fuera del país, puede ser concedido un permiso para salir del país con el fin de legalizar su permanencia en el exterior, la cual sea oportuno señalar el mismo demandado legalizó hasta el 31 de julio del año anterior, este despacho considera viable otorgar el permiso para salir del país al niño, pero en los estrictos términos de que trata el art. 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia que preceptúa: El permiso tendrá vigencia por sesenta días hábiles contados a partir de su ejecutoria. No puede en consecuencia el despacho conceder un permiso indefinido.

En cuanto al polémico acuerdo suscrito el 13 de noviembre de 2008 (...) no se advierte la circunstancia anotada por la demandante que afirma que se vio obligada a firmar el tan mencionado acuerdo, pues es la abuela materna quien afirma: William le otorgó el permiso de salir del país al niño sin ningún problema y en la actualidad el niño Jesús Andrés reside con su mamá Nazly Ximena y con su padrastro Morris Franco.” (Negrillas fuera del texto original).

En consecuencia, el juez concedió el permiso para salir del país al niño por 60 días hábiles contados desde la ejecutoria de la providencia y negó las demás pretensiones de la demanda.

1. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

El citado expediente fue remitido a esta Corporación el 8 de junio de 2011.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

1. PROBLEMA JURIDICO

En el asunto de la referencia, corresponde determinar a la Sala si el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, al proferir la sentencia dentro del proceso verbal sumario de permiso para salir del país, incurrió (i) en un defecto fáctico por no valorar el acervo probatorio; (ii) en un defecto sustantivo por error en la interpretación del artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia, norma que reglamenta el permiso que debe dar el defensor de familia para que un niño salga del país y, (iii) desconoció el principio de prevalencia del interés superior del niño, al negar el permiso de manera indefinida para que Jesús Andrés Ochoa Guerrero saliera del país y continuara residiendo en Canadá junto a su madre, circunstancia que puede afectar su desarrollo armónico e integral.

Con el fin de solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala: reiterará primero, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; segundo, la posición de esta Corporación frente al principio de interés superior del niño y; tercero, analizará el caso concreto.

1. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

De manera reiterada, esta Corporación ha sostenido² que la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional, cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular³.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que, en principio, esta acción no

procede contra decisiones judiciales, por las siguientes razones: “en primer lugar, el hecho de que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; en segundo lugar, el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica y, en tercer lugar, la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático⁴”.

Bajo este entendido, en ciertos casos y sólo de manera excepcional la acción de tutela procederá contra decisiones judiciales, cuando quiera que éstas desconozcan los preceptos constitucionales y legales a los cuales están sujetas, y cuando con aquella se persiga la protección de los derechos fundamentales de las partes⁵.

En consecuencia, la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005⁶, consideró necesario que en estos casos la acción de tutela cumpla con dos tipos de requisitos: (i) unos requisitos generales de procedencia de naturaleza estrictamente procesal, y (ii) unas causales específicas de procedibilidad de naturaleza sustantiva que recogen los defectos que antes eran denominados vías de hecho.

1. Causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Los requisitos generales de procedencia señalados en la sentencia C-590 de 2005 son los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁷. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁸. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁹. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹⁰. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹¹. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹². Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.” (Negrillas fuera de texto).

Los anteriores requisitos son circunstancias que deben concurrir para que el juez constitucional continúe con el análisis del asunto y así pueda determinar la procedibilidad del amparo constitucional.

1. Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

En la sentencia citada, se determinó que luego de verificarse el cumplimiento de los anteriores requisitos generales de procedencia de la tutela, el accionante debe demostrar igualmente la ocurrencia de al menos una de las causales especiales de procedibilidad o vicios en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión atacada. Estas condiciones de procedibilidad son las siguientes:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹³ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos

fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹⁴.

h. Violación directa de la Constitución.” (Negrillas fuera de texto).

En cada caso, el juez constitucional debe analizar el fondo del asunto de forma tal que, sin desconocer las garantías constitucionales, se proteja la seguridad jurídica. Sin embargo, de presentarse al menos uno de los defectos o vicios denominados causales de procedibilidad, existe un motivo o razón suficiente para que la acción de tutela proceda contra la decisión judicial acusada.

1. Consideraciones sobre el defecto fáctico. Reiteración de jurisprudencia

Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corte determinó que la existencia de un defecto fáctico que convierte una decisión judicial en una vía de hecho, se presenta cuando se constata que “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado”.¹⁵

La doctrina constitucional sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales por haberse incurrido en defecto fáctico es sumamente clara y exige que “se hayan dejado de valorar pruebas legalmente aducidas al proceso, o que en la valoración de las pruebas legalmente practicadas se haya desconocido manifiestamente su sentido y alcance y, en cualquiera de estos casos, que la prueba sobre la que se contrae la vía de hecho tenga tal trascendencia que sea capaz de determinar el sentido de un fallo. Sólo bajo esos supuestos es posible la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso

a la administración de justicia, de manera que cuando los mismos no satisfagan estas exigencias, no procede el amparo constitucional pues se trata de situaciones que se sustraen al ámbito funcional de esta jurisdicción”.¹⁶

Por consiguiente, aunque el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento,¹⁷ “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)”,¹⁸ dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria. La evaluación del acervo probatorio por el juez implica, necesariamente, “la adopción de criterios objetivos,¹⁹ no simplemente supuestos por el juez, racionales,²⁰ es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos,²¹ esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”²²

En desarrollo de lo explicado, la jurisprudencia de la Corte fijó el alcance de este defecto señalando que éste se presenta cuando resulta evidente que se omitió decretar pruebas que eran necesarias o que la valoración de las existentes fue realizada de manera caprichosa o arbitraria.²³

Al respecto ha dicho la Corte:

“En otras palabras, se presenta defecto fáctico por omisión cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia ‘impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido’. Existe defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque ‘no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.’ Hay lugar al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien ‘el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva’ dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de

manera ilícita”.²⁴

De manera que, de acuerdo con lo anterior, la Corte ha reconocido dos dimensiones en las que se presenta este defecto:

i) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa²⁵ u omite su valoración²⁶ y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente²⁷. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez²⁸.

ii) Una dimensión positiva que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución²⁹.

1. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio.

Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existen elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta al fundamentar la decisión respectiva, y se hace evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.³⁰

Sobre este particular, en la sentencia T-814 de 1999³¹, la Corte resolvió un caso en el cual los jueces de lo contencioso administrativo no advirtieron ni valoraron, para efectos de tomar la decisión del caso (acción de cumplimiento contra la Alcaldía de Cali, con ocasión de la construcción del metro ligero), el material probatorio debidamente allegado al proceso. Esta situación a juicio de la Corte, constituyó una vía de hecho por defecto fáctico. Sobre el punto consideró la Corte:

“Ni en el fallo del Tribunal ni en el fallo del Consejo de Estado se hace una valoración de la prueba mencionada, que les permitiera a estas Corporaciones deducir la obligación para el alcalde de dicha ciudad de promover la consulta popular, previa a la realización del proyecto

del metro ligero de Cali, pues para ellas el aspecto probatorio en estos procesos no es relevante. En efecto, el Tribunal dijo que las pruebas arrimadas al proceso de la acción de cumplimiento “no tienen influencia alguna en esta decisión” y el Consejo de Estado por su parte, si bien mencionó el aludido testimonio en los antecedentes no hizo ninguna valoración del mismo.

La razón por la cual tanto el Tribunal como el Consejo ignoraron las mencionadas pruebas indudablemente estriba en la interpretación que estas Corporaciones tienen en cuanto a la procedencia de la acción de cumplimiento, porque en diferentes apartes de sus sentencias se afirma rotundamente que el deber incumplido debe emerger directamente de la norma. Es decir, que de ésta debe desprenderse una especie de título ejecutivo, configurado por una obligación clara, expresa y actualmente exigible, descartándose por consiguiente toda posibilidad de interpretación sobre el incumplimiento de la norma por la autoridad demandada, con arreglo a los métodos tradicionalmente admitidos, y con sustento a las pruebas que oportuna y regularmente aporten las partes o las que oficiosamente está en la obligación de decretar y practicar el juez de conocimiento.

Considera la Sala, en consecuencia, que se estructura la vía de hecho por defecto fáctico, porque ni el Tribunal ni el Consejo al decidir sobre las pretensiones de la acción de cumplimiento, valoraron la prueba antes referenciada, y omitieron decretar y practicar las pruebas conducentes y tendientes a establecer la existencia o no del incumplimiento de la autoridad demandada.” (Negrillas de la Sala)

1. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio.

Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva³².

Ello se presenta en hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, como en el caso de la sentencia T-450 de 2001³³, en el que un juez de familia en un proceso de aumento de cuota alimentaria, en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico

claro, decidió aumentarle la cuota alimentaria al demandado. Afirmó la Corte:

“En el proceso que ahora es objeto de revisión, no se aprecian las pruebas y razones que justifiquen la decisión tomada por el Juez 15 de Familia de Bogotá, pues aunque la materia sobre la que versa el proceso -aumento de cuota alimentaria- compromete principios centrales dentro de la organización social (v.gr. la protección del niño, la vigencia del principio de solidaridad, el valor de la justicia y la equidad), que, en principio, alentarían una postura activa por parte del juez competente con el propósito de proteger integralmente los derechos de un niño, su acción no puede estar absolutamente desligada de las pruebas allegadas o decretadas dentro del proceso -en esta oportunidad, las presentadas por la madre- Así, todo reconocimiento superior a las sumas probadas dentro del proceso, e incluso a los derechos alegados, debe estar plenamente sustentada, so pena de convertir a la decisión judicial en un acto arbitrario que tiene un grave vicio fáctico y lesiona los derechos de la parte vencida en el juicio -en este caso el señor Apóstol Espitia Beltrán-.

“En el expediente no existen pruebas o indicios que avalen la posibilidad de aumentar la cuota alimentaria de la manera como lo hizo el juez competente, y si bien tras su determinación existe una clara intención encaminada a proteger los derechos de la niña, reprochando a su vez la indisposición que demostró el padre durante el trámite del proceso, estas no son razones suficientes para justificar la decisión, pues aquí también está en juego el respeto al debido proceso que se predica de toda actuación judicial. Por eso, tiene razón el juez de instancia a quien le correspondió conocer de la tutela, cuando afirma que: “a pesar de que se adopte la tesis que el juez en algunas materias de familia puede fallar más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido, lo que si no puede hacer es más allá o por fuera de lo probado, ya que en tal caso la decisión sólo responde a su propio arbitrio, contradiciendo el deber de motivación o fundamentación de la providencia, lo cual vulnera ostensiblemente el debido proceso”. Por estas razones el fallo de instancia será confirmado.” (Negrillas fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, y tal como lo ha advertido la Corte, sólo es factible fundar una acción de tutela frente a un defecto fáctico cuando se observa que la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia es manifiestamente arbitraria. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el

juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”³⁴.

1. Defecto material o sustantivo en la jurisprudencia constitucional.

El defecto sustantivo como una circunstancia que determina cierta carencia de juridicidad de las providencias judiciales, aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.

En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador , (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva³⁵.

1. La interpretación como causa del defecto sustantivo

En líneas generales, la acción de tutela es improcedente para desautorizar interpretaciones judiciales que se hacen dentro del marco de la autonomía y de la independencia propia de los jueces, bajo criterios y argumentos razonables. Precisamente, en aras de salvaguardar tanto el principio de autonomía judicial como el de desconcentración judicial y la seguridad

jurídica, la acción de tutela contra las providencias de los jueces constituye un mecanismo excepcional para que se admita su procedencia; pues, de lo contrario la incertidumbre jurídica sería la constante en todas las relaciones al interior de la sociedad.

Es por ello, que el defecto material por interpretación ha sido definido por la jurisprudencia constitucional³⁶ como aquél que se origina en una interpretación de las preceptivas legales y el que se deriva de la interpretación de una disposición normativa contraría a los postulados constitucionales.

Así, sin perder de vista la condición excepcional de los requisitos de procedibilidad contra providencias judiciales, debe analizarse en detalle cuándo se configura el defecto sustantivo por interpretación. Sobre el punto, la sentencia T-1045 del 24 de octubre de 2008 dijo lo siguiente:

“la autonomía funcional del juez protege la aplicación razonable del derecho y ‘no puede convertirse en patente de corso para aplicar cualquier interpretación posible’, ya que ‘el sistema jurídico, en sus distintos niveles, impone restricciones a las interpretaciones posibles, de suerte que resulta relativamente sencillo distinguir entre las correctas y aquellas que no satisfacen dicho requerimiento’. La autonomía judicial no equivale, entonces, ‘a la libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho’, puesto que ‘de la Constitución surgen tres restricciones igualmente fuertes: el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las altas Cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional’.³⁷

Así las cosas, ‘cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada)’³⁸, se configura un defecto sustantivo que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, torna procedente la acción de tutela en contra de la decisión judicial.

Nótese que, tratándose de la interpretación de disposiciones legales como causa del defecto sustantivo la jurisprudencia de la Corporación ha identificado dos motivos genéricos. Tratándose del primero de esos motivos tienen una incidencia notable las fallas en la

interpretación de la ley aplicable al caso, fallas que han de ser protuberantes para que sea factible predicar que a la ley se le ha otorgado un sentido contraevidente. El segundo de los comentados motivos está caracterizado por una mayor incidencia del desconocimiento de la Constitución, dado que la interpretación de la ley se traduce en defecto sustantivo debido a que en el proceso interpretativo se dejan de tomar en cuenta contenidos superiores que a la luz del caso concreto han debido guiar ese proceso y condicionar su resultado.

(...)

Es posible que en algunas circunstancias concurren los dos motivos genéricos señalados y que la interpretación contraevidente de la ley –que ya de por sí riñe con la Carta- comporte, así mismo, la vulneración de ciertos contenidos de la Constitución, que sean relevantes para el caso específico. Empero, los motivos referentes a la interpretación que dan lugar al defecto sustantivo son, en principio, independientes y, en consecuencia, no es indispensable que concurren para que sea viable hablar de defecto sustantivo derivado de la interpretación, pues pueden configurarse por separado, hipótesis en la cual, cada uno genera el anotado defecto sustantivo, sin necesidad de que se configure la otra causal.”³⁹ (Subraya fuera de texto)

De lo anteriormente expuesto puede colegirse, sin perjuicio de la independencia y autonomía de que gozan los funcionarios judiciales para interpretar las normas, que el defecto sustantivo por interpretación puede configurarse por dos motivos: primero, porque el juez le otorga a la norma un sentido y alcance que ésta no tiene y, segundo, porque la autoridad le confiere a la norma una interpretación posible dentro de las varias interpretaciones que ofrece la disposición, pero que contraviene postulados de rango constitucional.

Cabe aclarar, que para que se configure este defecto no es necesario que concurren las dos razones genéricas esbozadas, pues basta que se presente tan solo una de ellas para su estructuración.⁴⁰

1. DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Nuestra Carta Política, en consonancia con los tratados internacionales que hacen parte del

bloque de constitucionalidad, exige un trato preferente, especial y prioritario de los derechos fundamentales de los niños, y en su artículo 44 dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos con el objeto de garantizar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos.

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos⁴¹ dispone:

Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requiere por parte de la familia, de la sociedad y el Estado.

En la misma línea de protección, la Convención sobre los Derechos del Niño⁴² establece:

Artículo 6. 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán porque 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. 2. 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. (...)

Artículo 18. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán

la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Con fundamento en los anteriores preceptos superiores, el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolló el principio del interés superior del niño de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.”

La aplicación de este principio, comporta que los niños sean destinatarios de un trato preferente, en razón a su carácter jurídico de sujetos de especial protección y por lo tanto, sus derechos deben ser valorados de acuerdo con las circunstancias específicas del caso. Es decir, que el interés superior del niño tiene un contenido de naturaleza real y relacional, aspecto que demanda una verificación y una especial atención de los elementos concretos y específicos que identifican a los niños, a sus familias, y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente.

En ese sentido, esta Corporación ha indicado, de acuerdo con las disposiciones nacionales e internacionales ya mencionadas, los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los niños, a saber: (i) la prevalencia del interés del niño⁴³; (ii) la garantía de las medidas de protección que requiere por su condición de niño⁴⁴; (iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, en condiciones de libertad y dignidad⁴⁵. Lo anterior, significa que es ineludible rodear a los niños de garantías y beneficios que los protejan en su proceso de formación.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha resaltado el deber de observancia, que recae sobre todas las actuaciones, oficiales o privadas, que conciernan a los niños, de sus derechos e intereses,⁴⁶ reiterando su calidad de sujetos de especial protección constitucional.

En armonía con las anteriores directrices, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece, en su artículo 9, que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”.

Sobre este punto, en las sentencias T-510 de 200347 y T-397 de 200448 la Corte explicó que las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un niño, con el fin de determinar su interés superior, deben (i) atender a los criterios jurídicos relevantes, y (ii) basarse en una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al niño involucrado:

“La determinación del interés superior del niño se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto: “el interés superior del niño no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,⁴⁹ sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”. Sin embargo, se precisó en la misma oportunidad que ello no excluye la existencia de criterios generales que pueden guiar a los operadores jurídicos al momento de determinar cuál es el interés superior de un niño y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares. La aplicación de tales lineamientos, proporcionados por el ordenamiento jurídico, se debe combinar con la consideración cuidadosa de las especificidades fácticas que rodean a cada niño en particular, para efectos de llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente. Según estableció la Corte en la providencia que se cita, “para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas-las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados-, como (ii) jurídicas-los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-”. Como corolario de lo anterior, se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para

evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los niños implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los niños que requieren su protección-deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.” 50

1. Derecho al desarrollo armónico e integral del niño. Importancia de la relación parental para la efectividad de este derecho

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 44 de la Carta Política, los niños tienen derecho a un desarrollo armónico e integral, el cual es responsabilidad, en primer lugar, de la familia. A fin de que ese desarrollo armónico sea efectivo, la familia del niño, y en su defecto el Estado y la sociedad, tienen la obligación de cuidarlo, asistirlo y protegerlo desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social y en el ejercicio pleno y goce efectivo de sus derechos.

Si bien es cierto el desarrollo armónico e integral es un concepto complejo que comprende múltiples aspectos, la legislación y la jurisprudencia han reconocido el papel fundamental que cumple el cuidado y el amor de los padres del niño en ese desarrollo.

En el ámbito legal, el Código Civil, por ejemplo, establece los derechos y deberes recíprocos de padres e hijos,⁵¹ el Código de la Infancia y la Adolescencia, por su parte establece la responsabilidad parental, como 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”.⁵²

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 12 de 1991, establece en su artículo 9.3. el deber de los Estados Partes de respetar “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,” y en su artículo 10.2, el derecho de los niños cuyos padres residan en Estados diferentes, a mantener, “salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.”

La Corte también ha resaltado la importancia de la relación parental en el desarrollo armónico e integral de los niños. Así por ejemplo, en la sentencia C-273 de 200353, la Corte dijo lo siguiente:

“En lo que respecta a las relaciones parentales el interés superior del niño desarrolla un papel de suma trascendencia, puesto que está llamado a orientar los derechos y responsabilidades de los padres en la crianza y educación del hijo y el deber del Estado de garantizarlos y apoyarlos. Los derechos de los padres no son absolutos sino que encuentran un límite en los derechos de los niños, es decir por su interés superior, y por ello las facultades de orientación y dirección de los hijos se limitan por el objetivo de la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos.

(...)

El derecho fundamental de los niños al cuidado y amor, consagrado como novedoso en la Constitución de 1991, guarda armonía con distintos textos internacionales, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo artículo 25 numeral 2º prescribe que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”; con la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que en su preámbulo establece que ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, por lo cual gozará de una “protección especial y dispondrán 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.”⁵⁴

(...)

Así pues, por parte de la comunidad internacional existe un especial interés en el cuidado y amor a que tienen derecho todos los niños del mundo, que para el caso colombiano se traduce, en sentir de la Corte, en “un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad. Así, logran identificarse como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico superior que irradia todo el ordenamiento jurídico’⁵⁵.

(...)

En lo que atañe al derecho fundamental de los niños al cuidado y amor, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en su efectividad primeramente está comprometida la familia como célula de la sociedad, pues “La unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños.

La estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niño; un ambiente estable y seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos. A la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena’.⁵⁶”

De manera que, de acuerdo con el Texto Fundamental le corresponde en primer lugar a la familia del niño, garantizar su derecho fundamental al desarrollo armónico e integral, procurando que se reciba el cuidado y amor por parte de ambos padres. A falta de ésta, deben la sociedad y el Estado asistirlo y protegerlo, así como estimular tales conductas y apoyar su cumplimiento mediante la adopción de mecanismos legales y la ejecución de políticas orientadas hacia el ejercicio pleno de sus derechos.

Finalmente, de acuerdo con los anteriores criterios, la Sala evaluará si en el caso concreto, la decisión del Juzgado Diecisiete de familia, de no permitir al niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero vivir en Canadá junto a su madre, al no otorgar el permiso para salir del país de manera indefinida, amenaza o vulnera sus derechos fundamentales, dadas las pruebas que obran en

el expediente sobre los supuestos riesgos para la estabilidad emocional del niño y su desarrollo armónico e integral en caso de vivir junto a su padre en Colombia.

1. CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO CONCRETO

En el caso objeto de estudio, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra establecido lo siguiente:

1. Observaciones generales

El niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero nació de la unión de la accionante con William de Jesús Ochoa Torres. Poco después la ahora accionante solicitó el divorcio y en la respectiva sentencia, el juez ordenó que el niño quedara bajo la custodia de su madre.

Posteriormente, la señora Nazly Guerrero contrajo matrimonio con un ciudadano canadiense y se radicó en Toronto (Canadá). Por esta razón, solicitó al padre de su hijo una autorización para que el niño pudiera salir del país, la cual se autorizó mediante escritura pública el 21 de febrero de 2008. Sin embargo, el mencionado permiso fue revocado por el padre llegado el momento del viaje.

Como consecuencia de lo anterior y para evitar futuros enfrentamientos con el padre del niño, presentó demanda ante el juez de familia solicitando la autorización de la salida del niño por cambio de residencia, aunque el niño ya se encontraba en Canadá.

La demanda correspondió al Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, despacho que en sentencia del 8 de octubre de 2010 negó las pretensiones de la demanda y ordenó el regreso del niño al país.

Por su parte, la autoridad judicial accionada al contestar la demanda, consideró que su decisión estuvo precedida por una valoración probatoria ajustada a las reglas de la sana crítica. Además, consideró que se respetó el debido proceso y el interés superior del niño, quien tiene “el derecho de crecer al lado de su padre y/o no perder contacto con él, máxime

cuando la señora Nazly Ximena Guerrero González por las vías de hecho tiene retenido fuera del país a su hijo Jesús Andrés Ochoa Guerrero, sin el consentimiento de su padre”.

Sin perjuicio de lo anterior y en cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Familia del Tribunal de Bogotá, juez de primera instancia, el Juzgado Diecisiete profirió nueva sentencia, concediendo el permiso al niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero para estar fuera del país por el término de dos meses, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

1. Análisis de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales en el presente caso.

Para atender el problema jurídico planteado, en primer término, es preciso verificar si el presente caso cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

En ese orden de ideas, la Sala advierte, en primer lugar, que la cuestión que se discute resulta de evidente relevancia constitucional por tratarse de la protección de los derechos fundamentales del niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero; en segundo lugar, que la demandante agotó todos los medios de defensa judiciales de los que disponía para la defensa de los derechos de su hijo, ya que dentro del proceso hizo uso de las herramientas contempladas para defender sus intereses. Al respecto, debe resaltarse que el proceso para obtener el permiso para salir del país, es verbal sumario, de única instancia. Por esta razón, luego de proferida la sentencia, no era procedente recurso alguno.

En tercer lugar, se observa que la tutela se interpuso en un tiempo razonable, ya que la decisión atacada es de fecha 8 de octubre de 2010 y la acción se presentó el 19 de octubre de ese mismo año. Por último, en el presente caso se identificaron de manera clara los hechos que generaron la vulneración y no se trata de una sentencia de tutela.

Lo anterior permite establecer el cumplimiento de las causales generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Una vez verificadas las anteriores exigencias, la Sala analizará si en el presente caso el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá

incurrió en uno de los defectos contemplados por la jurisprudencia constitucional como requisito específico de procedibilidad de la acción tutela en estos eventos.

1. Análisis de los requisitos especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en el presente caso.

En el caso objeto de estudio, la petición de la accionante se sustenta en la falta de valoración de las pruebas allegadas al proceso por parte del Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, al momento de dictar sentencia y negar la salida del país de Jesús Andrés Ochoa Guerrero.

Como consecuencia de lo anterior, a juicio de la actora, el despacho accionado vulneró los derechos fundamentales de su hijo y desconoció el principio del interés superior del niño, el cual debe prevalecer en toda actuación.

De acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa, el funcionario judicial puede incurrir en un defecto fáctico por no valorar el acervo probatorio, al omitir considerar pruebas que obran en el expediente bien porque no las advierte o simplemente no las tiene en cuenta para efectos de fundamentar la respectiva decisión.

Ahora bien, para determinar si el controvertido fallo estuvo o no fundado en una valoración probatoria, es necesario transcribir los apartes pertinentes del mismo y reseñar las pruebas allegadas y practicadas dentro del proceso.

Como soporte de las pretensiones, la señora Nazly Guerrero allegó los siguientes documentos:

1. Copia de la sentencia de divorcio del matrimonio entre Nazly Ximena Guerrero González y William de Jesús Ochoa Torres.

1. Copia de la certificación expedida por la Notaria 24 de Bogotá en la que manifiesta que no existe nota revocatoria de la escritura pública No. 1134 del 21 de febrero de 2008, razón por la cual se encuentra vigente en lo que respecta a esa Notaría.

1. Copia de la autorización para vivir en el exterior, suscrita por el señor William Ochoa Torres el 21 de febrero de 2008, en la cual da permiso para que su hijo viva en el exterior por tiempo indefinido en compañía de su madre, Nazly Guerrero González.

1. Copia de una impresión del tiquete electrónico de fecha 30 de septiembre de 2008 con destino Bogotá – Toronto, vía AirCanada.

1. Copia de declaración extraproceso rendida por el señor Germán Aguirre Licht, de profesión médico psiquiatra – psicoanalista en la que manifiesta haber asesorado emocionalmente tanto a la madre como al niño por los miedos que éste último siente hacia su padre.

1. Copia de la constancia de no acuerdo expedida por el Centro de Conciliación de la Personería de Bogotá, de fecha 20 de octubre de 2008.

1. Copia del acuerdo de voluntades suscrito por los señores Nazly Guerrero González y William Ochoa Torres, el 13 de noviembre de 2008, mediante el cual, la madre cede temporalmente la custodia del niño al padre y se otorga permiso para salir del país por 2 meses.

1. Copia de escrito firmado por Nazly Guerrero González en el que manifiesta que fue obligada a firmar el acuerdo del 13 de noviembre de 2008 por el padre de su hijo, para

obtener el permiso de salida del país y no perder la visa de residencia que les fue concedida por el estado Canadiense.

1. Certificación expedida por el director del Colegio Católico Nuestra Señora de los Dolores, ubicado en Etobicoke, Ontario, Canadá, en donde se manifiesta que el niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero es alumno de esa institución desde el 1 de diciembre de 2008. Este documento se encuentra traducido al español por una traductora acreditada.

1. Copia del informe escolar del niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero, de fecha 3 de marzo de 2009.

En la etapa de conciliación, surtida en audiencia del 17 de junio de 2009, las partes no llegaron a un acuerdo sobre la concesión de permiso de salida del país del niño. Sin embargo, el padre del niño, extendió el permiso otorgado inicialmente hasta el 31 de julio de 2009 con el fin de no perjudicarlo en su actividad académica.

Durante la etapa probatoria, el despacho decretó interrogatorio de parte a la demandante, Nazly Ximena Guerrero González, a Jesús Andrés Ochoa Guerrero, los cuales se realizaron a través del Ministerio de Relaciones Exteriores en el Consulado de Colombia en Canadá y al padre del niño, William de Jesús Ochoa, este último no se realizó debido a la no comparecencia injustificada del demandado. Igualmente, recibió los testimonios de las siguientes personas: Ricardo Ortiz Bonilla, Gloria Inés González de Guerrero y Fabiola García.

En respuesta a las preguntas remitidas por el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá al Consulado de Colombia en Canadá, la señora Nazly Guerrero González manifestó:

“1. Manifiesta por qué razón usted no regresó junto con su niño hijo en el mes de enero de 2009 a Colombia?

Respondió: Porque yo nunca estuve de acuerdo con el documento que él me obligó a firmar al final porque él me había concedido el permiso de salida del niño, me había firmado todos

los documentos para adelantar la residencia y ya pues con todos los planes de una manera caprichosa, sin avisar y sin explicación alguna fue al DAS y pasó un escrito simple diciendo que ya no estaba de acuerdo. Entonces eso demuestra que es una persona muy variable, por ejemplo se ha casado 3 veces, ha convivido con varias personas y de por medio estaba el bienestar de mi hijo. Yo estuve hablando de este tema con mi hijo y el niño no quería volver tampoco, el papá ante esto pues lo presionó mucho psicológicamente, lo llamaba y le decía que le iba a mandar la policía para que volviera y el niño no quería volver, el niño me dice que está bien acá, se adaptó a su colegio, ya tiene amigos, inclusive yo mandé las copias de las notas del colegio donde dice que tiene un inglés bueno, que ya se adaptó y yo pienso que ante todo debe estar antes que mis deseos o los del papá, el bienestar del niño, me parece que es lo más importante de todo esto y yo no podía devolver al niño sabiendo lo autoritario que es él con el niño y sabiendo que él ya organizó su vida, tiene otros hijos, ya tiene esposa y eso está bien, pero cuando el niño iba de visita allá me comentaba que cuando habían discusiones o malos entendidos la mamá siempre prefería a su hijo y es normal y pues el papá siempre le decía que mi hijo era más grande y el otro era un bebé y yo no podía dejar a mi hijo en manos de una madrastra que yo no estoy diciendo que sea mala pero va a preferir sus hijos siempre ya que el papá trabaja y no tiene tiempo para dedicarle al niño. (...) yo no desconozco que el papá tiene derechos y por eso mismo también yo solicité una regulación de visitas como las tenía antes pero con otros términos de tiempo porque ya vivimos acá. Pero el niño tiene un mejor futuro acá y un mejor bienestar acá.

Por ejemplo, antes de salir de Colombia y estando acá el padre no ha cumplido con la cuota alimentaria, en la sentencia que nos dieron antes, cuando me concedieron la custodia, él se comprometió a adquirir un seguro de universidad para el niño, tampoco nunca lo hizo. Yo ya lo hice acá, además si él estuviera pendiente del hijo, cómo es posible que nunca fue al pediatra como lo demuestra la historia clínica, que en el último colegio que estuvo antes de venirnos yo era la única acudiente y antes de venirnos también, yo tenía al niño en el colegio Montessori y él me dijo que no podía seguir pagando eso porque tenía otro hijo, entonces que mirara a ver que hacía. Entonces por eso digo que el niño está mejor acá.

2. Acordó Usted con el padre del niño una fecha diferente para el regreso del niño JESÚS ANDRÉS OCHOA GUERRERO al país?

Primeramente, el papá sabía que nos quedábamos a vivir acá y estuvo de acuerdo y firmó

todas las autorizaciones sin presión alguna, después cuando empezó este proceso, tengo entendido que el extendió el término, una cosa así. (...) Sin embargo también yo quiero aclarar que nunca he interferido en la comunicación del niño y del papá, que las puertas están abiertas, yo le di al papá nuestro teléfono, el e-mail dentro del proceso está la dirección, el tiene total acceso de comunicación al niño pero la última vez que hablaron el papá se molestó mucho y le empezó a decir al niño que yo era una mentirosa y que lo iba a hacer regresar como fuera y tuvieron una discusión y colgaron y el niño se sintió incómodo y no quiso volver a llamar. Yo le dije al niño que lo llamara el día del padre, le dije que lo llamara el cumpleaños y el niño dice que no, que siente que él lo regaña cada vez que llama y que le dice cosas feas, la última vez se le puso bravo porque le decía dígame algo a su hermanito y él le decía pero que le digo y él se ponía bravo, entonces el niño se siente muy presionado”.

Por su parte, el niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero manifestó:

“1. Con quién o quienes vives en este momento? Y como es el trato que estas personas te dan?

Respondió: Con mi mamá y con el esposo de mi mamá que es muy bien conmigo. Ellos me tratan bien, ellos me compran, ellos también juegan conmigo, ponen cuidado a mi opinión, ellos pagan todo lo mío, no como mi papá que no pagaba nada.

2. Quién asume tu cuidado personal?

Mi mamá, pero cuando está trabajando que son 2 horas, el esposo de mi mamá que se llama Mauricio. Es solo una o dos horas.

(...)

5. Cuándo fue la última vez que viste a tu padre WILLIAM DE JESÚS OCHOA TORRES?

En el aeropuerto, cuando me estaba yendo hace como 8 meses y no he hecho contacto con él porque cuando llamó por ahí en febrero dijo que mi mamá era una mentirosa, me regañó y me colgó el teléfono. Mi mamá me ha dicho que lo llame en el cumpleaños que fue como el 15 de septiembre y cosas especiales pero yo no he querido.

6. Cómo es la relación con abuelos, tíos y otros parientes por parte de la madre?

Yo he crecido con mis abuelos desde que tenía 3 años, mis primos me tratan bien, mis tíos y tías también, nos juntamos en cumpleaños, en navidad, en el Halloween y todas esas cosas y siempre nos vamos de vacaciones juntos, excepto este año que me vine para acá.

7. Cómo es la relación con abuelos, tíos y otros parientes por parte del padre?

Pues no sé donde mi primo vive pero a veces va a la finca, no he visto mucho a mis abuelos y sólo se en donde mi abuela vive.

8. Si existe comunicación telefónica o por Internet con su papá WILLIAM DE JESÚS OCHOA TORRES y cada cuánto y cómo se siente cuando se comunica con él.

No tengo comunicación telefónica porque no he querido, mi mamá me ha dicho pero yo le he dicho que no.

Tienes comunicación por Internet?

Él no sabe usar Internet.

Él ha tratado de comunicarse contigo?

No, ni siquiera hoy que es mi cumpleaños.

9. Cómo se siente viviendo en Toronto, Canadá?

Pues me siento bien, tengo amigos, ya puedo salir afuera para jugar, es más seguro, hay mejores oportunidades de encontrar trabajo cuando sea grande, hay bibliotecas en cada barrio, mi colegio es chévere, hay muchas cosas chéveres para conocer acá.

10. Has pensado como compartir el tiempo con tu papá WILLIAM DE JESÚS OCHOA TORRES?

Y su mamá NAZLY XIMENA GUERRERO?

Si, quiero quedarme a vivir con ella porque ella me trata bien, me pone cuidado y eso.

Tiene alguna propuesta para sus padres de cómo hacerlo?

No, yo no quiero compartir el tiempo con mi papá.

11. Qué haces los fines de semana, con qué personas compartes?

Con mi mamá, ella me lleva a algún lado, como a un restaurante, o al centro o a un centro comercial, algo así. También con Mauricio.

En Colombia lo compartía con mi papá, pero hay veces que no quería ir pero me tocaba.

(..)

12. No te parece importante ver a tu papá?

No porque él no me pone cuidado y le da la razón siempre a los otros hijos de él, solo porque son más pequeños”.

Al rendir declaración, el señor Ricardo Ortiz Bonilla manifestó entre otras cosas lo siguiente:

“Conozco a la familia de Nazly Ximena desde el año 1992, conocí a William cuando empezó a salir con Nazly como en el 98 o 97 (...) al momento de la separación Nazly empezó a vivir con los papás, comenzó a trabajar y ella empezó a asumir más las responsabilidades del niño y pues los papás maternos le ayudaron también con el niño porque adoran a su Chucho, así nos referimos al niño. Yo lo que puedo decir es que eso fue como una cascada pues al comienzo William aportaba y luego con el paso del tiempo se fue disminuyendo pues ya no habían regalos de navidad, el vestido ya todas estas cosas las empezó a asumir Nazly y los abuelos, el colegio lo pagaba Nazly, hace como dos años y medio. Todo esto lo sé porque yo he sido muy cercano a la familia y pues yo iba cada 15 días, u mes, pues me invitaban a almorzar y a veces ellos me lo contaban o yo lo deducía y vivíamos muy cerca y por eso iba muy seguido (...) Nazly conoció a Mauricio y él le propuso que se casaran y que se fueran para Canadá (...) y por eso empezó a buscar la forma de obtener el permiso de salida del país, eso me lo comentaron pues como yo tenía conocimiento, sé que William le concedió el permiso de salida del país pero no se cuánto tiempo pues los detalles no los tengo claros, esto fue cuando Nazly iba a viajar hace como unos tres o cuatro años, en esa época fue que hubo un problema y ya no había permiso y por eso fue que empezó este proceso nuevo. (...) se por conversaciones que hemos tenido con ella por Messenger, facebook, correo, que William no le pasa alimentos para el niño y también se que el niño está estudiando (...)”

La señora Gloria Inés González de Guerrero, madre de la accionante, manifestó:

“(…) Mi hija y William se divorciaron en el 2004 más o menos (…) Desde el momento de la separación de ellos hasta la fecha es la mamá de Jesús Andrés quien cubre la totalidad de los gastos mensuales del niño, es decir mi hija. Nosotros, mi esposo Luis Nelson y yo siempre estábamos pendientes del niño pues como Nazly estudiaba ella nos llevaba al niño para cuidar o nosotros íbamos a la casa de ella para cuidarlo y a penas llegaba ella se quedaba con el niño y apenas se separaron ya Nazly y el niño vinieron a vivir con nosotros sus abuelos maternos y pues siempre ha estado el niño con nosotros con sus abuelos y su mami. Cuando el niño estaba acá en Bogotá, William iba a verlo cada 15 días pero al niño no le gustaba ir con él eso era una lloradera y era terrible porque nosotros le decíamos al niño que porque no iba pues el papi podía pensar que nosotros no lo queríamos dejar ir y para ese entonces el niño tenía 5 o 6 años, (…) en conclusión es una pesadilla para el niño compartir con el papá y pues William lo cogía de la camisa y lo encaramaba en el carro, cada vez que el niño veía al papá el niño lloraba. (…) En la actualidad el niño reside con su mamá Nazly Ximena y con su padrastro Morris Franco. (…) Jesús Andrés está estudiando pero no sé en que grado está si en cuarto o quinto, tiene una muy buena relación en el colegio con los compañeros, con los profesores y con todo, en la iglesia, el niño está muy bien; durante el tiempo que yo estuve en Canadá en una oportunidad llamé William al niño y lo trató súper mal, gritó groserías, le dijo que se tenía que venir ya porque o si no iba a meter a la mamá a la cárcel porque la mamá era una mentirosa, eso lo hace William seguido no creo que sea bueno para el niño porque el niño vive asustado y le tiene miedo, pues como William no trata al niño con palabras cariñosas, es duro con él. (…) PREGUNTADO Aclérole al despacho si usted sabe o tiene conocimiento en qué términos el señor William Ochoa otorgó la autorización de salida del país del niño Jesús Andrés CONTESTO Que yo sepa el estuvo de acuerdo en todo pero luego, al momento de salir del país mi hija y el niño, William puso un impedimento diciendo que Nazly lo había obligado y no se que otras cosas más y pues eso fue lo que pasó. (…) PREGUNTA 3 Antes de que Nazly Ximena Guerrero y su niño hijo Jesús Andrés viajaran a Toronto en noviembre de 2008, hubo otra ocasión en la intentaran viajar a Canadá y no pudieran hacerlo CONTESTO La primera vez que mi hija iba a viajar a Canadá con mi nieto Jesús, William le otorgó el permiso de salida del país al niño sin problema alguno pero al momento de salir en el aeropuerto no les permitieron la salida porque al parecer el señor William había dicho que no se podía y puso un impedimento y no dejaba salir al niño, luego pasó un tiempo como un mes o dos meses algo así, William si le otorgó el permiso de salida

del país al niño sin condiciones algunas y le firmó sin problema alguno lo que pasa es que William es muy variable inestable e indeciso y el que sufre es el niño. (...) PREGUNTA 8 Manifieste al despacho si sabe o le consta como es la relación afectiva del señor William Ochoa para con su hijo Jesús Andrés y viceversa CONTESTO Jesús le tiene miedo al papá y pues de William con el niño como él es una persona parca, seca, dictador, no es una buena relación no es bien, pues en una ocasión el niño estaba chinchoso y le tiró un jarrón de agua, y pues en una ocasión cuando el papá estaba con el niño y se cayó y William llegó a la casa con el niño quien estaba llorando y decía que nosotros teníamos muy consentido al niño y que con los golpes aprendía a hacer un verraquito pero luego llevamos al niño al médico a la Clínica Reina Sofía y tenía partido el brazo y no supimos donde se cayó ni que pasó realmente lo único que estaba con el papá cuando eso. PREGUNTA 9 Manifieste al juzgado si tiene conocimiento del señor William de Jesús Ochoa cuando la señora Nazly Ximena Guerrero le pidió explicaciones del porque había presentado escrito en el DAS negando el permiso de salida del niño y que había otorgado en el mes de febrero de 2008 CONTESTO Hasta donde tengo yo entendido y yo recuerdo William dijo que como Nazly se había casado entonces ya no, él contesto así y pues porque no le daba la gana eso si me acuerdo mucho.”

La señora Fabiola García García, secretaria del abuelo del señor William Ochoa Torres, manifestó lo siguiente:

Llegado el momento de dictar sentencia, el despacho accionado fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

“Lo pretendido por la demandante en el asunto que nos ocupa, es que se otorgue un permiso para la salida de su hijo Jesús Andrés Ochoa Guerrero del país, a lo que hay que evidenciar en primer lugar que el niño ya se encuentra fuera del país, es más se encuentra radicado en Toronto - Canadá sin la aprobación de su padre William de Jesús Ochoa Torres, esto fundamentado en el acuerdo suscrito por las partes el 13 de noviembre de 2008, del cual se extrae del hecho 5º que: ‘El padre no otorga autorización al niño JESÚS ANDRÉS OCHOA GUERRERO para que resida con su progenitora en Canadá’; en el punto 1º del acuerdo la señora Nazly Ximena Guerrero González cede temporalmente la custodia de su hijo Jesús Andrés Ochoa Guerrero a su padre William de Jesús Ochoa Torres, por el tiempo que ella permanezca en Canadá y cada vez que la madre regrese a Colombia el niño deberá ser

entregado por el padre a ésta; y el punto 4º del mismo Acuerdo señala: 'Con el fin mencionado, el padre otorgará un permiso temporal al niño, para lo cual remitirá una carta debidamente autenticada a las oficinas del Departamento Administrativo de Seguridad DAS'.

Acuerdo éste que fue debidamente autenticado ante la Notaría 13 de Bogotá el 13 de noviembre de 2008, y que si bien es cierto la demandante manifiesta que fue obligada a suscribirlo, lo es que no obra en el expediente prueba alguna que así lo demuestre, solo se aportó a las diligencias una manifestación autenticada por ella misma en la que dejó plasmada su inconformidad frente al acuerdo suscrito entre ella y el padre de su hijo William de Jesús Ochoa, lo anterior en virtud de lo establecido en el artículo 177 del C.P.C, en concordancia con la parte vigente del artículo 1757 del C.C., incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico por ellas pretendido.

Ahora bien, tanto de los hechos de la demanda como del acervo probatorio se extrae que el niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero se encuentra radicado en Toronto - Canadá, con 'status de residente' en compañía de su madre Nazly Ximena Guerrero González y el esposo de ésta; que el niño salió del país gracias a un acuerdo firmado entre sus padres, de fecha 13 de noviembre de 2008, 'con el compromiso de que el niño retornaría a Colombia el 22 de enero de 2009' hecho que aún a la presente fecha no ha sucedido, encontrando el Despacho que el niño objeto del presente proceso se encuentra indebidamente retenido fuera del país por su madre Nazly Ximena Guerrero González, desde el día 23 de enero de 2009, época para la cual el niño debía retornar a su país de origen, siendo en consecuencia improcedente autorizar una salida del país al niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero cuando este por las vías de hecho ya se encuentra radicado fuera de él, más exactamente en Toronto - Canadá en compañía de su señora madre, Nazly Ximena Guerrero González.

Así las cosas, se han de despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Además, atendiendo la solicitud expresa del apoderado del demandante en sus alegaciones finales, es del caso ordenar a la señora Nazly Ximena Guerrero González que retorne al niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero al país, para lo cual, de conformidad con lo establecido en el art. 119 del C. de P.C., se le concederá un término de dos (2) meses."

En el presente evento, luego de revisar el fallo atacado, resulta evidente que la decisión

acusada no estuvo fundamentada en un análisis objetivo y riguroso de las pruebas que se recaudaron durante el curso del proceso. Además, el funcionario judicial no atendió los preceptos constitucionales y legales que establecen el deber de toda autoridad de velar por la protección del interés superior del niño y de sus derechos fundamentales, sobretodo cuando las circunstancias particulares de este caso resaltan los escasos nexos entre padre e hijo y el evidente rechazo de Jesús Andrés hacia su padre, generado por algunos comportamientos del señor William Ochoa.

Por el contrario, el despacho acusado tuvo en cuenta exclusivamente el hecho de que el niño se encontraba fuera del país para considerar que la pretensión de la señora Nazly Guerrero no era procedente.

De manera que, así como lo reconocieron los jueces de instancia, el juzgado accionado incurrió en un defecto fáctico al no valorar las pruebas oportunamente allegadas y recaudadas en el proceso.

No obstante lo anterior, el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, en cumplimiento de la orden de tutela proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de esta capital, dictó una nueva providencia apoyada en el material probatorio obrante en el expediente, concluyendo, respecto de la concesión del permiso, lo siguiente:

“(…) del material probatorio recaudado se desprende que el niño desde hace dos años aproximadamente se encuentra viviendo con la madre en Canadá y los testigos, el mismo niño en su entrevista dan cuenta que el niño se encuentra en excelentes condiciones allí, que se ha integrado en su colegio, en la Iglesia, en la comunidad y lo más importante encuentra amor y bienestar en el hogar que comparte junto con su madre y su nuevo cónyuge, de quien recibe apoyo moral, afectivo y económico, estas circunstancias probadas que rodean al niño llevan a concluir que el permiso que solicita en principio debe ser otorgado a pesar que la titular de este Despacho aún le asalten dudas en relación a si existe o no objeto en este asunto, porque el niño ya no está en el país, no obstante ello y como quiera que del contenido del fallo de tutela y del salvamento de voto, se desprende que la posición mayoritaria de la Sala de Familia apunta indudablemente a que este proceso si tiene objeto de ser y que no obstante encontrarse un niño fuera del país, puede ser concedido un permiso para salir del país con el fin de legalizar su permanencia en el exterior, la cual sea oportuno

señalar el mismo demandado legalizó hasta el 31 de julio del año anterior, este despacho considera viable otorgar el permiso para salir del país al niño, pero en los estrictos términos de que trata el art. 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia que preceptúa: El permiso tendrá vigencia por sesenta días hábiles contados a partir de su ejecutoria. No puede en consecuencia el despacho conceder un permiso indefinido.”

Ahora, aunque la anterior decisión de conceder el permiso de salida del país para Jesús Andrés Ochoa Guerrero por sesenta días hábiles, no fue demandada y prima facie da la impresión de que el funcionario subsanó el defecto advertido por el juez de instancia, teniendo en cuenta las particularidades del presente caso, la Sala considera que el análisis constitucional no debe limitarse a la evaluación de la vía de hecho en que incurrió el juez accionado, sino a identificar si con esa decisión de reemplazo se encuentran comprometidos, de nuevo, derechos fundamentales del niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero.⁵⁷

Bajo ese entendido, para analizar la decisión proferida en cumplimiento de la orden de tutela, se debe tener en cuenta (i) la garantía de los derechos fundamentales del niño y la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, y (ii) la interpretación y aplicación que el funcionario hizo del artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

1. Con relación a los derechos fundamentales del niño, el artículo 44 Superior señala que es obligación de todos garantizar el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, la recreación, a la libre expresión de su opinión y al desarrollo armónico e integral. En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador ha establecido una serie de derechos más específicos y deberes concretos que deben ser garantizados especialmente por los jueces constitucionales.

Al analizar las pruebas obrantes en el expediente, la Sala deduce que el niño es feliz conviviendo con su madre y con el esposo de ésta; que se adaptó al estilo de vida canadiense y a la comunidad de la que ahora hace parte. Igualmente, tal como lo indicó el despacho accionado, el niño se encuentra rodeado de amor y recibe no sólo apoyo

económico, afectivo y moral de su madre, sino también del compañero de ésta, aspectos determinantes al momento de proteger las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Aunado a lo anterior, luego de un examen cuidadoso, ponderado e integral de todos los elementos fácticos obrantes en el expediente, la Sala no advierte que la convivencia del niño con su madre en Canadá genere peligro alguno frente a sus condiciones de desarrollo y madurez psicológica y afectiva; o que ese hecho pueda considerarse riesgoso para su vida, integridad y contraproducentes para su desarrollo armónico e integral, ya que quedó demostrado que la señora Nazly Ximena Guerrero proporciona un ambiente familiar saludable para su hijo.

Por tanto, una separación física de su madre por un tiempo prolongado, podría tener un impacto negativo en su desarrollo integral y armónico, ya que como quedó demostrado en el proceso verbal, el niño no se siente cómodo con la presencia de su padre y mucho menos con la idea de convivir con éste, afirmaciones que se desprenden de la declaración rendida por él, ya transcrita. En este punto, es necesario resaltar el deber que recae tanto en el juez constitucional como ordinario, en eventos como el que ahora nos ocupa, de tener en cuenta y valorar las opiniones expresadas por el niño, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia.⁵⁸

Bajo ese entendido y con el fin de preservar las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, la Sala considera conveniente que el niño Jesús Andrés Ochoa Guerrero permanezca al lado de su madre.

No obstante lo anterior, en el presente caso se advierte lo siguiente:

La tenencia del niño se definió en la sentencia de divorcio del matrimonio entre Nazly Guerrero y William Ochoa, otorgándose la custodia del niño a la madre. Debido al cambio de residencia de la señora Guerrero, por razón de su unión con un ciudadano canadiense, se solicitó al padre del niño una autorización para que aquél se trasladara a Canadá y continuara junto a su madre. En un principio, el señor Ochoa accedió a la petición y mediante escritura pública, el 21 de febrero de 2008 concedió el permiso para que su hijo saliera del país. Adicionalmente, los padres firman un acuerdo en el que ratifican la custodia en cabeza de la madre y pactan un régimen de visitas y llamadas a favor del padre.

Posteriormente, sin razón alguna – en el expediente no se advierte una justificación – el padre se negó a autorizar la salida del país del niño. Como consecuencia de lo anterior y luego de adelantar todos los trámites pertinentes para obtener la residencia en Canadá, el 13 de noviembre de 2008, la señora Nazly Guerrero firma un nuevo acuerdo en el cual se autoriza la salida del niño por 2 meses y se cede temporalmente la custodia al padre.

En relación con la fijación de la custodia y cuidado personal del niño, a falta de acuerdo entre los padres o tutores, corresponde a las autoridades de familia competentes (administrativas y judiciales) analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar cuál de los padres tendrá la custodia del niño y cómo se regularán las visitas a las que haya lugar para el otro padre, donde deberá atenderse siempre el bienestar del niño y su estabilidad familiar. Al respecto, esta corporación, en sentencia T-808 de 2006 indicó:

“La jurisprudencia constitucional ha dicho que ‘las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los niños implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los niños que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos’.59”

Si bien este proceso constituye un mecanismo eficaz y urgente de protección inmediata cuando deba establecerse la custodia y el cuidado de un niño, pues el juez puede actuar con prontitud y eficacia, en casos excepcionales la acción de tutela puede ser una vía para concluir la custodia de un infante cuando se encuentre en una situación de riesgo o peligro físico o psicológico, esto es, cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de sus derechos fundamentales o cuando exista afectación de su derecho a la estabilidad familiar.⁶⁰

Bajo estas consideraciones, teniendo en cuenta que el juez constitucional debe, de oficio, dar prelación al interés superior de los niños y proteger sus derechos fundamentales y luego de valorar en conjunto las pruebas y las circunstancias particulares de este caso, concluye esta Sala que, no obstante el acuerdo firmado por los padres, la custodia de Jesús Andrés Ochoa Guerrero debe continuar en cabeza de la señora Nazly Ximena Guerrero, con el fin de evitar una afectación de sus derechos fundamentales y en especial, los derechos a la estabilidad familiar y al desarrollo armónico e integral.

En consecuencia, como la señora Nazly Ximena Guerrero reside en la ciudad de Toronto, Canadá, resulta indispensable que la autoridad judicial otorgue el permiso en los términos solicitados para que el niño pueda conservar su residencia en ese país.

Con lo anterior, esta Corte no pretende suplantar la figura paterna ni los derechos y obligaciones que en virtud de la patria potestad, recaen sobre el padre del niño. En ese sentido, le corresponderá al Juzgado Diecisiete de Familia fijar un régimen de visitas que, aunque menos asiduo de lo que fuera deseable, garantice el contacto del niño con su padre sin poner en riesgo los derechos de aquél.

1. Ahora bien, aunque el juez tuvo en cuenta algunos de los aspectos previamente analizados para conceder el permiso, a juicio de esta Sala el artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia, aplicado para establecer el término de estadía del niño fuera del país (60 días hábiles), resulta inaplicable al caso objeto de estudio.

La citada norma prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 110. PERMISO PARA SALIR DEL PAÍS. La autorización del Defensor de Familia para la salida del país de un niño, niña o adolescente, cuando carezca de representante legal, se desconozca su paradero o no se encuentre en condiciones de otorgarlo, se sujetará a las siguientes reglas:

1. Legitimación. La solicitud podrá ser formulada por quien tenga el cuidado personal del niño, niña o adolescente.
2. Requisitos de la solicitud. La solicitud deberá señalar los hechos en que se funda y el

tiempo de permanencia del niño, niña o adolescente en el exterior. Con ella deberá acompañarse el registro civil de nacimiento y la prueba de los hechos alegados.

3. Trámite. Presentada la solicitud, el Defensor de Familia ordenará citar a los padres o al representante legal que no la hayan suscrito.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación o al emplazamiento ninguno de los citados se opone, el funcionario practicará las pruebas que estime necesarias, si a ello hubiere lugar, y decidirá sobre el permiso solicitado.

En firme la resolución que concede el permiso, el Defensor de Familia remitirá copia de ella al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad. El permiso tendrá vigencia por sesenta días hábiles contados a partir de su ejecutoria.

En caso de que oportunamente se presente oposición a la solicitud de permiso, el Defensor de Familia remitirá el expediente al Juez de Familia, y por medio de telegrama avisará a los interesados para que comparezcan al juzgado que corresponda por reparto. (...)”

De conformidad con lo transcrito, dicha norma regula el trámite para que el defensor de familia (no el juez) otorgue el permiso de salida del país, únicamente en las siguientes circunstancias:

- i. Cuando el niño carezca de representante legal.
- ii. Cuando se desconozca el paradero del representante.
- iii. Cuando el representante del niño no se encuentre en condiciones de otorgarlo.

Como pudo observarse, en el presente caso la solicitud no se elevó ante el defensor de familia y los padres del niño no se encuentran en las circunstancias previstas en el artículo ya citado.

En esta oportunidad, la petición se presentó ante el Juez de Familia con el fin de obtener un permiso indefinido, teniendo en cuenta que el niño y su madre fijaron su residencia en

Canadá. En tal virtud, el trámite a seguir era el establecido en el numeral 5 del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil,⁶¹ como efectivamente se hizo. Sin embargo, el funcionario judicial, llegado el momento de dictar sentencia, no podía fijar un término de vigencia para el permiso otorgado, toda vez que (i) las circunstancias particulares del caso no conducían a esa limitación; (ii) las normas que regulan los procesos verbales sumarios no señalan plazos para conceder los permisos de salida del país, ya que éstos se otorgarán por el tiempo solicitado dependiendo de las circunstancias propias del caso, y finalmente (iii) el artículo 110 del Código de la Infancia y Adolescencia, se reitera, no era aplicable.

Aún en gracia de discusión, de aceptarse la procedencia del artículo 110 ya citado, la aplicación del término de 60 días hábiles para conceder el permiso de salida de Jesús Andrés configura un defecto sustantivo por interpretación, toda vez que, para esta Sala, el juez accionado le otorgó a la norma un sentido y alcance que no tenía.

En lo pertinente, el artículo dispone:

“(...) En firme la resolución que concede el permiso, el Defensor de Familia remitirá copia de ella al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad. El permiso tendrá vigencia por sesenta días hábiles contados a partir de su ejecutoria. (...)” (Subraya fuera de texto)

Del aparte transcrito se advierte que el término señalado hace referencia a la vigencia de la autorización otorgada por el defensor de familia y no al tiempo de duración del permiso concedido. Lo anterior, por cuanto la norma es clara al señalar, en el numeral segundo, que en la solicitud se debe indicar el tiempo de permanencia del niño en el exterior y los motivos para solicitar el permiso.

De manera que, si en la solicitud se indica que el niño va a residir en el exterior, no tiene sentido alguno conceder un permiso por un tiempo limitado o en el peor de los casos, negar la salida, salvo que de la evaluación de las circunstancias particulares del caso, el juez encuentre que con el cambio de residencia se pone en riesgo al niño.

1. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la decisión del Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, de conceder el permiso para salir del país a Jesús Andrés Ochoa Guerrero, por sesenta días hábiles no se ajustó a los mandatos constitucionales y legales.

Aunque el juez accionado al dictar la sentencia de reemplazo analizó las pruebas allegadas al proceso, su decisión no estuvo fundada en la protección del interés superior del niño ni en la garantía efectiva de sus derechos. Adicionalmente, concedió el permiso por un término perentorio ignorando las circunstancias fácticas que lo rodean, principalmente la relacionada con su lugar de residencia, ya que actualmente se encuentra en Canadá, razón por la que el permiso ha de concederse por tiempo indefinido.

En estos términos y teniendo en cuenta lo anterior, la Sala Séptima de Revisión confirmará la sentencia proferida el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la cual confirmó la sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil diez (2010) del Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto concedió el amparo de los derechos invocados en la tutela presentada por Nazly Ximena Guerrero González en representación de su hijo Jesús Andrés Ochoa Guerrero contra el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, por las razones expuestas en esta providencia.

Sin embargo, como en el presente evento se evidencia una vulneración de los derechos fundamentales de Jesús Andrés Ochoa Guerrero, la Sala ordenará al Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, señale fecha y hora para celebrar audiencia para dictar sentencia dentro del proceso verbal de solicitud de permiso para salir del país iniciado por Nazly Ximena Guerrero González, de conformidad con lo expresado en esta providencia.

En dicha sentencia, el juez deberá, de oficio, pronunciarse sobre la custodia en cabeza de la madre y la residencia del niño en Canadá, lugar en el cual, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, puede ser satisfecha de mejor manera la obligación de cuidarlo, asistirlo y protegerlo desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social y en el cual puedan promoverse de mejor manera el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos. Igualmente, deberá pronunciarse sobre las demás pretensiones de la demanda y fijar el régimen de visitas a favor del padre y la cuota alimentaria correspondiente, a efectos de evitar una vulneración de los derechos del señor William Ochoa

y garantizar el contacto del niño con su padre.

En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia dictada por el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá el día 17 de noviembre de 2010, en cumplimiento de la orden del juez de primera instancia de la presente acción de tutela.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la cual confirmó la sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil diez (2010) del Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto concedió el amparo de los derechos invocados en la tutela presentada por Nazly Ximena Guerrero González en representación de su hijo Jesús Andrés Ochoa Guerrero contra el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá.

SEGUNDO. ORDENAR al Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, señale fecha y hora para celebrar audiencia para dictar sentencia dentro del proceso verbal de solicitud de permiso para salir del país iniciado por Nazly Ximena Guerrero González, de conformidad con lo expresado en esta providencia.

En dicha sentencia, el juez deberá, de oficio, pronunciarse sobre la custodia en cabeza de la madre y la residencia del niño en Canadá, lugar en el cual, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, puede ser satisfecha de mejor manera la obligación de cuidarlo, asistirlo y protegerlo desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social y en el cual puedan promoverse de mejor manera el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos. Igualmente, deberá pronunciarse sobre las demás pretensiones de la demanda y fijar el régimen de visitas a favor del padre y la cuota alimentaria correspondiente, a efectos de evitar una vulneración de los derechos del señor William Ochoa

y garantizar el contacto del niño con su padre.

TERCERO. DEJAR sin efectos la sentencia dictada por el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá el día 17 de noviembre de 2010, en cumplimiento de la orden del juez de primera instancia de la presente acción de tutela.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El fallo se dictó en audiencia pública del 8 de octubre de 2010.

2 Corte Constitucional, sentencias T-179 del 28 de febrero de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-620 del 8 de agosto de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis; T-999 del 18 de septiembre de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-037 del 30 de enero de 1997, MP: Hernando Herrera; entre otras.

3 Artículo 86 de la Constitución Política.

4 Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño.

5 Sentencia T-191 del 25 de marzo de 1999, MP: Fabio Morón Díaz; T-1223 del 22 de noviembre de 2001, MP: Álvaro Tafur Galvis; T-907 del 3 de noviembre de 2006, MP: Rodrigo

Escobar Gil; entre otras.

6 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

7 “Sentencia 173/93.”

8 “Sentencia T-504/00.”

9 “Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05”

10 “Sentencias T-008/98 y SU-159/2000”

11 “Sentencia T-658-98”

12 “Sentencias T-088-99 y SU-1219-01”

14 “Sentencias T-1625 de noviembre 23 de 2000. M.P. Martha Victoria Sáchica; T-1031 de septiembre 27 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre y T-462 de junio 5 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre”

15 Sobre la descripción genérica del defecto fáctico como vicio de una sentencia judicial que la convierte en una vía de hecho, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-231 del 13 de mayo de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-567 del 7 de octubre de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

16 Sentencia T-266 del 3 de abril de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

17 Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

18 Cfr. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

19 Cfr. sentencia SU-1300 del 6 de diciembre de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales

sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia”.

20 Cfr. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

21 Cfr. sentencia T-538 del 29 de noviembre 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

22 Sentencia SU-159 del 5 de marzo de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

23 Sentencias T-814 del 19 de octubre de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-450 del 4 de mayo de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa SU-159 del 5 de marzo de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa T- 462 del 5 de junio de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T- 1065 del 7 de diciembre de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto; T-458 del 7 de junio de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-831 de agosto 22 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo

24 Sentencia T- 1065 del 7 de diciembre de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto

25 Ibíd. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell. Se dijo en esa oportunidad: “Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”.

26 Cfr. sentencia T-239 del 30 de mayo de 1996 MP. José Gregorio Hernández Galindo. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta,

incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

27 Cfr. sentencia T-576 del 10 de diciembre de 1993 MP. Jorge Arango Mejía.

28 Cfr., por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

29 Cfr. la ya citada sentencia T-538 de 1994.

30 Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

31 M.P. Antonio Barrera Carbonell

32 Cfr. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

33 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

34 Cfr. sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

35 Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

36 Sobre el defecto sustantivo por interpretación, pueden verse entre otras las sentencias T-334 del 30 de abril de 2003, T-055 del 21 de enero de 2005, T-216 del 10 de marzo de 2005, C-038 del 1 de febrero de 2006, T-613 del 13 de agosto de 2007, T-766 del 31 de julio de 2008, T-191 del 20 de marzo de 2009, T-604 del 31 de agosto de 2009.

“37 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-1031 de 2001. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.”

“38 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-462 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.”

39 Corte Constitucional, sentencia T-1045 del 24 de octubre de 2008. M.P. Rodrigo Escobar

Gil.

40 Sobre la interpretación contraria a los postulados constitucionales como causa del defecto sustantivo pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-1185 del 13 de noviembre de 2001, T-164 del 3 de marzo de 2006, T-604 del 31 de agosto de 2009.

41 Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

42 Aprobada mediante Ley 12 de 1991.

43 Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

44 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles. Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su

cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

45 Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Principio 2. 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. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

46 Ver por ejemplo las sentencias T-514 de 1998 MP: José Gregorio Hernández, en la sentencia se explicó que el concepto del interés superior del niño consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del niño desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta

evolución de su personalidad”. Se precisó en la misma oportunidad que el principio en mención “se enmarca en los presupuestos del Estado Social de Derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del niño y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”; sentencia T-979 de 2001 MP: Jaime Córdoba Triviño. En la sentencia se explicó que “...el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del niño y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”. Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

47 Sentencia T-510 de 2003 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

48 Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

49 Sentencia T-408 de 1995 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la niño le impedía hacerlo.

50 Sentencia T-397 de 2004.

51 Código Civil, Artículo 250.—Modificado por el Decreto 2820 de 1974, artículo 18. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. || Artículo 253.—Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos (Nota: La expresión “legítimos”, que hacía parte del texto original fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1026 de 2004) || Artículo 250.—Modificado por el Decreto 2820 de 1974, artículo 18. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. || Artículo 258.—Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimientos de los hijos, tocarán al sobreviviente en los términos del Inciso final del precedente artículo. || Artículo 262.—Modificado por el Decreto 2820 de 1974, artículo 21. Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente. || Artículo 264.—Modificado

por el Decreto 2820 de 1974, artículo 23 y por el Decreto 772 de 1975, artículo 4º. Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos niños y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento. || Artículo 288.—Subrogado por la Ley 75 de 1968, artículo 19. La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. || Inciso 2º—Modificado por el Decreto 2820 de 1974, artículo 24. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. || Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia. || Artículo 411.—Se deben alimentos: || (...) 2. A los descendientes (...) || 7. A los hijos adoptivos.

52 Artículo 14.

53 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

54 Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño.

55 Sentencia T-556 de 1998.

56 Sentencia T-278 de 1994.

57 En un caso similar, analizado en la sentencia T-953 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte señaló: “En efecto, en casos como el que ha sido planteado, además de proteger el debido proceso vulnerado también resulta claro el deber de los jueces de proteger a la niño de las circunstancias difíciles que ha estado viviendo. Esto fue, aparentemente, lo que motivó las decisiones de los jueces de instancia. Sin embargo, al proferir estas decisiones es fundamental que los jueces ponderen todos los derechos que se encuentran en conflicto, uno de los cuales, aunque no el único, es el derecho a que no se rompa el vínculo con sus padres.”

58 ARTÍCULO 26. 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.

60 Cfr. Sentencia 1275 de 2008.

61 El artículo 435 del Código de Procedimiento Civil señala qué asuntos se tramitarán por el procedimiento verbal sumario y en el numeral 5 dispone: “las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquellos y sus hijos niños, respecto al ejercicio de la patria potestad; (...) y la salida de los hijos niños al exterior.”