

Sentencia T-675/16

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Requisitos no tienen aplicación

Esta Corporación ha sostenido que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente, la garantía de sus derechos fundamentales, sin requisitos adicionales. Es decir, la informalidad del mecanismo constitucional adquiere mayor relevancia cuando se trata de proteger los derechos de los niños, quienes, por regla general, no están en condiciones de instaurar una acción de tutela por sí mismos.

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

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

Este Tribunal ha estimado que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella es uno de los criterios guía para determinar el bienestar del niño, niña y adolescente, toda vez que la familia constituye el espacio natural de su desarrollo y es, a su vez, en primer lugar, la que mejor puede garantizar las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativa de aquellos.

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OIDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA-En función de la edad y del grado de madurez

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Orden a padres de menores de edad solucionar sus desavenencias de modo tal que no involucren las garantías fundamentales de las menores

Referencia: Expediente T-5.665.186

Demandante: Alejandra Fernández Quiroga en representación de Valentina Fernández Salazar[1]

Demandado: Comisaría Segunda de Familia de Chapinero

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia emitida el 17 de junio de 2016 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante la cual se confirmó el fallo dictado el 10 de mayo de 2016 por el Juzgado Diecisiete de Familia en Oralidad de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela promovida por la señora Alejandra Fernández Quiroga, en representación de su hermana menor de edad, Valentina Fernández Salazar, contra la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección número Ocho, por medio de auto de 11 de agosto de 2016, y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La demandante, Alejandra Fernández Quiroga, actuando en calidad de agente oficioso de su hermana paterna menor de edad, Valentina Fernández Salazar, impetró la presente acción de tutela contra la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, en procura de obtener el amparo de sus garantías fundamentales al debido proceso, a la vida digna y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales considera conculcados con ocasión de la medida provisional de emergencia proferida por la autoridad accionada el 2 de marzo de 2016, mediante la cual resolvió reintegrarla al medio familiar, ubicándola en el domicilio de su abuela materna.

2. Hechos

Se describen en la demanda así:

2.1. El señor Sebastián Fernández Pardo contrajo matrimonio con la señora Viviana Salazar Cubillos, el 12 de junio de 2004, ante la Notaría Cuarta del Círculo de Cartagena.

2.2. Fruto de esa unión procrearon a Valentina y a Sofía Fernández Salazar, quienes en la actualidad cuentan con diez y nueve años de edad, respectivamente.

2.3. Mediante escritura pública No. 037797, celebrada el 18 de diciembre de 2008 ante la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá D.C., los cónyuges disolvieron y liquidaron la respectiva sociedad conyugal.

2.4. El 29 de mayo de 2010, a través de conciliación celebrada ante la Notaría Cuarenta y Uno del Círculo de Bogotá D.C., acordaron lo relativo a la custodia de las menores de edad, el régimen de visitas, los alimentos, entre otros, quedando la agenciada a cargo de su madre.

2.5. El 25 de marzo de 2015, durante una visita realizada por Valentina Fernández Salazar a su padre, la menor de edad manifestó su deseo de no continuar viviendo con su progenitora, toda vez que le propiciaba un trato hostil. Igualmente, le comentó que al expresar su voluntad a la madre, ésta le dijo que aceptaba su intención pero que la privaría de acceder a su vestuario, menaje, juguetes, visitas médicas y eventos sociales. No obstante, Valentina se mudó al hogar de su padre.

2.6. El 24 de agosto de 2015, el señor Fernández Pardo, por intermedio de su abogado, presentó solicitud de conciliación ante la Notaría Sesenta y Cinco del Círculo de Bogotá, con el fin de modificar el régimen de custodia y de visitas y de definir las obligaciones alimenticias. Dicha conciliación no se celebró por razones ajenas a las partes.

2.7. El 19 de febrero de 2016, los padres fueron citados al Colegio El Atardecer, institución educativa a la que asisten las menores de edad, para informarles acerca del estado depresivo de Valentina y las manifestaciones que realizó frente a algunos de sus compañeros de que su vida era miserable, que lo mejor era suicidarse y que se quería ir al cielo. La institución determinó que la niña no asistiera a clases hasta tanto se tuviera certeza de la superación de su crisis.

2.8. Debido a lo anterior, la madre intentó que la menor de edad viviera con ella. Sin embargo, dada la renuencia de ésta y ante la oposición del padre, solicitó la intervención de la policía para que hiciera valer su derecho de custodia sobre la niña.

2.9. Por tal motivo, tanto los padres como Valentina fueron trasladados a la Comisaría Primera de Usaquén, lugar en el que una psicóloga entrevistó a la menor de edad. Dentro de la declaración rendida, cabe resaltar lo siguiente:

“¿Desde cuándo pasa eso con tu mamá? Que me pegue en la mano, hace como tres años, que me trata mal, toda la vida, pues cuando era chiquita no me trataba tan mal, pero ahora sí, y que me grite, todo el tiempo. Cuando tú me dices que ella te trata mal, ¿es cómo? Me dice cosas feas, también de mi papá, me pega, me coge la muñeca y también me aruña y también me pellizca. Digamos, yo le digo gracias en un tono de voz triste o algo raro que no parezca mi voz y ella me dice y tú porqué me hablas con ese tono de voz, tú no deberías ser así, deberías ser querida con tu mamá, y me regaña y me empieza a pegar en la mano. Y otra cosa que no me gusta es que cuando nosotros vamos a comer, como yo vivía con ella antes, íbamos a comer, y había una comida, y si uno no le gustaba, te decía esto: si tú vas a comer, comes lo que hay, sino, te quedas sin comer, y no le importaba. Y ella salía por las noches, como con amigos, o como una cena del trabajo, o para estar con Ricardo Gómez que es el novio, en cambio mi papá está ahí toda la noche conmigo, si me despierto a la mitad de la noche por un sueño malo, él me ayuda, mi mamá me dice no, trata de dormirte, vete, como que nos echa del cuarto. Y siempre que yo tengo hambre como en la mitad de la noche, o me da hambre, pero ya se acostó la muchacha a dormir, entonces él me dice qué quieres, y, me ofrece y va y me lo trae, en cambio mi mamá diría pues si tu no comiste bien o no te llenaste lo suficiente, no es problema mío.

¿Tú con quién estabas viviendo? Estoy viviendo con mi papá, ¿desde cuándo? No sé la fecha exacta, pero llevo casi un año con él, ¿por qué hoy te toca decidir con quién quieres vivir? Porque mi mamá tiene mi custodia y para yo poder vivir con mi papá, me toca que él tenga la custodia, y entonces mi mamá no quiere darle la custodia, entonces yo le dije yo puedo decidir con quién quiero vivir y me dijo claro que no, es absurdo que una niña de diez años decida con quién quiere vivir, yo le dije no, pero es que yo tengo derechos también, tú no eres la que decide. Entonces después mi papá en la pelea dijo nos va tocar ir a la comisaría y a la estación de policía que es para niños y que digas tú con quién quieres vivir. Y vine

acá y me va a tocar decidir con quién quiero vivir y yo quiero vivir con mi papá y ya se lo he dicho a Martín, a Leonor, se lo he dicho a toda la comisaría, se lo he dicho a muchas personas, pero mi mamá no deja (...).

¿Tú qué sientes en este momento por tus papás? Primero que todo, que a mí me deberían dejar decidir con quién quiero vivir porque lo que pasa es que mi mamá no acepta que ella me pega en la mano, no acepta casi nada, dice no, yo no lo he hecho, o dice eso es mentira, con su tono de voz que es así todo falso y su risita toda falsa, y dice no, yo nunca te dije eso, y ella no acepta nada, y dice que ella no lo hizo, a Sofía mi hermana se lo ha hecho como dos veces, y a mí me lo ha hecho como veinte veces, y otra cosa es que ella es muy justa con mi hermana y conmigo es injusta, mi mamá a mi hermana la trata muy bien, mucho mejor que yo, a mí me trata muy mal y siempre como que mira un regalo y ella como que porqué, y ella, no, solo porque te lo quise dar, y a mí no da nada. Digamos, mi papá sí es justo, para la primera comunión, normalmente le dan una cadena de regalo, y él me regaló esta cadena a mí, y entonces como él sabía que iba a haber una pelea, o que no era justo, le compró la misma cadena a mi hermana, igualmente no fuera su primera comunión, y fuera de eso, mi mamá no me ha dado un regalo de primera comunión. ¿Tú le has contado a otras personas que tu mamá te pega y te trata así? Sí, le contado a mi papá, a mi abuela, pero no me cree porque es su mamá. ¿A la terapeuta le has contado? ¿A Leonor? Ajá, sí, pero ella no le importa, dice que yo me tengo que portar bien y yo no hago nada, y a mí eso no me parece justo, y Martín no respondió nada cuando yo se lo dije”.

2.10. Debido a la incompetencia, por factor territorial, de la Comisaría Primera de Familia de Usaquén frente al presente asunto, las diligencias fueron remitidas a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, la cual decretó la siguiente medida urgente y provisional:

“PRIMERO. Establecer como medida de emergencia y de forma provisional la ubicación de la niña Valentina Fernández Salazar en la Carrera 122 No. 35 A -72, Edificio Los Quioscos, Torre 8, Apartamento 203, en tenencia de su progenitor Sebastián Fernández Pardo desde el día 19 de febrero hasta el 22 de febrero del presente año.

(...)

2.11. En atención a lo ordenado, el señor Fernández Pardo allegó, a la Comisaría Segunda de Chapinero, el resultado de la valoración realizada a la menor de edad por una psicóloga

especialista en desarrollo personal y de familia, que indicaba:

“Al momento en el que se le pregunta sobre su mamá y la relación que tiene con ella, se observa en la niña expresiones de rabia, tono desafiante y hostilidad. Refiere “Mi mamá siempre es una tramposa, me trata mal, ella no es justa ni querida conmigo y me dice mentiras”. Mientras relata esto, Valentina imita a la mamá con tono descalificante y de burla; además empuña las manos y golpea la mesa, dejando evidente el disgusto hacia su mamá. Frente a la relación con su papá Valentina refiere: “Mi papá es querido y a mí me gusta vivir con él porque por ejemplo él nunca me dejaría sin comer como mi mamá. Y por ejemplo hoy yo estoy feliz porque estoy con él porque yo no quiero estar con mi mamá”.

Al indagar sobre las ideas de muerte, Valentina refiere: “Yo solo me dije eso para mí, pero Tatiana me escuchó y ella le dijo a toda la clase y me metió en un problema. Yo pensé eso porque siempre me tocan los grupos de los bobos que no escuchan, no me tienen en cuenta, no me respetan, como si yo no existiera, y yo ahí entonces me puse a pensar en mi mamá y pues ahí pensé eso “Yo no quiero existir porque mi mamá me trata como un animal”.

Cabe mencionar que no se encuentran ideas concretas o estructuradas acerca del suicidio. Sin embargo, ella menciona lo siguiente: “Si me obligan a vivir con mi mamá yo hago eso porque a mí no me pueden obligar, los niños tenemos derechos”.

2.12. Sostiene que con base en una entrevista psicológica realizada el 19 de octubre de 2015, es decir, previamente al evento depresivo comunicado por el colegio, la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero decidió, el 22 de febrero de 2016, decretar como medida de emergencia dejar a la niña en protección institucional a cargo del Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y, por consiguiente, ordenó su traslado al Centro Único de Recepción de Niños y Niñas y, posteriormente al Centro Proteger Álvaro López Pardo.

De igual manera, ofició al Colegio El Atardecer para que reservara el cupo de la niña hasta la terminación del proceso y le permitiera adelantarse y ponerse al día en todas las asignaturas.

2.13. El 2 de marzo de 2016, dicha Comisaría adoptó como medida provisional de

emergencia el reintegro al medio familiar, la reubicación de la menor de edad en un hogar extenso, específicamente, en el domicilio de la abuela materna, Mariela Cubillos de Salazar. Asimismo, informó al Colegio El Atardecer acerca de la decisión y que la única persona autorizada para representar a la niña ante cualquier eventualidad era su abuela. Adicionalmente, ordenó el reintegro de la menor de edad a sus labores académicas.

3. Pretensiones

La demandante pretende que por medio de la acción de tutela sean protegidas las garantías fundamentales al debido proceso, a la vida digna y los derechos de los niños, niñas y adolescentes de su hermana menor de edad, Valentina Fernández Salazar, para lo cual solicita se deje sin efectos la medida provisional de emergencia RUG 1384/15 MP/222 y 230/15, proferida por la Comisaría de Familia Segunda de Chapinero el 2 de marzo de 2016, mediante la cual resolvió reintegrar a la niña al medio familiar, ubicándola en el domicilio de su abuela materna. En consecuencia, solicita se ordene emitir una decisión que procure por el bienestar de su hermana y que valore la opinión de ésta.

Asimismo, solicita se decrete como medida cautelar el reintegro inmediato de Valentina al domicilio de su padre y se ordene la realización de terapias a cargo de profesionales especializados para restablecer la comunicación, el trato y el respeto entre la menor de edad y su madre, y entre ambos padres.

Ello, por cuanto, a juicio de la petente, la medida emitida adolece de un defecto fáctico, constituye una decisión sin motivación y viola directamente la Constitución Política.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones

La actora instauró la presente acción de tutela en procura de cuestionar la decisión proferida por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero el 2 de marzo de 2016, la cual estima, constituye una vía de hecho judicial.

3.1. Vía de hecho

Considera la demandante que la medida en comento constituye una vía de hecho por defecto fáctico, en su dimensión negativa, debido a que no se valoró la opinión de Valentina, pese a su coherencia, y a que en tres ocasiones manifestó, durante el trámite de

la actuación, su deseo inequívoco de no querer vivir con su progenitora, causándole una depresión tan severa que incluso habló de suicidio.

Dicha opinión adquiere una verdadera dimensión que, de haber sido tomada en cuenta, como era el deber de la Comisaría antes de adoptar la medida, seguramente hubiese sido diferente el sentido de esta.

Ahora bien, respecto del cargo de decisión sin motivación, la accionante estima que la medida cuestionada es abiertamente insuficiente al no justificar por qué no se acató lo manifestado por Valentina y se ignoró el contenido de su dramática declaración.

Por lo que respecta a la violación directa de la Constitución, la actora considera que la decisión enjuiciada prefirió el acuerdo entre los padres sobre la opinión dolorosa de la menor de edad, omitiendo así los mandatos dispuestos en el artículo 44 Superior, en cuanto a que: i) los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Uno de esos es, precisamente, el de ser oído por las instancias judiciales, administrativas, policivas, etc. de los Estados, pero sobre todo de ser valorado su dicho, ya que no es suficiente que se le escuche y posteriormente se ignore su voluntad. Si bien su opinión no es absoluta, el derecho a ser valorada es improrrogable; ii) la niña no puede ser tratada de forma caprichosa por las autoridades encargadas de su protección, pues deben existir razones muy relevantes para justificar la intervención del Estado en lo referente a la modificación de su modo de vida. Por ende, son reprochables las decisiones adoptadas por la Comisaría accionada consistentes, primero, en remitirla al Centro Proteger Álvaro López Pardo, sin que mediara un indicio, al menos leve, que justificara esa decisión y, segundo, separarla de su núcleo familiar a un hogar extenso, sin que existieran razones para hacerlo, más allá del acuerdo de los padres y del desprecio que el despacho le dio a su opinión, al no valorarla o tenerla en cuenta; iii) es un deber del Estado y de la familia, conforme con el artículo 44 de la Constitución y los tratados internacionales, proteger al menor de edad y garantizarle su derecho a tener una familia estable y no ser separado de ella, recibir cuidado y amor y valorar su opinión. Así, el hecho de enviar a Valentina a un centro de protección, de no haber estimado su opinión manifestada en tres ocasiones, de ubicarla en un núcleo familiar extendido sin que obre la más mínima razón para no remitirla al seno de su padre con su hermana mayor, sin duda, se erige como una actuación violatoria del Texto Superior.

3.2. Fundamentos de la acción

Una vez expuestos los hechos de la presente demanda, y de manera previa a la presentación de las razones por las cuales considera que la decisión aludida incurrió en vía de hecho, la demandante realizó algunas precisiones acerca de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

Frente a estos, sostuvo que, efectivamente, se cumplen a cabalidad en el presente caso, por las razones que a continuación se esgrimen.

En cuanto a la legitimación activa, manifestó que se encuentra acreditada, toda vez que actúa en calidad de hermana mayor de Valentina y que, aun cuando no fuera así, hubiese podido exigir el cumplimiento de sus derechos, toda vez que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional –verbigracia, Sentencia T-955 de 2013-, en tratándose de niños, niñas y adolescentes, cualquier persona puede solicitar el amparo de sus garantías fundamentales cuando estas han sido vulneradas en una actuación judicial, administrativa y/o de cualquier naturaleza.

Por otra parte, sostiene que la Comisaría Segunda de Chapinero se encuentra legitimada por pasiva, toda vez que es la autoridad cuya actuación ha producido la lesión de los derechos fundamentales de la menor de edad.

Respecto de la vulneración o amenaza de un derecho constitucional fundamental, manifestó que al proferir la medida de emergencia en comento, la autoridad demandada incurrió en una ostensible lesión de la garantía al debido proceso, pues si bien la menor de edad fue escuchada formalmente, su opinión no fue valorada en debida forma durante el trámite de la medida.

Por lo que atañe al requisito de subsidiariedad, adujo que se encuentra satisfecho, habida cuenta que no existen recursos ordinarios que puedan promoverse contra la aludida decisión, tal como lo señala su numeral cuarto.

Por último, respecto del requisito de inmediatez, indicó que se satisface, toda vez que la determinación de la comisaría fue notificada, en estrado, el 2 de marzo de 2016 y la tutela

se presentó el 17 de marzo.

La demandante pretende que por medio de la acción de tutela sean protegidas las garantías fundamentales al debido proceso, a la vida digna y los derechos de los niños, niñas y adolescentes de su hermana menor de edad, Valentina Fernández Salazar, para lo cual solicita se deje sin efectos la decisión proferida el 2 de marzo de 2016 y, en consecuencia, se emita una que valore la opinión y voluntad de la niña, es decir, que ordene su reintegro inmediato al domicilio de su padre.

4. Oposición a la demanda de tutela

Mediante auto de 28 de marzo de 2016, el Juzgado Diecisiete de Familia de Oralidad de Bogotá D.C. avocó el conocimiento de la tutela y ofició a la comisaría accionada para que ejerciera el derecho a la defensa.

En la misma providencia, dispuso vincular a Viviana Salazar Cubillos y a Sebastián Fernández Pardo, en calidad de padres de la menor de edad y a la señora Mariela Cubillos de Salazar, abuela materna de Valentina, como quiera que la decisión a adoptar los puede afectar.

Finalmente, ordenó escuchar en entrevista privada a Valentina, la cual se realizaría con la intervención de la trabajadora social del juzgado y la defensora de familia adscrita al mismo.

4.2. Comisaría Segunda de Familia de Chapinero

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero expresó que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a Valentina Fernández Salazar.

Igualmente, sostuvo que la accionante no se encuentra legitimada para promover la presente causa, toda vez que los llamados a exigir el respeto de las garantías de la menor de edad son sus padres.

Al respecto, sostuvo que Alejandra Fernández realmente actúa en defensa de los intereses de su padre, quien no representa legalmente a Valentina, pues la titular de la custodia es la

progenitora, como consecuencia de un acuerdo celebrado entre los progenitores en el año 2010, el cual ha incumplido el señor Fernández Pardo, pues ha asumido por vías de hecho el cuidado personal de la niña.

Afirma que la verdadera intención del padre es que se disponga para él, mediante acción de tutela, la custodia de Valentina, pese a que se encuentra en libertad de promover el respectivo proceso ante el juez de familia de Bogotá D.C..

Por otra parte, sostiene que el ICBF no ha asumido lo de su competencia, es decir, dar inicio al proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de Valentina dada la negligencia de sus padres en asumir el rol que como tal les corresponde y en respetar, el progenitor, el acuerdo de custodia suscrito con la señora Viviana, sino asumir, por vías de hecho, la custodia y el cuidado personal de la niña.

Ahora, por lo que respecta a la medidas de emergencia que ha adoptado dentro del caso de Valentina Fernández Salazar, manifiesta que el 22 de febrero de 2016, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1098 de 2006, decidió poner a la menor de edad en protección institucional a cargo del Defensor de Familia del ICBF, trasladándola al CURNN y ordenando a los padres retomar el proceso terapéutico.

Dada la voluntad de la niña, quien manifestó que prefería vivir en la casa de su abuela que continuar interna en el CURNN y, en cumplimiento de lo acordado por los padres en audiencia de conciliación celebrada el 2 de marzo de 2016, emitió medida de emergencia en la que determinó que a partir de la fecha su cuidado personal sería asumido por la señora Mariela Cubillos de Salazar.

La anterior decisión tuvo como finalidad proteger los derechos fundamentales de Valentina a la vida digna, a un ambiente sano y a la integridad personal, garantías que fueron vulneradas por sus padres, al involucrarla en sus conflictos.

Precisa que la medida en mención es de carácter provisional, razón por la cual carece de recursos.

Con base en lo anterior, solicita al juez abstenerse de ordenar el reintegro al domicilio del progenitor, toda vez dicho ambiente no es el apropiado para el sano desarrollo de Valentina.

5. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que reposan en el expediente:

- Copia del registro civil del matrimonio contraído entre Sebastián Fernández Pardo y Viviana Salazar Cubillos, el 12 de junio de 2004, ante la Notaría Cuarta de Cartagena (folio 1 del cuaderno 1).
- Copia del registro civil de nacimiento de Valentina Fernández Salazar, en el que certifica que nació el 19 de diciembre de 2005 (folio 2 del cuaderno 1).
- Copia del registro civil de nacimiento de Sofía Fernández Salazar, en el que consta que nació el 6 de agosto de 2007 (folio 3 del cuaderno 1).
- Copia de la escritura pública No. 3797, celebrada ante la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá, el 18 de diciembre de 2008, mediante la cual se disolvió y liquidó la sociedad conyugal de Viviana Salazar Cubillos y Sebastián Fernández Pardo (folio 4 a 57 del cuaderno 1).
- Copia del acta de conciliación No. 0239/2010 celebrada ante la Notaría Cuarenta y Una del Círculo de Bogotá, el 29 de mayo de 2010, mediante la cual la pareja en mención acordó lo relativo a la patria potestad, al domicilio, a la custodia, al cuidado inmediato, las visitas, las vacaciones, los alimentos, la comunicación de las niñas con sus padres, las obligaciones personales, y los permisos de salida del país (folios 77 a 94 del cuaderno 1).
- Copia de la certificación expedida por la administradora del Conjunto Residencial Los Quioscos, ubicado en la ciudad de Bogotá D.C., el 22 de julio de 2015, en la que manifiesta que Valentina Fernández Salazar se encuentra viviendo en dicha urbanización de forma permanente desde el 25 de marzo de 2015 (folio 97 del cuaderno 1).
- Copia del acta de atención que da cuenta de la versión rendida por Valentina Fernández Salazar ante la Comisaría Primera de Familia de Usaquén el 19 de febrero de 2016. En dicho relato la menor de edad narra la situación que acaeció entre sus padres, en la institución educativa a la que asiste, tras haber sido citados como consecuencia de haber manifestado

“me quiero ir al cielo” (folios 98 y 99 del cuaderno 1).

- Copia del informe emitido por una psicóloga especialista en desarrollo personal y de familia, el 20 de febrero de 2016, en atención a la medida de emergencia dictada por la Comisaria Primera de Familia de Usaquén. En este se determinó que la menor de edad requiere un acompañamiento terapéutico encaminado a trabajar en sus sentimientos de hostilidad, angustia, culpa y rechazo, y la manera cómo ella se relaciona con el mundo exterior, especialmente, con su núcleo familiar. Asimismo, recomendó intervenir en la relación que sostiene con su madre en aras de propender a la armonía y comunicación asertiva entre ellas y reevaluar la decisión de las directivas del colegio atinente a ser retirada de las clases (folios 100 a 103 del cuaderno 1).

- Copia del informe emitido por la psicóloga de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero el 19 de octubre de 2015, en el que se recomienda: i) tomar medidas conducentes para que las menores de edad Valentina y Sofía Fernández Salazar no sigan siendo involucradas en los conflictos suscitados entre sus padres; ii) concientizar a los progenitores acerca de la importancia de restablecer la comunicación directa y respetuosa entre ellos; iii) apoyo terapéutico familiar para los padres a fin de abordar el manejo adecuado de las emociones y del conflicto, autoestima, control de impulsos, comunicación asertiva, manejo adecuado de pautas de educación, entre otros y; iv) continuidad del apoyo terapéutico para las menores de edad encaminado a abordar el manejo adecuado de los conflictos y las emociones, autoestima, auto concepto, etc. (folios 104 a 108 del cuaderno 1).

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 7 de abril de 2016, el Juzgado Diecisiete de Familia en Oralidad de Bogotá D.C. denegó el amparo pretendido por Alejandra Fernández, al considerar improcedente la acción de tutela por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que no se violó derecho fundamental alguno, pues la medida cuestionada, de carácter provisional, tiene como finalidad garantizar la integridad

física y emocional de la menor de edad.

Por otro lado, estima que de existir la vulneración alegada, la tutela es improcedente, pues la peticionaria cuenta con los medios de defensa judicial ordinarios ante los jueces de familia para lograr la efectividad de las garantías fundamentales. Asimismo, consideró que de la situación descrita no se desprende la configuración de un perjuicio irremediable.

Finalmente, indicó que quien debió interponer la acción era el señor Sebastián Fernández Pardo y no su hija mayor, toda vez que ella no ostenta la patria potestad de Valentina.

2. Impugnación

La actora impugnó dicho fallo argumentando que la sentencia emitida por el a quo valoró equivocadamente el presupuesto de la subsidiariedad, pues desconoció que la medida de emergencia en mención, al ser una decisión de carácter jurisdiccional proferida por un comisario de familia, se encuentra desprovista de recurso alguno, es decir, no se puede reponer o apelar.

Asimismo, aduce que sí se configura un perjuicio, toda vez que la comisaria obligó a la niña a vivir con su abuela en contra de su voluntad, incluso cuando ésta ha manifestado que prefiere suicidarse, por ende, al ser imposible calcular si la condición de afectación emotiva puede tener un desenlace pronto o si se cuenta con el tiempo necesario para acudir ante el juez de familia, dicho perjuicio es de carácter irremediable.

Para concluir, aclara que disiente del argumento de la autoridad accionada, respecto de la falta de legitimación por activa, pues se indicó que actuaba en calidad de hermana mayor de Valentina y, aun cuando no ostentara dicha calidad, por tratarse de una menor de edad, cualquier persona puede exigir el cumplimiento de sus derechos.

Mediante escrito dirigido a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, el 20 de abril de 2016, Sebastián Fernández Pardo presentó escrito de coadyuvancia a la impugnación, manifestando que Valentina le solicitó su intervención para que se le permitiera vivir con él y con Alejandra, al menos por un tiempo mientras supera los desencuentros con su madre.

A juicio del interviniente, la petición de la niña es muy razonable y benéfica en aras de

conseguir su tranquilidad, la conciliación del sueño, una dieta alimenticia adecuada y una mejor adaptación a su proceso académico, lo cual le permitiría reasumir el buen trato con su madre.

Por otra parte, sostiene que su hija Alejandra fue quien promovió la tutela dada su preocupación por las amenazas y expresiones de desasogiego y angustia realizadas por la niña frente a la medida provisional adoptada por la Comisaría accionada que la desarraigó del escenario familiar anhelado que le brinda la estabilidad que necesita.

También pone de presente que la pretensión de la tutela está encaminada a preservar la integridad física, emocional, cognoscitiva y afectiva de la menor de edad, pues los tres mantienen un entorno familiar lleno de ternura y comprensión.

En ese orden de ideas, considera que se debe escuchar a Valentina, valorar y ponderar su voluntad para establecer el mejor mecanismo, el cual, indudablemente, consiste en remitirla al hogar que ella reclama.

4. Declaratoria de nulidad

Mediante auto proferido el 21 de abril de 2016, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. resolvió declarar la nulidad de lo actuado, a partir, inclusive, de la sentencia de 7 de abril de 2016, toda vez que el A Quo omitió vincular al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En consecuencia, en auto de 28 de abril de 2016, el Juzgado Diecisiete de Familia en Oralidad de Bogotá D.C. dispuso vincular a la entidad referida.

5. Intervención de Mariela Cubillos de Salazar

Mariela Cubillos de Salazar, mediante escrito de contestación de tutela presentado el 26 de abril de 2016, solicitó al fallador de primera instancia denegar el amparo deprecado al considerarlo improcedente, por cuanto la peticionaria carece de legitimación en la causa.

Asimismo, aprovechó la oportunidad para manifestar que ha velado por la integridad física y emocional de su nieta y que le ha prodigado amor, comprensión y calidad de vida en un ambiente sano.

Asegura que tanto el estado de ánimo y el comportamiento de la niña, como la relación con sus amigas han mejorado, y que junto con su hija Viviana han asistido puntualmente a las terapias ordenadas por la Comisaría dirigidas por el Doctor Martín Puentes Fontalvo.

Por otra parte, sostiene que pese a la mejoría de Valentina, el señor Fernández Pardo y su hija Alejandra interfieren para que la niña adopte comportamientos inadecuados, violentos y groseros, en los que impone reglas, las ejecuta y las juzga.

Indica que el padre mantiene a la menor de edad en un estado de frustración, ya que en múltiples llamadas telefónicas le promete que hará realidad todos sus deseos ilimitados e imposibles; la respalda en no asistir a las citas con el terapeuta y alienta el mal comportamiento hacia su madre, animándola, incluso, al extremo de pegarle, pues en varias ocasiones Sebastián Fernández ha intentado maltratar físicamente a Viviana en frente de sus hijas, propiciando escenarios que dificultan la crianza.

Asevera que la niña dice a su padre injustas y falsas acusaciones en contra suya y de las personas que la cuidan cuando tratan de impartirle reglas de buena educación, las cuales son recibidas por el progenitor sin indagar acerca de su veracidad. Considera que la comodidad de la falta de normas y la excesiva y desbordada complacencia disfrazada como amor por parte del progenitor, llevan a una vida ficticia que no acarrea algún buen resultado.

En cuanto a Alejandra Fernández, expresa que imparte a Valentina enseñanzas nocivas de desobediencia, pues le manifiesta que su verdadero núcleo familiar son sus parientes de Medellín, que su abuela materna es una “vieja chuchumeca” y que su madre es una mujer mala y mentirosa, comentarios que desconocen la calidad ética y profesional de ambas.

De igual manera, sostiene que Alejandra usa expresiones vulgares en presencia de la menor de edad, las cuales son aprendidas por ésta y empleadas para referirse al terapeuta y a la abogada.

En lo que respecta a Sebastián Fernández, afirma que tiene un alto interés económico, el cual puede probarse mediante una comunicación sostenida entre él y su hija Viviana por

whatsapp, en la que le pregunta cuánto está dispuesta a pagar por pasar la navidad con Valentina.

Por último, cabe resaltar que la señora Cubillos de Salazar allega a su escrito un informe de evaluación rendido por el Doctor Martín Puentes Fontalvo[2], el cual refiere lo siguiente sobre Valentina:

“Su inteligencia es alta y cuenta con una buena capacidad para expresar sus ideas y posturas. Aunque, en términos generales, presenta una adecuada modulación ideo-afectiva, tiende a racionalizar de forma que le lleve a percibirse con control de la situación. En cuanto al curso del pensamiento este tiende a ser auto-referencial y presenta una idea subvalorada de sí, que cursa con frecuente descalificación de los demás.

Aunque no se observa que existe una alteración del juicio de Valentina, llama la atención que por lo menos de la información provista por sus familiares (madre-hermana), exista una interpretación de acontecimientos opuesta en lo que tendría que ver con su relación con su mamá.

Es relevante que Valentina no establece independencia de juicio cuando asume posturas valorativas extremas bien a favor o en contra de su mamá/papá. Esto pudiera correlacionarse con lo observado como ansiedad presente en el CAT-A y que compele a Valentina a asumir la responsabilidad por el cuidado de su familia evitando la alianza con la madre para impedir que figurativamente “el papá caiga por la montaña”. En otras palabras, una hipótesis sistemática que permita identificar el rol de cada uno de los subsistemas del sistema de la familia Fernández Salazar es que tras una dinámica acumulada de tensión al interior del sistema familiar, para lo cual es necesario establecer / alentar la alianza (diada padre-hija), aunque esto suponga para sí el sacrificio y consecuente costo emocional de asumir en su madre el arquetipo necesario de enfrentar, una especie de némesis.

La capacidad introspectiva de Valentina es pobre y su capacidad prospectiva muy limitada. Esto es compatible con la falta de visión de futuro que se observa en sus test proyectivos. Dentro de las características de personalidad encontradas en su evaluación son evidentes impactos emocionales, atribuibles a la alteración en la dinámica familiar en la que se encuentra inmersa tanto como de los mecanismos que ella ha identificado son necesarios para enfrentarlos. En efecto, nótese cómo en los distintos test proyectivos (especialmente el

de la familia y el de la figura humana), se destacan la hostilidad, tristeza, agresividad como elementos presentes en su propia identificación.

Valentina exhibe cierta tendencia a centrar en sí la atención y recurre a la parodia, la burla y el remedo, para describir personas o su interacción con pares y algunos adultos que le rodean, todo lo cual, potencial o efectivamente, podría afectar el curso y buen suceso de sus relaciones interpersonales. Esto se corrobora también en la inclusión de rasgos de sarcasmo y sobrevaloración en algunos de los dibujos de la figura humana que Valentina realiza.

Debido a que asume posturas confrontacionales y de sobre-alerta, tiende a ubicarse a la defensiva y en su expresión afectiva a mostrarse poco espontánea. Si se toma en cuenta que conforme a lo mencionado por la madre y también por la psicóloga Leonor Bastidas la niña ha enfrentado presiones adicionales a la del entorno familiar por parte de sus pares, es posible que los recursos que en momento identificó la psicóloga se encuentren agotados y esto conduzca a reacciones como la que se documenta en el “safety student” del Colegio El Atardecer, que terminan por reforzar las actitudes de hostilidad y aislamiento por parte de sus pares con consecuencias adicionales para la estabilidad emocional de Valentina.

Con frecuencia durante las pruebas proyectivas aplicadas surgen elementos que sugieren la necesidad de fortalecer su amor propio, superar ideas de minusvalía, inestabilidad y desprotección. Estos sentimientos pueden surgir tanto de la pérdida afectiva que se deriva de no vivir con su hermana, como de la relación con sus padres en ninguno de los cuales encuentra, conforme los hallazgos que arrojan los test proyectivos, los elementos de protección que requiere.

Nótese que por lo menos en lo que es dado interpretar del test CAT-A, Valentina tiene una fuerte identificación con la figura materna. Es esa misma figura de identificación a la que se asume en necesidad de negar como mecanismo de protección de su padre, evitando con ello el potencial daño que supone se le puede ocasionar como consecuencia de las disputas legales que transcurren entre ellos.

Es lo que puede también inferirse en la afirmación de Valentina que interpela a su madre y le dice “ahora sé que es lo que haces de llevar a papá a los tribunales”.

Nótese en consecuencia cómo al momento de responder el test del árbol, sus trazos proyectan a uno sin raíces y sin suelo. Es decir, un árbol que, en términos proyectivos, da cuenta de la pérdida que significa para su mundo emocional la ruptura con su figura de identificación, es la ruptura con su madre.

Valentina ha estado expuesta a mensajes ambiguos desde el punto de vista de la conformación de límites por parte de los padres y respecto del aprendizaje sobre los mecanismos de protección. En efecto, es notorio tanto en la evaluación en conjunto de Valentina como de los patrones que dejan entrever sus padres en las entrevistas individuales realizadas a cada uno de ellos, cómo no existe una visión conjunta y/o compartida de lo que supondría las mejores posibilidades de bienestar y equilibrio emocional para Valentina, de lo cual se desprende el hecho de que ésta es depositaria de mensajes encontrados desde uno y otro de sus progenitores con lo cual promueve en su mundo psíquico, sufrimiento, confusión, desconfianza, sentimientos de desprotección, impotencia y rabia. Adicionalmente, esto cabe relacionarse con aspectos del comportamiento de la niña, como lo que se refiere tiene con sus pares y especialmente con sus mecanismos de defensa frente a la minusvalía que ha ido incorporando y que expresa en conductas de sobrevaloración de sí y de hostilidad hacia el medio.

En las historias que Valentina construyó en relación con el CAT-A, sus héroes cuentan con la posibilidad de persuadir a los más poderosos de tenerla en cuenta tal como en la historia en la que el pollito hace modificar la comida para sí y para sus hermanos y obtiene las disculpas de su mamá, o en la que el tigre modifica su conducta predadora y decide no atacar al mico que, tal como ella ya no cuenta con posibilidad de “huir, camuflarse o pedir apoyo a la familia”.

Los cambios en la tensión existentes en la relación de sus padres, han llevado a que en el lapso de algo más de un año, la situación emocional de Valentina se haya ido complejizando desde la observación de la psicóloga Leonor Bastidas que encuentra que Valentina “se percibe a sí misma como una niña feliz a quien le gusta tener muchas amigas pero que se estresa mucho cuando no recibe atención de parte de las mismas”, a una niña que según informa el documento del Colegio El Atardecer “student safety”, manifiesta “mi vida es miserable, quisiera suicidarme”, sentimientos que son compatibles con el trasfondo de tristeza y desesperanza que se encuentra presente en varios de sus test proyectivos y que

se deja entrever también en la entrevista tras la coraza de racionalidad, argumentación y justificación que con frecuencia exhibe.

Si bien desde el informe de la psicóloga Leonor Bastidas algunos elementos de la personalidad de Valentina requerían intervención “...se frustra con facilidad y al no poder manejar dicha frustración reacciona inadecuadamente afectando su tolerancia y por ende sus relaciones interpersonales en general, con adultos y con pares”, basado en los resultados de las distintas pruebas, se hace necesaria una intervención inmediata y urgente orientada no solo a dar soporte a Valentina sino fundamentalmente a modificar un sistema de comunicación y relación familiar que le resulta lesivo y que progresivamente la va aislando y limitando en su desarrollo.

Finalmente, es necesario acompañar a Valentina a explorar algunos elementos en el ámbito de su sexualidad, respecto de lo cual en algunos de los test proyectivos se presentan signos que hablan de temor a la agresión, preocupación por la sexualidad, entre otros, y que se evidencian en actitudes de sobre-alerta y que conviene acompañar para conseguir la construcción de un paso a la adolescencia más saludable en este ámbito.

Teniendo en cuenta lo anterior, el suscrito médico psicoterapeuta considera importante:

1. Excluir a los niños como piezas del andamiaje estratégico al que puedan estar recurriendo sus progenitores en función de los objetivos y metas legales que tienen frente a diversas autoridades.
2. Adelantar un acompañamiento familiar sistémico, esto es que involucra sesiones a nivel individual de cada uno de los progenitores, algunas sesiones de la diada de padres, sesiones individuales con Valentina y algunas sesiones conjuntas de los padres Valentina y Sofía Fernández Salazar, conforme al siguiente plan terapéutico.

(...)”.

Posteriormente, en escrito fechado 28 de abril de 2016, Mariela Cubillos puso en conocimiento del juez de primera instancia los avances a nivel psicológico, familiar y escolar de Valentina.

Indicó que al llegar a su casa se rehusaba a reintegrarse a sus labores académicas y a compartir con sus compañeras y que, después de dos meses, Valentina asiste con gusto a sus clases, socializa con sus amigas, es receptiva frente a las sugerencias, acata normas y la relación con su hermana menor de edad se ha afianzado.

Sostiene que desde que la niña se encuentra bajo su cuidado ha mejorado su descanso mental, psicológico y físico, pues en la casa de su padre no tenía un horario establecido para el sueño nocturno, ya que se acostaba alrededor de las 11:00 p.m., sin lograr un descanso reparador para su edad, en tanto que en su hogar se acuesta a las 9:00 p.m., lo cual le permite estar más tranquila y asumir sus labores con mejor actitud.

Indica que pese a los avances que la menor de edad ha logrado, su padre continúa realizando conductas que no contribuyen a su bienestar, tales como formularle preguntas, mediante llamadas telefónicas, en las que le induce a dar respuestas que denoten inconformidad y rebeldía hacia las sanas guías que se le imparten y, llevar a cabo visitas en la acera cerca de su residencia, donde en esos momentos se encuentra su hija y su nieta Sofía, pese a que se le invita a ingresar al hogar. Situación que irrumpe la armonía, pues pide a Valentina que salga del apartamento, generando estrés, tensión y desagrado en el entorno familiar.

Para culminar, expresa que, telefónicamente, el señor Fernández insistió a su nieta, en dos llamadas consecutivas, manifestar con prontitud, a su profesor, que su deseo es vivir con su padre, orden ante la cual la niña se mostraba molesta.

6. Intervención de Alejandra Fernández Quiroga

Mediante escrito remitido por Alejandra Fernández al juez de primera instancia solicitó desatender las intervenciones realizadas por Mariela Cubillos de Salazar, en atención a la carencia de soporte probatorio.

7. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Mediante escrito de fecha 5 de mayo de 2016, el defensor de familia del Centro Zonal Barrios Unidos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá D.C., solicitó se libere de responsabilidad a la entidad que representa y se rechace la tutela por

improcedente, como quiera que el ICBF no ha vulnerado derecho alguno a la menor de edad en comento.

Manifiesta que el centro zonal conoció la solicitud mediante SIM No. 14429784 de 9 de octubre de 2015, a través del cual la Comisaría le pidió brindar acompañamiento a la diligencia que iba a realizar a favor de las hermanas Fernández Salazar pero nunca informó presunta negligencia y descuido, en el cuidado de la agenciada.

Precisa que la entidad demandada es competente para adoptar medidas en favor de los menores de edad, de oficio, sin detrimento a que remita a la autoridad competente.

Seguidamente, sostuvo lo siguiente:

“Asimismo, consultado el aplicativo SIM, se observa que las hermanas Fernández Salazar, con radicados 14416095 y 14416785, adelantaron trámites en el ICBF, y una vez conocidas las peticiones, se ordenó la verificación de derechos, la cual concluye que no existen derechos vulnerados, amenazados o inobservados, y en la actualidad dichas peticiones están cerradas, por lo que está claro señor Juez que el ICBF ya ha conocido y verificado los derechos de las hermanas Fernández Salazar, en lo que compete, de conformidad con lo establecido en la Ley 1098 de 2006 y los lineamientos internos del ICBF.

Analizada la documentación allegada en los anexos de la tutela se observa que lo que se presenta en el núcleo familiar de la NNA Valentina Fernández Salazar y Sofía Fernández Salazar, es un tema de violencia intrafamiliar entre los progenitores, por los hechos ocurridos el día 27 de septiembre de 2015, y de conformidad con lo establecido en la Ley 1098 de 2006, las entidades competentes, en este caso, son las comisarías de familia, y en el caso concreto, las actuaciones que se llevaron a cabo en la Comisaría de Familia de Usaquén y Chapinero fueron a favor y atendiendo al interés superior de los NNA, en aras de garantizar sus derechos, de conformidad con el artículo 86 de la Ley de Infancia, el Decreto 4840 de 2007, la Ley 294 de 1996 modificada por la Ley 575 de 2000.

Por último y, en lo que respecta, específicamente, a la medida de protección bajo revisión, adujo:

“Las niñas fueron escuchadas y precisamente narraron la violencia en medio de la cual

vivían con sus padres, por lo tanto, la medida de protección en la familia extensa se ajusta a derecho y al interés superior del NNA, a lo cual el defensor avala la decisión, y máxime porque la Comisaría es la autoridad competente en el caso concreto, de suerte que el ICBF sí conoció el caso, razón por la cual, la tutela está llamada a no prosperar”.

8. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 10 de mayo de 2016, el Juzgado Diecisiete de Familia en Oralidad de Bogotá D.C. decidió denegar el amparo pretendido por Alejandra Fernández, reiterando los argumentos expuestos en la sentencia nulitada acerca de la falta de subsidiariedad y la legitimación por activa.

9. Impugnación

Inconforme con lo decidido, la actora, mediante escrito presentado el 12 de mayo de 2016, impugnó la sentencia de primera instancia, sosteniendo que no existe un mecanismo de protección diferente a la tutela, toda vez que contra la medida de emergencia enjuiciada no procede recurso alguno. Además, aduce que dada la crisis del sistema judicial, la resolución del presente asunto ante la jurisdicción ordinaria sería muy demorada.

10. Intervención de María Clara Reatiga Prada

María Clara Reatiga Prada, apoderada de Viviana Salazar Cubillos, mediante escrito fechado 9 de junio de 2016, solicita se deniegue la tutela por improcedente y por carecer de sustento fáctico y jurídico.

Considera que la accionante cuenta con los mecanismos ordinarios para la protección de los derechos presuntamente vulnerados, tales como, el proceso de modificación de custodia.

Sostiene que la niña es el escudo de cobro y retaliación de su padre por los procesos de índole económica que por incumplimiento de lo convenido tuvo que promover Viviana y que la situación emocional de Valentina continúa en riesgo debido a la manipulación psicológica que ejerce el padre en cada una de las visitas que viene realizando.

Finalmente, allega copia del informe del proceso de acompañamiento realizado a Valentina Fernández Salazar, durante el periodo comprendido entre el 2 de marzo y el 29 de abril de

2016, por el Doctor Martín Puentes Fontalvo, en el que recomienda extender de manera indefinida la medida de colocación familiar en la vivienda de la abuela materna y describe la vulneración de las garantías de Valentina por parte del padre debido a la relación simbiótica existente entre éste y la niña y el reforzamiento de la diada entre padre-hija, que requieren urgente la intervención judicial y la suspensión del régimen de visitas en la forma como quedó pactada en la medida de restablecimiento tomada por la Comisaría.

11. Defensoría de Familia adscrita a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C.

Mediante escrito remitido el 15 de junio de 2016, la Defensora de Familia adscrita a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. considera que todo el grupo familiar debe participar en los seguimientos psicológicos hasta llegar a su etapa final. Las terapias deben continuar, si es posible, acogiendo el pedido de la niña, pues se encuentra en medio de los intereses de los miembros de su familia paterna y de su familia materna. Agrega que, independientemente de las competencias calificadas del profesional que ha venido valorando a la menor de edad, debe tenerse en cuenta su pedido de cambio de terapeuta para que se sienta más cómoda y en confianza de expresar sus emociones y recibir las orientaciones procedentes.

Por último, solicita que la decisión que se tome le brinde la oportunidad a Valentina de ratificar y valorar su voluntad. Estima que se deben realizar las visitas sociales pertinentes para conocer los ambientes en que se encuentra la niña y realmente restablecer sus derechos, al igual que ordenarse valoraciones psiquiátricas a los progenitores, de ser necesario, en caso de no darse cumplimiento a las terapias.

12. Mariela Cubillos de Salazar

Mediante escrito de fecha 14 de junio de 2016, la señora Mariela Cubillos de Salazar solicitó al juez de segunda instancia tener en cuenta la manera como ha ejercido la custodia provisional conferida sobre su nieta.

Afirma que la niña ha demostrado ser más respetuosa y compasiva hacia sus semejantes y una mejor adaptación a su entorno.

Igualmente, manifiesta que junto con su hija Viviana y bajo la dirección del Dr. Martín Puentes, han buscado las mejores pautas de crianza para conducir a Valentina en la adopción de buenas creencias y conductas y para reafirmar su autoestima.

Para culminar, lamenta que el progenitor no las apoya en dicho proceso de formación, sino que, por el contrario, avala comportamientos abusivos e irrespetuosos en la niña, disfrazando dicha aprobación como muestras de amor.

13. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el 17 de junio de 2016, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. consideró que durante el procedimiento administrativo de emergencia surtido por la autoridad accionada se desconoció a Valentina la garantía fundamental al debido proceso y su derecho a ser oída y a que su opinión sea tomada en cuenta. En consecuencia, decidió revocar la sentencia del A quo y, en su lugar, concedió el amparo pretendido, para lo cual dejó sin efectos la medida provisional enjuiciada.

Por consiguiente, ordenó a la demandada que, en forma inmediata, convocara a los interesados a una audiencia y dispusiera lo pertinente para escuchar a la menor de edad acompañada del defensor de familia para que, tomando en cuenta su opinión, resolviera lo que en derecho corresponda sobre sus reclamaciones.

Hecho esto, ordenó dar traslado del asunto al Instituto Colombiano de Bienestar Familia, para el restablecimiento de derechos, si se considera pertinente, y el seguimiento de la situación.

Lo anterior con fundamento en las siguientes razones.

En primer lugar, estima que Alejandra sí está legitimada para promover la presente acción en calidad de agente oficioso de su hermana, toda vez que los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al ser prevalentes, pueden ser agenciados por cualquier persona, máxime si por disposición de la entidad accionada se ponen de manifiesto intereses contrarios entre la niña y sus representantes legales.

Precisa que, aun con carácter provisional, los efectos de la medida de protección decretada pueden ser, incluso, contrarios al interés superior del menor de edad, tal como sucedió

cuando se dispuso remitir a Valentina al centro de protección del ICBF pese a contar con un hogar extenso que se predica legalmente responsable y garante de sus derechos.

En segundo lugar, considera que Valentina no fue escuchada por la Comisaría demandada en el trámite en que se decidió ubicarla en una institución de protección para luego forzar un arreglo en torno al cambio de custodia bajo el criterio de los representantes legales y al margen de lo que pudiera pensar la niña.

Por consiguiente, a juicio del ad quem, la opinión de la menor de edad no fue apreciada ni sometida a algún tipo de análisis, lo que significa que no se le trató como un sujeto de derechos, sino como un objeto de intervención.

Por último, sostuvo que el ICBF eludió el deber de corresponsabilidad del Estado para la protección y garantía de los derechos de la niña, desatendiendo la obligación que le impone el artículo 82 del Código de la Infancia y Adolescencia, por tanto, considera que dicha institución debe intervenir para restablecer los derechos de Valentina, toda vez que la competencia asumida por la Comisaría está relacionada exclusivamente con la atención de emergencia.

III. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Intervención de Viviana Salazar Cubillos

Mediante escrito allegado a la Secretaría General de esta Corporación el 6 de octubre de 2016 manifiesta que la situación problemática de su familia se remonta a diciembre de 2014, fecha en la que Sebastián Fernández Pardo tuvo conocimiento de que ella inició una relación sentimental con otra persona.

Acto seguido, sostiene que desde semana santa de 2015, momento en el que Valentina se rehusó a viajar con ella y con Sofía para quedarse en Bogotá con su progenitor, éste pasó de ser un padre ausente en la vida de sus hijas a convertirse en uno absolutamente controlador que, de forma permanente, se comunicaba con la niña hasta altas horas de la noche.

A partir de entonces, el señor Fernández Pardo se ha acercado a Valentina mediante regalos y atenciones, configurándose una relación entre padre e hija sin normas ni pautas, situación

que llevó a que Valentina no regresara a su hogar ni compartiera con su madre, siquiera, durante su cumpleaños, fines de semana o navidad.

Afirma que el cambio de su hija fue tal que para poder verla debía visitarla en el colegio durante los recreos o ir a la casa de su padre, encuentros durante los cuales éste bajaba a la recepción del edificio y vigilaba cada movimiento entre las dos. Agrega que Valentina empezó a rechazarla cada vez más, a mentir sobre supuestos malos tratos de su parte y a referirse a su pareja sentimental como una mala persona que quería hacerle daño a su progenitor.

Ante la imposibilidad de recuperar el cuidado de su hija y frente a la necesidad de protegerla de la manipulación ejercida por su padre, comenta que el 1º de septiembre de 2015 solicitó una medida de restablecimiento de derechos ante la Comisaría de Familia de Chapinero y que durante el curso de la misma, el 19 de febrero de 2016, Valentina manifestó, en la institución educativa a la que asiste, su deseo de atentar contra su vida, lo cual había ocurrido anteriormente, en noviembre de 2015.

Así, el 22 de febrero de 2016, la Comisaría de Familia accionada decidió, como medida de urgencia, trasladar a la menor de edad al Centro Único de Recepción de Niños y Niñas - CURNN-, debido que: i) la menor de edad manifestó ideas suicidas encontrándose bajo el cuidado de su padre; ii) el progenitor no aceptó que fuera puesta bajo el cuidado de su abuela materna, único familiar residente en Bogotá D.C. y; iii) la niña se rehusaba a vivir con su mamá.

Transcurridos diez días de internación en el CURNN, el señor Sebastián Fernández accedió a que la señora Mariela Cubillos se encargara del cuidado de la niña, razón por la cual los progenitores celebraron un acuerdo el 2 de marzo de 2016 ante la Comisaría de Familia de Chapinero.

Respecto de la permanencia de Valentina en el hogar de su abuela, afirma que le es favorable, toda vez que este es un escenario neutral y de protección, en el que su hija se encuentra alejada del control directo y del conflicto causado por Sebastián Fernández.

Por otra parte, manifiesta que si bien ha respetado lo acordado, le gustaría que existiera mayor libertad en cuanto al régimen de visitas, en aras de que sus hijas pudieran pernoctar

juntas un fin de semana en su hogar y, poco a poco, afianzar la relación entre ellas y entre madre e hija.

Por otra parte, niega que Valentina haya expresado ideas suicidas ante la posibilidad de regresar bajo su cuidado.

Seguidamente, pone de presente que desde que su hija ha estado bajo el cuidado de la señora Mariela Cubillos, su cambio de actitud y comportamiento ha sido favorable, toda vez que ha tenido un mejor desempeño en el colegio; la interacción con sus compañeros y profesores ha sido respetuosa; es más cariñosa, controlada y tranquila; respeta normas; asiste a tratamiento terapéutico con la psicóloga Leonor Bastidas, cuyo costo es asumido por la interviniente y el cual había sido interrumpido a partir del momento en que se fue a vivir con su padre.

Ahora bien, por lo que concierne a la opinión de Valentina en el trámite de la medida de restablecimiento de derechos e, incluso, desde antes del inicio del mismo, sostiene que ha estado manipulada por su padre, que sus palabras no son las de una niña de diez años, sino una repetición de las opiniones de Sebastián Fernández. Asimismo, afirma que su libertad de decisión y de apreciación de la realidad ha sido trastornada, lo cual impide que su voluntad pueda ser valorada de manera aislada a los hechos y a la estrategia de su padre consistente en alejarla de ella.

Por último, solicita a la Corte establecer parámetros a seguir para poner fin a la situación de Valentina y a la incertidumbre respecto de su cuidado provisional.

Frente a ello destaca que, indudablemente, lo más conveniente para la menor de edad es compartir con su madre y con su hermana Sofía. No obstante, en caso de que la Corporación considere que la niña no debe estar bajo su cuidado, solicita permanezca con su abuela materna, pues ello le permitiría tomar decisiones autónomas.

2. Intervención de Mariela Cubillos de Salazar

Mediante escrito dirigido a esta Corporación el 6 de octubre de 2016, sostiene que cuenta con setenta y cinco años de edad, es viuda y odontóloga.

Afirma que al momento en que Valentina llegó a su hogar era una niña impulsiva,

autoritaria, sin compasión por nada ni nadie, rebelde, desobediente, no tenía manifestación de afecto y actuaba bajo el total dominio y control de su padre, quien, después de tener conocimiento de que su hija Viviana había iniciado una relación sentimental, empezó a alimentar en la niña sentimientos de rechazo y odio hacia su madre.

Sostiene que desde que se le encargó el cuidado provisional de su nieta, empezó a establecer límites y normas tendientes a afianzar su autonomía y autoestima y a sentar pautas que la llevaran a reconocer autoridad.

Afirma que con el paso del tiempo Valentina ha evolucionado, dado que asiste a su tratamiento psicológico con la doctora Leonor Bastidas, retomó sus controles médicos y odontológicos, tiene mayor autocontrol, escucha sugerencias, establece límites entre sus derechos y los de los demás, se conduce mejor con la gente, es más serena y disciplinada.

Ahora, respecto a Alejandra Fernández, señala que tan solo cuenta con 25 o 26 años de edad, que no está en posibilidad de cuidar a su nieta y que actúa por mandato de su padre, quien es muy controlador y cuyo objetivo es alejarla de su madre como retaliación al encontrarse con una nueva pareja.

A su juicio, interrumpir el tratamiento y la evolución de Valentina sería un retroceso. Regresarla al lado de su padre implicaría poner en riesgo su vida, toda vez que se daría lugar a que sus ideas suicidas reaparecieran, a que su autonomía y autoestima se lesionaran y, a que los lazos con su madre y su hermana Sofía no se reconstruyeran.

Considera que la protección que necesita Valentina es la de permitirle continuar en un espacio neutral, bajo su cuidado, en el que pueda seguir con su tratamiento psicológico y personal.

Por otra parte, agrega que es necesario ampliar los periodos de visitas con su madre y hermana y que su nieta pueda disfrutar de los cuidados que únicamente le brinda su progenitora, como por ejemplo, llevarla a sus controles médicos.

A dicho escrito allegó un documento proferido, el 21 de septiembre de 2016, por Yolanda Trillos, traductora oficial del Colegio El Atardecer.

Se trata del informe rendido por el profesor del salón de clase de Valentina, su profesora de español y sus consejeros, respecto al desempeño académico y disciplinario.

Informe rendido por el profesor del salón de clase:

“Académico: Valentina ha dedicado bastante tiempo y energía a lo académico. Ha tenido que repetir algunas pruebas pero siempre está dispuesta a venir y trabajar conmigo durante su tiempo libre para poder mejorar. Aún utiliza su tiempo extra en casa para ponerse al día cuando lo necesita. Esto sucedió al escribir la unidad de narrativa personal.

Comportamiento: Ha sido una alumna modelo en clase. Ha sido respetuosa con sus profesores y compañeros. Es una gran oyente y sigue las instrucciones desde la primera vez que se le dan.

Actitud: No ha sido demasiado entusiasta pero tampoco ha sido negativa sobre lo que estamos trabajando. Ha sido bastante neutral. Más que todo llega a clase en las mañanas con una sonrisa y parece estar contenta de estar en clase.

Relación con otros: La mayor parte del tiempo ha estado en el recreo con un grupo compacto de niñas y ha construido relaciones positivas en clase con los otros. También, ella y yo hemos tenido una muy buena relación y sé que ella se siente cómoda hablando conmigo y estando a mi alrededor.

Otras observaciones: Lloró una vez al comienzo del año escolar y fue la semana pasada. Ella dijo, “siento como si no estoy cumpliendo con todos”. Lo dijo sobre su trabajo escolar. Yo hablé con ella sobre eso y la calmé diciéndole que quizás necesitaría un apoyo extra, que no hay nada malo con eso y le dije cómo todos vamos a trabajar juntos para ayudarle a tener éxito. Se calmó bastante rápido y se recuperó enseguida. No la he visto yendo mucho donde el consejero este año”.

Informe rendido por la profesora de español:

“Académico: Está muy nivelada con su español.

Comportamiento: Sigue las normas y rutinas. También se ve muy tranquila en mi clase. La adora (la profesora dice).

Actitud: Siempre quiere dar lo mejor de ella. Cumple con todas las tareas asignadas.

Relación con otros: La veo que tiene buenas relaciones interpersonales. Hasta ahora no ha presentado ninguna dificultad.

Otras observaciones: La veo bien emocional y académicamente.

Informe rendido por los consejeros:

“Vale ha compartido que se siente bien y centrada en el colegio”.

Ha estado haciendo nuevos amigos en su clase y en general se lleva bien con sus compañeros.

Por ello no ha tenido necesidad de visitar con frecuencia durante el año escolar.

También, favor tener en cuenta:

Se tuvo mucho cuidado al colocar a Valentina este año en el salón de clase. La separamos de las niñas y niños con quienes había tenido conflicto en los años anteriores (cuando estaba en 2º y 4º grado). La colocamos en un grupo calmado y amigable de niñas, quienes son muy amorosas, la apoyan, con un profesor de clase muy experimentado. Por ello sus relaciones con sus compañeros son positivas y ha desarrollado una relación cercana y respetuosa, en particular, tanto con su profesor de clase como con la profesora de español.

Esta es la séptima semana de clase y hasta el momento todo parece indicar que Valentina va a tener un muy buen inicio de 5º grado”.

3. Pruebas decretadas por la Corte

Mediante auto de 7 de octubre de 2016, el magistrado sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas, con el fin de contar con elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión de fondo acorde con la situación fáctica planteada. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO. Por Secretaría General OFÍCIESE a la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, ubicada en la Carrera 7 N° 32-16, Ciudadela San Martín, Bogotá D.C., autoridad demandada, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la

notificación de este Auto y bajo la gravedad del juramento allegue a este despacho la totalidad de las actuaciones administrativas proferidas dentro del caso de la referencia, especialmente, la medida de emergencia emitida el 22 de febrero de 2016 en la que decidió trasladar a la menor al Centro Único de Recepción de Niños y Niñas y, posteriormente, al Centro Proteger Álvaro López Pardo y la medida de emergencia fechada 2 de marzo de 2016, en la que ordenó el reintegro al medio familiar, ubicándola en el domicilio de la abuela materna”.

Vencido el término concedido para el efecto, la Comisaria Segunda de Familia de Chapinero remitió copia de las siguientes actuaciones: i) Informe de entrevista psicológica de la familia Fernández Salazar realizada por el profesional Martín Puentes en noviembre de 2015; ii) entrevista psicológica realizada a Valentina Fernández Salazar y a Viviana Salazar Cubillos en abril de 2016; iii) las medidas de emergencia aludidas en la parte fáctica de la presente providencia. Respecto a estas, la funcionaria manifiesta que dichas decisiones fueron adoptadas porque el ICBF no actuó de conformidad con el criterio diferenciador de funciones de los Defensores y Comisarios de Familia consagradas en el Decreto 4840 de 2007 y toda vez que Valentina Fernández Salazar ha sido involucrada en los conflictos económicos no resueltos de sus padres, posteriores a su divorcio y relacionados con la liquidación de su sociedad conyugal y; iv) la medida de protección 222 y 230 en la que fijó fecha para continuar audiencia el 25 de octubre de 2016.

4. Intervención de Alejandra Fernández Quiroga

Mediante escrito remitido a esta Corporación el 20 de octubre de 2016, Alejandra Fernández Quiroga solicitó confirmar el fallo proferido por el Ad Quem y adoptar medidas eficaces reales y materiales para amparar los derechos de su hermana, toda vez que dicha providencia no ha sido acatada.

A su juicio, la Comisaría resolvió no cumplir lo ordenado, alegando que bastaba con escuchar a Valentina, como en efecto lo hizo en asocio con una profesional auxiliar de la Comisaría. La autoridad no ponderó en debida forma la voluntad de la menor de edad, pues insistió que las partes ya habían logrado un acuerdo conciliatorio y que, por tanto, era suficiente entrevistar a la menor de edad para dar cumplimiento a la tutela.

Dado su inconformismo, promovió incidente de desacato.

Afirma que en la actuación administrativa de 24 de junio de 2016, audiencia dentro de RUG No. 1384-2015, la Comisaria estimó que el hecho de que el Tribunal ordenara dejar sin efectos la medida provisional decretada no implica per se dejar sin efectos el acta de conciliación de 2 de marzo de 2016.

Para Alejandra, en dicha actuación se revictimizó a su hermana, pues si bien se le escuchó, el contenido de su voluntad se ignoró.

Sostiene que el A Quo declaró infundado el desacato y que la Comisaría, dentro del incidente de desacato, señaló que la competencia para resolver la situación de Valentina corresponde a la Defensoría de Familia. La demandada manifestó:

“No se lee expresamente que el Tribunal me haya ordenado dejar sin efecto el acta de conciliación, pues no puedo hacerlo, además porque es el Defensor de Familia, y no la suscrita Comisaria quien tiene la competencia para adoptar decisión respecto de la custodia de la niña Valentina Fernández Salazar; por ello, en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal, envié por cuarta vez, toda la actuación surtida en el RUG de la familia Fernández Salazar, al ICBF, esta vez al Coordinador del Centro Zonal Barrios Unidos, para que asuma lo que corresponde al cual lo dispone el Decreto 4840 de 2007 que fijó el criterio diferenciador de las funciones de defensores y comisarios de familia”.

Dada la renuencia de la Comisaría para decidir acerca de la custodia de Valentina, solicitó a la Dirección Regional de Bogotá y/o coordinadora de defensores de familia del Distrito Capital de Bogotá -ICBF- tramitar la revisión de custodia a fin de que la opinión de la niña fuera ponderada.

La Defensora de Familia de Usaquén, el 5 de septiembre de 2016, citó a audiencia con la finalidad de llevar a cabo la diligencia de apertura del trámite, a la que asistieron los progenitores de la niña quien fue escuchada por el equipo psico social.

Posteriormente, la trabajadora social de la Defensoría realizó visitas a las viviendas de los progenitores y de la abuela materna.

Días después, el 22 de septiembre de 2016, se celebró audiencia en la que la defensora mencionada instó a los padres para que llegaran a un acuerdo sobre la custodia de Valentina, ya que dicha defensora manifestó que no adoptaría una decisión de fondo, ni tampoco modificaría el estado actual definido por la Comisaría de Familia. Dado que dicho acuerdo no se celebró, se dio por fracasada la audiencia.

Por consiguiente, la apoderada de Alejandra presentó recurso de reposición frente a la decisión de declarar fracasada la diligencia. Frente a ello, la defensora señaló que dicho recurso era improcedente por tratarse de una audiencia conciliable.

Por último, solicita a la Corte confirmar la decisión de la sentencia de segunda instancia y ordenar medidas que realmente representen un derecho efectivo y material, que impida un desenlace trágico, dado que la actuación de la Defensoría fue indiferente, impasible y revictimizante frente a Valentina.

Mediante escrito allegado el 3 de noviembre de 2016, Alejandra Fernández Quiroga informó que, el 25 de octubre de 2016, la Comisaría accionada adelantó audiencia de trámite y fallo por violencia intrafamiliar, medida de protección 222 y 230 de 2015, acumuladas RUG No. 2115-1384.

Seguidamente, solicitó a la Corte no tener en cuenta algunas de las pruebas remitidas por la autoridad demandada a esta Corporación, específicamente, el anexo 1, correspondiente al informe de entrevista psicológica de la familia Fernández Salazar realizada por el profesional Martín Puentes Fontalvo en noviembre y el anexo 2, correspondiente al informe de entrevista psicológica de la niña Valentina y de Viviana Salazar Cubillos de abril de 2016.

Lo anterior por cuanto en el punto séptimo de la parte resolutive del acta de la audiencia mencionada se ordenó una nueva terapia sistémica, tendiente a superar las circunstancias que dieron origen a la diferencia entre las partes, decisión que se adoptó debido a los múltiples cuestionamientos e interrogantes que suscitó el tratamiento con el Dr. Martín Puentes Fontalvo, pues dicho profesional intervino en el fracasado intento de conciliación adelantado entre los progenitores en diciembre de 2015, pronunciándose en temas económicos y puntuales del acuerdo transaccional, lo cual le restó objetividad frente a su imparcialidad en la terapia a la familia Fernández Salazar, máxime cuando el Dr. Puentes

fungió como asesor de la señora Salazar Cubillos.

Por consiguiente, estima que dichas pruebas son inconducentes, carentes de objetividad y distan del verdadero asunto que les ocupa.

Dada la pertinencia de la medida para el estudio del presente caso, a continuación se mencionará lo resuelto por la autoridad accionada el 25 de octubre de 2016. Dicha información se extrajo del acta de audiencia allegada por la actora.

“(…)

RESUELVE:

PRIMERO. Imponer medida de protección definitiva y de manera preventiva en favor de la señora Viviana Salazar Cubillos y de sus hijas Valentina y Sofía Fernández Salazar y en contra de Sebastián Fernández Pardo consistente en: A- Amonestar verbalmente al señor Sebastián Fernández Pardo, ordenándole se abstenga de propiciar cualquier tipo de conducta que represente amenazas, escándalos, ofensas, agravios, agresiones físicas, verbales, psicológicas, intimidaciones o cualquier otro comportamiento que constituya violencia intrafamiliar, por cualquier medio, en persona de la señora Viviana Salazar. B- Segundo. Ordenar al señor Sebastián Fernández Pardo abstenerse de ingresar al lugar de residencia y/o de trabajo de la señora Viviana Salazar Cubillos sin su autorización, en forma violenta o con el ánimo de perturbar de cualquier forma su tranquilidad.

SEGUNDO. Ordenar al señor Sebastián Fernández Pardo, abstenerse de retirar del lugar de residencia o de estudio a las niñas Valentina y Sofía Fernández Salazar, sin autorización de la cuidadora o de cualquier autoridad judicial o administrativa.

TERCERO. Imponer medida de protección definitiva y de manera preventiva en favor del señor Sebastián Fernández Pardo y de sus hijas Valentina y Sofía Fernández Salazar, en contra de la señora Viviana Salazar Cubillos, consistente en A- Amonestación verbal a Viviana Salazar Cubillos ordenándole se abstenga de propiciar cualquier tipo de conducta que represente: amenazas, escándalos, ofensas, agravios, agresiones físicas, verbales, psicológicas, intimidaciones o cualquier otro comportamiento que constituya violencia intrafamiliar, por cualquier medio, en persona del señor Sebastián Fernández Pardo y de las

niñas Valentina y Sofía Fernández Salazar.

CUARTO. Se prohíbe a los señores Viviana Salazar Cubillos y Sebastián Fernández Pardo continuar involucrando a sus hijas en sus problemas no resueltos.

QUINTO. Ordenar la protección temporal especial por parte de las autoridades de policía a la señora Viviana Salazar Cubillos y Sebastián Fernández Pardo, lo mismo que a sus hijas Valentina y Sofía Fernández Salazar, lo anterior con el fin de evitar futuros hechos de violencia que pongan en riesgo la integridad de cada uno de los integrantes del grupo familiar. Por Secretaría remítase copia del oficio a la Estación de Policía correspondiente a efectos de que tengan conocimientos de las medidas adoptadas en el presente proveído y desplieguen las actuaciones de su competencia.

SEXTO. Exhortar a los señores Viviana Salazar Cubillos y Sebastián Fernández Pardo para que se abstengan de propiciar conductas que puedan afectar el bienestar, estabilidad y/o tranquilidad de sus hijas Valentina y Sofía Fernández Salazar, debiendo en su lugar brindarles un ambiente sano, ejemplar y respetuoso de sus derechos.

SÉPTIMO. Ordenar a Viviana Salazar Cubillos y a Sebastián Fernández Pardo vincularse a un proceso terapéutico sistémico orientado a superar las circunstancias que dieron origen al presente asunto, adquirir herramientas para la comunicación asertiva, el manejo de las emociones, la solución pacífica de los conflictos, la toma de decisiones y a manejar una adecuada relación de padres separados, entre otros aspectos que se consideren pertinentes por el problema tratante. Por Secretaría remítase a sistemas humanos, tal como lo han acordado las partes, Cra. 15 No. 82-54 Oficina 404, siendo obligatorio para todo el grupo familiar como lo han expresado las profesionales de psicología y de trabajo social de este despacho.

OCTAVO. Aprobar los acuerdos adquiridos por los comparecientes, advirtiéndoles que los mismos prestan mérito ejecutivo.

NOVENO. Citar a los señores Viviana Salazar Cubillos y Sebastián Fernández Pardo para que acudan a este despacho el día miércoles catorce (14) del mes de diciembre de 2016 a la hora de las 08:00 de la mañana el señor Sebastián y a las 9 de la mañana la señora Viviana a seguimiento del presente caso, para lo cual se les informa que el mismo pasará al área de

trabajo social, para lo pertinente, en orden a verificar el cumplimiento a las medidas de protección impuestas por esta Comisaría y los compromisos realizados por las partes.

DÉCIMO PRIMERO. Informar a las partes que en el caso de superarse las circunstancias que dieron origen a las medidas de protección ordenadas en el presente proveído, podrán solicitar a este despacho la terminación de los efectos de las declaraciones hechas y de las medidas ordenadas.

DÉCIMO SEGUNDO. Compulsar copias de lo actuado en este despacho, en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo 3ro del artículo 5 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008, para que haga parte de la noticia criminal 110016500021201501389, que adelanta la Fiscalía Local 355 de la Unidad de Violencia Intrafamiliar.

DÉCIMO TERCERO. Una vez se allegue a este despacho informe de la valoración psiquiátrica ordenada el 24 de junio de 2016, dentro del RUG 1384 de 2015, citará a las partes para informarles el resultado del mismo y las decisiones que haya que adoptar relacionadas con las niñas Valentina y Sofía Fernández.

Solicita el uso de la palabra la representante del Ministerio Público para que quede resuelta la petición de la doctora María Clara Reatiga Prada respecto de si se ha adelantado restablecimiento de derechos en favor de las niñas Valentina y Sofía Fernández Salazar, o remitido solicitud por parte de esta Comisaría al I.C.B.F., sírvase pronunciarse al respecto. Para responder la solicitud se le informa que en efecto la apoderada anotada solicitó apertura de restablecimiento de derechos en favor de las niñas Valentina y Sofía Fernández Salazar, se procedió a verificar garantía de derechos donde se evidenció que no habían derechos vulnerados pues la custodia estaba en cabeza de la progenitora, estaban identificadas, estudiaban en un colegio de su agrado, presentaron certificaciones médicas y de escolaridad, por lo que se decidió que no había lugar a iniciar restablecimiento de derechos. Las diligencias fueron remitidas al I.C.B.F., en más de una oportunidad sin que tengamos noticia que dicha entidad, competente para adelantar restablecimiento de derechos por negligencia y descuido lo haya hecho. Esa fue la razón por la cual, pese a no tener competencia y a haberme declarado impedida, adopté una medida de emergencia atendiendo el querer de los padres; de otra parte, el Tribunal Superior de Bogotá, dentro de

la acción de tutela instaurada en mi contra por Alejandra Fernández, dispuso el envío de las diligencias al Defensor del Centro Zonal Barrios Unidos, habiendo sido allegada una copia de una copia de revisión de custodia y cuidado personal en favor de la niña Valentina Fernández Salazar, según acta del 22 de septiembre de 2016, de la Zonal Usaquén, desconociendo los motivos por los cuales las diligencias llegaron a tal centro zonal.

DÉCIMO CUARTO. Notificar a los comparecientes la presente decisión en los términos del artículo 16 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 10 de la Ley 575 de 2000. Accionante y accionado quedan notificados en estrados. Se informa a los comparecientes que contra la presente decisión procede el recurso de apelación ante el juez de familia, advirtiéndoles que el mismo deberá interponerse en la presente diligencia, so pena de declararse extemporáneo. Se concede el uso de la palabra a la señora Viviana Salazar Cubillos y manifiesta que está de acuerdo con el fallo. El apoderado del señor Sebastián Fernández Pardo manifiesta al despacho su inconformidad total con el fallo relacionado con las medidas de protección 222 y 230 de 2015, que tramitó la Comisaría y en tal virtud y en nombre de mi representado me permito presentar recurso de apelación contra la decisión del despacho ante los jueces de familia y cuya sustentación presentaré en la oportunidad legal que corresponde. En tal virtud solicitó al despacho de manera inmediata se me indique cuál es el valor que debo cancelar para las copias del expediente para ser remitidas ante los jueces de familia y adicionalmente se me autorice por parte del despacho, la expedición a mi costa de copias simples de todo el expediente. En vista de lo anterior se concede el recurso de apelación en el efecto devolutivo para que sea resuelto por el señor juez de familia reparto. Se le hace saber al apelante que cuenta con tres días para allegar el recibo de pago de las copias. Efectuado lo anterior envíese el expediente a la oficina de reparto para lo de su cargo. Igualmente se autorizan las copias simples solicitadas por el apoderado, sírvase allegar el recibo de pago de las mismas.

Solicita el uso de la palabra el apoderado de la señora Viviana para solicitar copia simple de todo lo actuado en la presente medida de protección, se aprueba a su costa la expedición de las mismas, debiendo allegar el recibo de pago respectivo.

Se les hace saber a quienes solicitan copias que deben guardar la reserva de las entrevistas psicológicas practicadas a las niñas Valentina y Sofía Fernández Salazar.

DÉCIMO QUINTO. Advertir a las partes que de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 7 del Decreto 4799 de 2011, cualquier cambio de residencia o lugar donde recibirán notificaciones deberá ser informado a este despacho, toda vez que en caso de no hacerlo se tendrá como tal, la última aportada para todos los efectos legales.

(...)”.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1.- Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia proferida por el juez de segunda instancia, dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo ordenado por el auto de 11 de agosto de 2016, proferido por la Sala de Selección número ocho.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Carta establece que toda persona tendrá derecho a acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Precepto que es desarrollado por el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual dispone que:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en

condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

Frente a ello, esta Corporación ha establecido dos requisitos para la agencia de derechos, a saber: i) la manifestación expresa de que se está obrando en dicha calidad y ii) la demostración de que el agenciado se encuentra en imposibilidad física o mental de ejercer su propia defensa[3].

En el caso sub examine, la Sala considera que se cumplen los requisitos exigidos, toda vez que la peticionaria, Alejandra Fernández Quiroga, mayor de edad, señaló expresamente que actúa en calidad de agente oficioso de su hermana menor de edad, Valentina Fernández Salazar.

Por último, cabe resaltar que, teniendo en cuenta la edad de la niña, 10 años, se presume su imposibilidad de acudir al aparato jurisdiccional en procura de sus derechos. Frente a ello, la Corte resalta que, en tratándose de niños, el artículo 44 de la Carta establece que cualquier persona, natural o jurídica, puede solicitar el cumplimiento de sus garantías.

2.2. Legitimación pasiva

La Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, autoridad demandada, se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente asunto, con fundamento en lo dispuesto en los artículo 5º y 42 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la medida provisional de emergencia proferida, el 2 de marzo de 2016, por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, incurrió en los defectos alegados -a saber, defecto fáctico, decisión sin motivación y violación directa de la Constitución Política- por la agente oficiosa, de tal forma que viola los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna y los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la menor de edad Valentina Fernández Salazar.

Antes de abordar el caso concreto, se realizará un análisis jurisprudencial de temas

como: i) la agencia oficiosa tratándose de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; ii) el carácter subsidiario de la acción de tutela respecto de los medios ordinarios de defensa judicial en materia de familia. Reiteración jurisprudencial; iii) el principio del interés prevalente y superior del menor de edad. Reiteración jurisprudencial; iv) el derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separado de ella. Reiteración jurisprudencial y; v) el derecho de los niños y niñas a ser oídos. Reiteración jurisprudencial.

4. La agencia oficiosa tratándose de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Como es sabido, el Decreto 2591 de 1991 establece en su artículo 10º que “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”. Además, contempla la figura de la agencia oficiosa al establecer que “se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”, caso en el cual, debe manifestarse que se actúa como agente oficioso en la solicitud de tutela.

En consecuencia, esta Corporación ha reconocido que la agencia oficiosa es procedente, siempre y cuando se afirme que se actúa como tal y se encuentre probado que el representado está imposibilitado de promover, por sí mismo, la acción de tutela y su defensa.

No obstante, en armonía con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 Superior y la legislación sobre la materia establecen que es deber del Estado garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y ampararles de toda forma de discriminación y maltrato.

Así, esta Corporación ha sostenido que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente, la garantía de sus derechos fundamentales, sin requisitos adicionales. Es decir, la informalidad del mecanismo constitucional adquiere mayor relevancia cuando se trata de proteger los derechos de los niños, quienes, por regla general, no están en condiciones de instaurar una acción de tutela por sí mismos.

Por consiguiente, cuando una persona solicita el amparo tutelar, actuando como agente

oficioso de un menor de edad, no es necesario manifestar esta situación en el escrito y, menos aún, probar que el representado se encuentra imposibilitado de presentarlo por su cuenta.

En ese orden de ideas, esta Colegiatura, en Sentencia T-120 de 2009[4], indicó que, de acuerdo con su jurisprudencia, “cuando se agencian los derechos fundamentales de menores de edad, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, y por tanto no interesa realmente una especial calificación del sujeto que promueve la solicitud de amparo. En esta medida, no es forzosa la manifestación acerca de que el afectado no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, pues ello puede ser obvio tratándose de niños”.

5. El carácter subsidiario de la acción de tutela respecto de los medios ordinarios de defensa judicial en materia de familia. Reiteración jurisprudencial

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

A partir de allí, esta Corporación ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que, en abstracto, cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por tal motivo, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede establecerse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena e inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada caso[5].

En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia,

como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos en los que se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes[6].

6. El principio del interés prevalente y superior del menor de edad. Reiteración jurisprudencial

En consideración a su situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta y por ser quienes representan el porvenir de las naciones, los niños, niñas y adolescentes han centrado el interés de los Estados y de la comunidad internacional, que los ha declarado como sujetos de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia, para garantizarles un tratamiento preferente y preservarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas[7].

Este tratamiento preferencial que implica una manera de comportamiento determinado, un deber ser, que enmarca la actuación del Estado y de los particulares en las materias que los comprometen[8] y tiene un manifiesto reconocimiento en el derecho internacional a través del principio que se conoce como interés superior del menor de edad.

Dicho principio, inicialmente, fue consagrado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño y, posteriormente, reiterado en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art.25-2), la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (principio 2º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 (arts. 23 y 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989[9]. Este último instrumento trata el principio de interés superior del menor de edad, en el artículo 3º, numeral 1º, señalando: “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 que se atenderá será el interés superior de los niños”.

En consonancia con los anteriores convenios internacionales, el Texto Superior consagró

expresamente, en el artículo 44, el principio especial de protección del niño, niña y adolescente, a través de los siguientes postulados esenciales: “(i) le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral; (ii) establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud; (iii) reconoce que los niños son titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia y; (iv) ordena proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos” [10]

Asimismo, este principio ha sido desarrollado en el plano legal por el Código de la Infancia y Adolescencia. El artículo 8 de esta normativa señala que “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, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

En la jurisprudencia constitucional, el interés superior del niño, niña y adolescente ha sido entendido como el reconocimiento de una “caracterización jurídica” particular, basada en el criterio prevaleciente de sus intereses y derechos, que obliga a la familia, a la sociedad y al Estado a proporcionarle un trato acorde con esa prevalencia, con el propósito “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad” [11].

El contenido de dicho interés para esta Corporación “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”[13].

Ahora bien, como las autoridades administrativas y judiciales cuentan con un importante margen de discrecionalidad para definir cuál es la medida que se debe adoptar para favorecer el interés superior del menor de edad, la Corte, en Sentencia T-510 de 2003[14],

estimó que, en todo caso, deberán atenderse tanto consideraciones de tipo fáctico como jurídico para establecer criterios claros en el análisis de situaciones específicas. Esto dijo la corporación:

“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 aspectos aislados-, como (ii) jurídicas -los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-”.

Posteriormente, en Sentencia T-397 de 2004[15], la Corte concretó dicho criterio a través de la siguiente regla jurisprudencial: “las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un niño, niña o adolescente -incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones de los profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión”.

Con fundamento en la citada regla, este Tribunal, en la sentencia citada en precedencia, redefinió los criterios que deben tenerse en cuenta para adoptar las medidas para favorecer el interés superior del niño, niña y adolescente, las cuales son: i) la garantía de su desarrollo integral, ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, iii) su protección frente a riesgos prohibidos, iv) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de sus derechos y v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña y adolescente involucrado.

En suma, cuando se trata de un caso que compromete los derechos de un niño, niña y

adolescente es menester recurrir al principio de primacía de su interés superior. En caso de duda en la forma cómo debe satisfacerse dicho interés, los funcionarios administrativos y judiciales, según la jurisprudencia, deben realizar las consideraciones fácticas y jurídicas sobre la materia, para lo cual cuentan con un amplio margen de discrecionalidad, siempre que busquen adoptar una decisión acorde con los criterios de índole general delineados por la Corte constitucional.

7. El derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separado de ella. Reiteración jurisprudencial

Este Tribunal ha estimado que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella es uno de los criterios guía para determinar el bienestar del niño, niña y adolescente, toda vez que la familia constituye el espacio natural de su desarrollo y es, a su vez, en primer lugar, la que mejor puede garantizar las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativa de aquellos.

Bajo esa lógica, el artículo 44 Superior consagra que son derechos fundamentales de los niños tener una familia y no ser separados de ella, la vida, la integridad física, la salud, el cuidado y el amor. Derechos que no solamente resultarían transgredidos si se obstaculiza la constitución del núcleo familiar, sino también, el derecho a forjar su propia identidad (Art. 14 C.P.), el ejercicio de la libertad para escoger entre variados modelos de vida (Art. 16 C.P.) y la dignidad de la persona (Art. 1 C.P.).

Sobre este punto, la Corte, en Sentencia T-587 de 1998[16], puntualizó:

“La negación de tan importante derecho puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal (C.P. art. 14), dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales (C.P. art. 16)”.

Tal ha sido la envergadura de esta institución que tanto en las normas internacionales como en nuestro Texto Fundamental ha sido objeto de una especial protección. En la Convención

Americana sobre Derechos Humanos se hace referencia expresa a la familia en el artículo 11.2 y 17.1 y, en el plano interno, nuestro Constituyente, por ejemplo, la calificó, en los artículos 5 y 42, como “la institución básica” y “célula fundamental de la sociedad”.

En cuanto a la titularidad del derecho a la familia, este Tribunal ha considerado que dicha garantía pretende proteger, esencialmente, a los niños. No obstante, como consecuencia de su sentido de “doble vía” y en ciertas circunstancias, abarca a los adolescentes y hasta los adultos[17].

Ahora bien, en relación con la conformación de la familia, la Corte ha considerado que esta se adecúa a los diferentes modos como se relacionan las personas, a las circunstancias personales que posibilitan el aproximamiento y la separación entre sus miembros o a los sucesos que por su carácter irremediable ocasionan la falta definitiva de algunos de ellos. Por tal razón, en Colombia, las personas tienen derecho a establecer una familia, conforme a sus propias opciones de vida, siempre que no resulte atentatoria de los derechos fundamentales, esto de conformidad con el carácter multicultural y pluriétnico de nuestro Estado (art. 7 C.P.).

En principio, la familia se erige como el ambiente ideal para la crianza y educación de los hijos. No obstante, este Tribunal ha considerado que el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44) no se configura con la sola pertenencia a un grupo humano, “sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de estos respecto de sus hijos”[18].

En ese orden de ideas, en aras de la conservación del interés superior del niño, niña y adolescente, el Estado tiene la facultad para limitar el derecho de los padres de ejercer privilegios que naturalmente les atribuye su condición, cuando el peligro, la desprotección y el abandono del niño, niña y adolescente se producen en el propio entorno familiar[19], “... en efecto, en oportunidades pasadas, la Corte Constitucional ha sostenido que el ejercicio de los derechos de los padres puede quedar en suspenso -e incluso, extinguirse- cuando aquellos incumplen los deberes correlativos. La Corte entiende que comportamientos abusivos, displicentes o agresivos que afecten la integridad del menor constituyen negación

de la conducta debida hacia los hijos, pero, muy especialmente, negación del derecho que los mismos tienen al amor de sus padres. Por tanto, cuando dicha circunstancia se presenta, resulta legítimo para el Estado intervenir en la célula familiar con el fin de preservar el interés superior del menor.”

Bajo esa lógica, la Corte ha considerado que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella debe analizarse frente al interés superior del niño, niña y adolescente, lo que implica que desde el punto de vista jurídico, un niño víctima de desprotección o abuso puede ser separado de sus padres cuando ponen en amenaza su integridad física y mental.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha señalado que por la prevalencia de derechos y el interés superior del niño, niña y adolescente, cualquier anomalía o infracción parental no implican per se la separación jurídica y material del niño, niña y adolescente de cualquiera de sus padres, pues existen medidas intermedias que el operador puede adoptar para sancionar al progenitor infractor y para asegurar que sus actuaciones se compaginen con el interés del niño, niña y adolescente. Así, la más drástica y extrema, la constituye la extinción o suspensión de cualquiera de las facultades parentales y la patria potestad misma[20].

En el plano práctico, cuando se investigan posibles irregularidades en la conducta de un padre respecto de su hijo y ante la irrefutable disyuntiva y tensión jurídica entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y las medidas de protección aplicables, la Corte ha señalado que el operador judicial o administrativo deberá actuar con extremo recato y prudencia, y argumentar detalladamente cuál es la fórmula más beneficiosa para garantizar los derechos del niño, niña y adolescente. En cualquier caso, el entrometimiento de la sociedad y el Estado en defensa de aquél no puede ocasionar un daño superior al que hubiere sido causado por su padre o madre[21].

Recuérdese que esta Corporación, en relación con las medidas de restablecimiento que pueden adoptarse dentro del proceso, ha insistido enfáticamente sobre la necesidad de que sean justificadas y proporcionadas. En este sentido, ha destacado que si bien las autoridades cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para adoptar estas medidas, tales decisiones, según la Sentencia T-276 de 2012[22]: “(i) deben ser precedidas

de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos; (ii) deben además responder a una lógica de gradación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; (iii) por tanto, deben sujetarse al principio de proporcionalidad; (iv) deben adoptarse por un término razonable; (v) cuando impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar[23]; (vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño[24]; (vii); no pueden basarse únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia; y (viii) en ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño”.

8. El derecho de los niños y niñas a ser oídos. Reiteración jurisprudencial

- 1.
2. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos se han ocupado por establecer que todos los ciudadanos tienen derecho a ser escuchados en el marco de los procesos judiciales en los que son parte. En este sentido, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”.
3. Tratándose específicamente de derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho a ser escuchado, más allá del trámite de procesos judiciales. Al respecto indica el artículo 12:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y

madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (negrilla fuera de texto).

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño, órgano autorizado para interpretar la Convención, en su Observación General No. 12 sobre “el derecho del niño a ser escuchado”, estableció que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [sobre el interés superior de las y los niños], si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”[25].

De acuerdo con la citada Observación “el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención”[26], razón por la cual los Estados partes deben garantizarlo.

En desarrollo de las citadas disposiciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala Vs. Chile, hizo algunas consideraciones sobre el derecho de las y los niños a ser escuchados e identificó las premisas fundamentales que se derivan de esta prerrogativa a partir de la lectura de la Opinión General No. 12. Estas son[27]: i) los niños son capaces de expresar sus opiniones; ii) no es necesario que los niños conozcan de manera exhaustiva todos los aspectos de un asunto que los afecte, basta con una comprensión que les permita formarse un juicio propio; iii) los niños deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren ejercer el derecho a ser escuchados; iv) quienes van a escuchar al niño, así como sus padres o tutores, deben informarle el asunto y las posibles decisiones que pueden adoptarse como consecuencias del ejercicio de su derecho; v) se debe evaluar la capacidad del niño o niña para tener en cuenta sus opiniones y comunicarle la influencia de estas en el resultado del proceso y; vi) la madurez de los niños debe establecerse a partir de su capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente.

Asimismo, sobre el derecho de los niños a ser escuchados en el marco de actuaciones judiciales y siguiendo el artículo 8.11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

y la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que “las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto”[28].

4. En similar sentido, nuestro marco jurídico interno, en lo que tiene que ver con el derecho de las y los niños a ser escuchados, reconoce, en el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia, el derecho al debido proceso y señala que “en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el derecho de los niños y niñas a ser escuchados en el marco de cualquier acción judicial o administrativa. Sobre este asunto, la sentencia T-844 de 2011[29], reiterada en la sentencia T-276 de 2012[30] indicó:

“Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.

“Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo”.

5. Ahora bien, como se desprende de las anteriores consideraciones, el derecho de los niños a ser escuchados tiene límites, marcados por su edad y madurez. Además, de acuerdo con la Opinión Consultiva No. 12, “el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de

la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos” [31].

6.

7. No obstante lo anterior, y de acuerdo con la Corte Interamericana, “el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña”.

8.

9. En conclusión, de acuerdo con las garantías derivadas del derecho al debido proceso y los derechos fundamentales de las niñas y los niños reconocidos en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y en el Código de Infancia y Adolescencia, los niños y niñas tienen derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten. La opinión de los niños deberá, además, ser tomada en cuenta en función de su edad y de su grado de madurez, esta última, a juicio de esta Corporación, asociada al entorno familiar, social y cultural en que el niño se desenvuelve.

10.

Sin embargo, cuando se trate de acontecimientos dañinos para el niño, las autoridades encargadas no deberán escucharlo más de lo necesario, debiendo en todo caso, valorar las opiniones expresadas por en otras instancias, considerando también la edad y madurez del menor de edad.

6. CASO CONCRETO

Alejandra Fernández Quiroga solicita la protección de las garantías fundamentales al debido proceso, a la vida digna y los derechos de los niños, niñas y adolescentes de su hermana paterna menor de edad, Valentina Fernández Salazar, los cuales considera vulnerados por la Comisaría de Familia de Chapinero.

Como fundamento fáctico relevante que soporta su solicitud, expuso que el 2 de marzo de 2016, la entidad accionada emitió la medida provisional de emergencia RUG 1384/15 MP 222 y 230/15, mediante la cual resolvió reintegrar a la menor de edad al medio familiar, ubicándola en el domicilio de su abuela materna, después de haber estado interna en el Centro Único de Recepción de Niños y Niñas de Bogotá durante nueve días.

Así las cosas, esta Sala de Revisión considera que la cuestión que merece análisis constitucional en este caso es establecer si el mecanismo tutelar es procedente para dejar sin efectos la decisión cuestionada y ordenar la reubicación de la menor de edad en la casa de su padre.

Inicialmente, esta Sala de Revisión debe analizar si la presente acción cumple con los requisitos de procedibilidad a efectos de determinar si es viable el estudio de fondo del problema jurídico planteado.

En relación con el presupuesto de inmediatez, se constata que la tutela fue promovida dentro de un término razonable, pues se presentó el 17 de marzo de 2016, es decir, quince días después de que la Comisaría accionada notificara en estrados la decisión cuestionada.

Ahora bien, por lo que concierne al requisito de subsidiariedad, esta Corte encuentra que si bien, por tratarse de una medida de carácter provisional, no existe recurso ordinario alguno que pueda promoverse contra la medida enjuiciada, es viable promover, ante el juez de familia correspondiente, proceso tendiente a modificar la titularidad de la custodia de Valentina. Es decir, existe un mecanismo idóneo en aras de obtener la pretensión invocada.

No obstante lo anterior, a continuación se realizará una serie de precisiones que permitirán establecer si en el asunto sub examine se configura un perjuicio irremediable.

Esta Sala no puede menos que desestimar los argumentos en que la demandante sustenta la irregularidad de la medida adoptada, a saber, el defecto fáctico, la decisión sin motivación y la violación directa de la Constitución, pues, por el contrario, considera que la medida atendió, tanto lo dispuesto en los Tratados de Derecho Internacional y en el ordenamiento jurídico interno, como la jurisprudencia constitucional, toda vez que dio prevalencia al

interés superior de Valentina Fernández Salazar.

Si bien la niña cuenta con sus padres y es acreedora del derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella, para esta Sala la decisión de que su cuidado se encuentre a cargo de su abuela materna no resulta desproporcionada, por el contrario, aparece en principio como la más conveniente, pues aquéllos la han involucrado en sus conflictos, exponiéndola emocionalmente y alterando su estabilidad y proceso formativo. Ello es viable de acreditar mediante el informe proferido por la funcionaria adscrita a la institución educativa a la que asiste, el cual da cuenta del progreso de la menor de edad en diversos ámbitos, tales como, el académico y disciplinario, desde cuando disfruta de su nueva situación.

Es evidente que la medida adoptada está encaminada a proteger a la menor de edad el maltrato, de abusos de toda índole y de nuevos hechos de violencia intrafamiliar que puedan afectar sus derechos fundamentales, encomendando su protección a una persona responsable de su cuidado. La decisión atiende lo consagrado en los artículos 17 y 18 de la Ley 1098 de 2006, disposiciones según las cuales los niños tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen daño o sufrimiento psicológico o físico.

Aunado a ello, cabe aclarar que, al momento de emitir la presente sentencia la situación es diferente a la narrada en la demanda atendiendo las decisiones adoptadas por la autoridad accionada el 25 de octubre del cursante año transcritas a folios 29 a 33, que los interesados estuvieron en posibilidad de controvertir y que las instancias competentes están pendientes de revisar.

Por otra parte, también resulta pertinente precisar que, aun cuando se aplicara al caso concreto las directrices expuestas en la parte considerativa, según las cuales, tanto en las actuaciones judiciales como administrativas deben ser escuchadas las opiniones de los niños y adolescentes involucrados y valorarlas de acuerdo con las circunstancias en que se hallan y su grado de madurez, habría que concluir que, en relación con Valentina, dicha directriz no resulta completamente clara de aplicar.

Ello por cuanto debido a que su situación particular evidencia que, al parecer, ha venido siendo objeto de manipulación psicológica por parte de sus padres, quienes enfrentan un

muy difícil conflicto de diversa índole, dada la ruptura de su relación de pareja. En medio de dicho conflicto Valentina expresó, en su momento, que quería vivir con su padre por las motivaciones que adujo, lo cual pudo no ser lo que realmente quería sino manifestaciones de la instrumentalización en la que quizá estaba inmersa. En todo caso, esto podría ser objeto de valoración actual por especialistas, en las actuaciones ordinarias que se adelantan.

En ese orden de ideas, no se configura un perjuicio irremediable y, por consiguiente, la presente acción no satisface el requisito de subsidiariedad.

Pese a lo anterior, esta Sala estima que la medida RUG 1384/15 MP 222/15, adoptada el 22 de febrero de 2016, mediante la cual la Comisaría ordenó trasladar a la niña al Centro Único de Recepción de Niños y Niñas y, posteriormente, al Centro Proteger Álvaro López Pardo, lugar en el que permaneció nueve días, sí fue desproporcionada y, por ende, lesionó sus garantías fundamentales.

En tal virtud, la presente será tomada como una oportunidad para instar a los comisarios de familia a resolver los conflictos que se pongan a su consideración de manera ponderada y prudente, acudiendo a asesorías especializadas de diferentes disciplinas, para que los ilustren en la adopción de la mejor decisión posible, tratándose temas tan delicados y complejos, como la salud mental y el bienestar psicológico de los niños y adolescentes. Además, es menester advertir que al adoptar decisiones los comisarios de familia deben atender las condiciones particulares del menor de edad, tales como, su nivel de vida y forma de crianza.

Finalmente, esta Sala exhortará a los señores Sebastián Fernández Pardo y Viviana Salazar Cubillos a que solucionen sus desavenencias de tal modo que no afecten o involucren los derechos de sus hijas menores de edad y a que siempre propendan a la materialización de los derechos a la vida digna, al ambiente sano y a la integridad personal de sus hijas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE la providencia proferida el diecisiete (17) de junio de 2016 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. que a su vez revocó lo decidido por el Juzgado Diecisiete de Familia en Oralidad de Bogotá D.C. el 7 de abril de 2016

y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna y los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la menor de edad Valentina Fernández Salazar.

TERCERO. INSTAR a las Comisarías de Familia del territorio nacional a resolver, los conflictos que se pongan a su consideración, de manera ponderada y prudente, atendiendo siempre las condiciones particulares del menor de edad.

CUARTO. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-675/16

Referencia: Expediente T-5.665.186

Demandante: Alejandra Fernández Quiroga en representación de Valentina Fernández Salazar[32]

Demandado: Comisaría Segunda de Familia de Chapinero

Magistrado Sustanciador:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a salvar mi voto a la decisión adoptada por la Sala Cuarta de Revisión en sesión de 30 de noviembre de 2016, que por votación mayoritaria profirió la Sentencia T-675 de 2016, de la misma fecha.

En el presente asunto, la Corte estudió la acción de tutela presentada por la agente oficiosa de una menor de edad en contra de la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero, con la finalidad de obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes invocados, presuntamente desconocidos por la entidad accionada con ocasión de la medida provisional de emergencia proferida el 2 de marzo de 2016, que reubicó a la joven en el domicilio de su abuela materna, la cual acusó de carecer de motivación y de incurrir en defectos fáctico y por desconocimiento directo de la Constitución.

La solicitud de amparo buscaba que el juez de tutela dejara sin efectos el acto administrativo acusado y en consecuencia, ordenara la emisión de una nueva decisión que tuviera en cuenta la opinión de la niña y procurara su bienestar. De igual manera, pretendía su reubicación en el domicilio paterno y la atención por parte de profesionales

especializados.

La providencia en la que salvo mi voto resolvió revocar parcialmente la sentencia proferida por el juez de segunda instancia y en consecuencia, tutelar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, al debido proceso, y a la vida digna de la menor de edad agenciada. En tal sentido, ordenó a los padres de la niña que solucionen sus desavenencias de modo que no involucren las garantías fundamentales de sus hijas. De igual forma, instó a las Comisarias de Familia del territorio nacional para que resuelvan los asuntos sometidos a su conocimiento de manera ponderada y prudente, particularmente con atención a las condiciones particulares de los niños de ese núcleo familiar.

El problema jurídico fue planteado en el sentido de determinar si la medida provisional de emergencia proferida por la Comisaria Segunda de Familia de Chapinero el 2 de marzo de 2016, incurrió en defectos fácticos, decisión sin motivación y por violación directa de la Constitución, con lo cual desconoció a la agenciada los derechos fundamentales invocados.

En tal sentido, expresó que el asunto no acreditó el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, porque la pretensión de titularidad de la custodia de la menor de edad podía ventilarse ante la jurisdicción ordinaria de familia, por lo que contaba con mecanismos judiciales idóneos y eficaces para la protección de sus derechos fundamentales.

Pese a que no superaba el análisis de procedencia, la sentencia analizó de fondo el asunto. Sobre las vulneraciones invocadas en el escrito de tutela, relacionadas con la medida de protección temporal ordenada por la autoridad accionada, la posición mayoritaria desestimó dichas acusaciones tras considerar que la decisión fue proferida con base en los tratados de derecho internacional, el ordenamiento jurídico interno y la jurisprudencia constitucional, por lo que dijo garantizar la prevalencia del interés superior de la menor de edad. En tal sentido, la actuación censurada atendió lo establecido en los artículos 17 y 18 de la Ley 1098 de 2006, en el sentido de materializar el mandato de protección Estatal de los niños frente a acciones y conductas que causen daño o sufrimiento psicológico.

Adicionalmente, consideró que al momento de proferir la sentencia, la autoridad accionada profirió decisión sobre el asunto conocido el 25 de octubre de 2016, en el que adoptó las medidas de protección para las menores de edad y la obligación de los padres de

abstenerse de propiciar escenarios de violencia que pongan en riesgo la integridad física y mental de las niñas.

La sentencia expresó que en el presente caso NO era posible aplicar las reglas procesales relacionadas con la necesidad de escuchar las opiniones de las niñas en el proceso, particularmente porque, al parecer, una de las menores de edad ha sido objeto de “manipulación psicológica por parte de sus padres” y las opiniones surtidas en el proceso pueden expresar “(...) la instrumentalización en la que quizá estaba inmersa”, por lo que la joven puede ser valorada por especialistas durante el trámite ordinario que se adelanta y no se configura un perjuicio irremediable.

No obstante, la postura mayoritaria consideró que la medida adoptada por la autoridad accionada el 22 de febrero de 2016, que ordenó el traslado de la niña a un centro de recepción de niños y niñas, en el que permaneció por 9 días, si fue desproporcionada y lesionó sus garantías fundamentales, por lo que concedió el amparo con fundamento en dichas consideraciones.

En esta oportunidad, me aparto de la decisión adoptada por la mayoría porque en el presente asunto debió declararse la improcedencia del amparo solicitado, en el sentido de que la autoridad de familia profirió decisión de fondo y decretó medidas de protección urgentes y razonables en favor de las niñas, actuación contra la que proceden recursos ante el juez de familia.

De igual manera, discrepo de la concesión del amparo sustentada en la supuesta falta de proporcionalidad de la medida de protección proferida en febrero de 2016 y que consistía en trasladar a la niña a un centro de atención del ICBF, pues se trató de un acto administrativo que no fue objeto de censura y sobre el cual operó el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, puesto que sus efectos habían cesado al momento de presentar la tutela. Los motivos de mi disenso son los siguientes:

Ausencia del requisito de subsidiariedad

Naturaleza jurídica del proceso administrativo para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar

1. El caso sometido a estudio de la Corte, acusó una medida provisional de protección destinada a una menor de edad y proferida por una Comisaria de Familia en el marco del proceso administrativo para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

Este procedimiento está regulado en la Ley 294 de 1996[33] y tiene como finalidad otorgar un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad[34]. El artículo 4º de esa normativa establece la posibilidad de que toda persona que sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, pueda pedir, sin perjuicio de las denuncias penales, al comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y a falta de este al Juez Civil o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión, o que evite que aquella se realice cuando fuera inminente.

Si la autoridad competente determina que el solicitante o un miembro del grupo familiar fue víctima de violencia, proferirá providencia motivada en la que establecerá una medida definitiva de protección, en la que ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta violenta o cualquier otra en contra del ofendido. Adicionalmente, podrá imponer medidas como: i) ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación; ii) prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños y niñas; y iii) decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla, entre otras[36].

Contra la decisión definitiva sobre una medida de protección que tomen los Comisarios de Familia o los Jueces Civiles Municipales o Promiscuos Municipales, procederá en el efecto devolutivo, el recurso de apelación ante el Juez de Familia o Promiscuo de Familia[37].

2. Conforme a lo expuesto, el proceso por violencia intrafamiliar se caracteriza por: i) la inmediatez de la intervención de la autoridad administrativa, particularmente porque puede adoptar medidas provisionales de protección dentro de las 4 horas siguientes; ii) las medidas de protección definitivas pueden contemplar decisiones sobre el régimen de visitas, guarda y custodia de niños, niñas y adolescentes; y iii) dicha decisión cuenta con el recurso de apelación ante el juez de familia.

3. En el presente asunto, la sentencia de la cual me apartó concluyó que no se acreditó el requisito de subsidiariedad porque si bien la actuación objeto de censura, esto es, el traslado de la menor de edad a la casa de abuela, fue una medida de protección contra la cual no procede ningún recurso, aquella es temporal y puede promoverse acción ante el juez de familia tendiente a resolver asuntos sobre la custodia de la niña.

Adicionalmente, la Sala constató que durante el trámite de la acción de tutela, la comisaria accionada profirió orden de protección definitiva, que incluyó, entre otras medidas, amonestaciones a cada uno de los padres implicados, restricciones temporales y espaciales en relación con sus hijas menores de edad, la participación en terapias y particularmente, los exhortó para que “(...) se abstengan de propiciar conductas que puedan afectar el bienestar, estabilidad y/o tranquilidad de sus hijas Valentina y Sofía Fernández Salazar, debiendo en su lugar brindarles un ambiente sano, ejemplar y respetuoso de sus derechos.”. Esta decisión era apelable ante el juez de familia, en los términos del artículo 18 de la Ley 296 de 1996.

En igual sentido, la sentencia verificó que tampoco se configuró un perjuicio irremediable para la niña agenciada, puesto que no se acreditó que las condiciones de la menor de edad al cuidado de su abuela, implicaran una afectación a los derechos fundamentales invocados, que justificaran la intervención del juez constitucional.

4. Conforme a lo expuesto, la decisión que debió adoptar la Corte en este caso era declarar la improcedencia del amparo solicitado por falta de subsidiariedad, puesto que en el trámite administrativo adelantado se profirió medida de protección definitiva, la cual podía ser revisada por el juez de familia mediante el uso oportuno del recurso de apelación. De igual forma, no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afectara las garantías superiores de las menores de edad.

Carencia actual de objeto por hecho superado. El examen de la medida de protección de traslado a un hogar de recepción de niños y niñas, ya había agotado sus efectos jurídicos

5. La sentencia de la cual disiento expresó que la medida provisional de protección adoptada por la autoridad accionada el 22 de febrero de 2016, mediante la cual se remitió a la agenciada a un centro de recepción de niños, en el que permaneció por 9 días, fue desproporcionada y lesionó sus garantías fundamentales.

6. Considero que el examen de este aspecto era improcedente porque: i) dicha actuación no fue acusada por la accionante, puesto que la censura fue dirigida en contra de la decisión de trasladar a la niña al hogar de su abuela; y ii) los efectos de ese acto administrativo ya habían cesado al momento en que se presentó la solicitud de amparo, por lo que se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado.

En efecto, la Corte ha sostenido de manera reiterada que el objeto de la acción de tutela es la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, durante el proceso de amparo pueden presentarse circunstancias que permitan inferir que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron porque: i) se conjuró el daño alegado; ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo[38]. Estas situaciones generan la extinción del objeto jurídico del amparo, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez caería en el vacío[39]. Este fenómeno ha sido denominado “carencia actual de objeto”, el cual se presenta por la ocurrencia de hecho superado o daño consumado[40].

Se está frente a un hecho superado cuando durante el trámite de amparo las acciones u omisiones que amenazan el derecho fundamental desaparecen por la satisfacción de la pretensión que sustenta la acción de tutela, por lo que la orden a impartir por parte del juez constitucional pierde su razón de ser, pues el derecho ya no se encuentra en riesgo[41].

No obstante, esta Corporación ha señalado que puede adelantar el estudio del asunto sometido a su conocimiento pues, le corresponde en sede de revisión determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita[42], pronunciarse sobre la vulneración invocada en la demanda conforme al artículo 24 del Decreto 2591 de 1991[43] y determinar si, de acuerdo con las particularidades del caso, procede el amparo de la dimensión objetiva de los derechos conculcados[44]. Dicho análisis puede comprender: i) observaciones sobre los hechos del caso estudiado; ii) llamados de atención sobre la situación que originó la tutela; iii) el reproche sobre su ocurrencia y la advertencia sobre la garantía de no repetición[45]; y iv) la posibilidad de adoptar las medidas de protección objetiva[46].

7. Conforme a lo expuesto, la improcedencia de la tutela por carencia actual de objeto, tras haberse configurado el hecho superado, no implicaba la imposibilidad de analizar el

amparo de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales invocados, particularmente si la medida de protección proferida por la autoridad accionada fue desproporcionada o no y si además, desconoció las garantías superiores de la menor de edad, particularmente, la de ser escuchada en el proceso administrativo con fundamento en la valoración del consentimiento de los niños en aplicación del principio de las capacidades evolutivas y su mejor interés.

8. En el presente asunto, la sentencia precisó que la autoridad accionada verificó eventos depresivos de la niña y adoptó la medida de emergencia de protegerla institucionalmente mediante la intervención del Defensor de Familia del ICBF y su traslado al centro de recepción de niños y niñas. Posteriormente, el 2 de marzo de 2016, la comisaria revisó su decisión y profirió una nueva medida de protección inmediata que consistió en el reintegro al medio familiar, específicamente en el domicilio de la abuela materna.

9. La postura mayoritaria no demostró la falta de proporcionalidad de la medida adoptada por la autoridad, es decir, no fundamentó las razones por las cuales la decisión adoptada por la entidad accionada era desproporcionada, particularmente, porque se trató de una medida de protección de emergencia de naturaleza transitoria y que en todo caso, no desplazaba las vías judiciales ordinarias para definir la custodia de la niña.

10. Conforme a lo expuesto, este asunto suscitaba un interesante problema constitucional en relación con la protección de las garantías procesales de los menores de edad en procesos administrativos que buscan prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, particularmente la de ser oídos en el trámite en atención a sus capacidades evolutivas.

En efecto, esta Corporación en Sentencia C-182 de 2016[47], precisó los criterios que matizaban la posibilidad de desestimar el consentimiento del propio sujeto afectado por la intervención administrativa bajo la protección del mejor interés del niño. En los mencionados casos, se precisó desde la protección de la posibilidad de ejercer la autonomía en el futuro frente a cuestiones determinantes para el libre desarrollo de la persona y su identidad. Esos criterios han avanzado hacia la prevalencia de las capacidades evolutivas de los menores de edad en la toma de decisiones bajo el cual se ha establecido “(...) una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y

la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que este adopte (...)”[48].

12. En suma, la decisión de la cual me aparto debió declarar la improcedencia de la acción de tutela por la ausencia del presupuesto de subsidiariedad, ante la existencia de mecanismos judiciales eficientes e idóneos para ejercer el control de la actuación administrativa adelantada por la Comisaria de Familia accionada. De igual manera, el estudio de la medida de protección urgente de ubicar a la niña en un hogar de recepción de niños, era improcedente porque la tutela no fue dirigida contra esa decisión y por carencia actual de objeto, tras haberse configurado un hecho superado, pues los efectos de tal acto administrativo ya habían cesado al momento de formular el amparo. Sin embargo, lo anterior no imposibilitaba el estudio del amparo de la dimensión objetiva de los derechos invocados, particularmente, del derecho de los menores de edad a ser oídos mediante el reconocimiento de sus capacidades evolutivas, en los procesos administrativos que los afectan, así como, los límites ius fundamentales de las medidas de protección de urgencia proferidas por autoridades en procesos por violencia intrafamiliar.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] En el presente caso, y en atención a lo consagrado en el artículo 15 Superior, debe aclararse que por ser la accionante una menor de edad, la Sala de Revisión ha decidido no hacer mención a su identificación ni a la de su núcleo familiar y entorno, como medida tendiente a garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. Por consiguiente, los nombres de las personas involucradas y del colegio al que asiste la niña son ficticios.

[2] Médico cirujano, especialista en forense, psicoterapeuta, abogado, especialista en resolución de conflictos, especialista en derecho penal y ciencias forenses, magister en terapia familiar sistémica y doctor en ciencia política.

[3] Al respecto, ver, entre otras, las Sentencias T-770 de 2011 y T-806 de 2012.

[4] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[5] Al respecto, ver, Sentencias T-115 de 2014 y T- 646 de 2013.

[6] Sentencia T-115 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[7] Véase, entre otras, la Sentencia T-858 de 29 de octubre de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[8] Ibídem.

[9] A través de la Ley 12 del 22 de enero de 1991, la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas fue incorporada a nuestro derecho interno.

[10] Sentencia T-768 de 16 de diciembre de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[11] Ibídem.

[12] Ibídem.

[13] Ibídem.

[14] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[15] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[16] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[17] Ibídem.

[19] Ibídem.

[20] Sentencia T-768 de 16 de diciembre de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[21] Ibídem.

[22] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[23]“Ver sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte señaló al respecto: “En efecto, el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia. || Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención. El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia.”

[24] “Ver sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sobre este punto, la Sala manifestó: “Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva núm. OC-17 del 28 de agosto de 2002, referente a ‘la condición jurídica y los derechos humanos del niño, siguiendo la Directriz núm. 14 de Riad, y la jurisprudencia del TEDH según la cual cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño, sostuvo lo siguiente: || ‘Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro.’ || En igual sentido, siguiendo al TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que es necesario ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al

cuidado del niño[24]. Y más adelante aclara que “Sin embargo, no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor. Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 5, 9, 19 y 20, inter alia)”

[25] Sentencia T-768 de 16 de diciembre de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[26] Sentencia T-955 de 19 de diciembre de 1993, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[27] Ibídem.

[28] Ibídem.

[29] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[30] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[31] Sentencia T-955 de 19 de diciembre de 1993, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[32] En el presente caso, y en atención a lo consagrado en el artículo 15 Superior, debe aclararse que por ser la accionante una menor de edad, la Sala de Revisión ha decidido no hacer mención a su identificación ni a la de su núcleo familiar y entorno, como medida tendiente a garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. Por consiguiente, los nombres de las personas involucradas y del colegio al que asiste la niña son ficticios.

[33] “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.”

[34] Artículo 1º de la Ley 294 de 1996.

[35] Artículo 11 de la Ley 294 de 1996.

[36] Artículo 5º Ley 294 de 1996.

[37] Artículo 18 Ley 294 de 1996.

[38] Sentencia T-308 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[39] Sentencia T-533 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[40] Sentencia T-703 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[41] Sentencia T-311 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[42] Sentencia T-170 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[43] “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

[44] Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[46] Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[47] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[48] La Corte Constitucional ha establecido “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas”. Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia SU-642 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.