

Sentencia T-884/11

DERECHOS DEL NIÑO-Normatividad nacional e internacional que garantizan el carácter superior y prevalente de los derechos e intereses de los menores de edad

De acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna. Esta protección especial de la niñez y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral se encuentra consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia. En lo que tiene que ver con el conjunto de normas que regulan las relaciones familiares y todos los temas referentes a los menores de edad actualmente en el Estado colombiano, debemos mencionar tanto el Código de la Infancia y la Adolescencia como el Código Civil colombiano. De conformidad con la Constitución, la ley, los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional, los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás, razón por la cual se ofrecen garantías y beneficios que protegen su proceso de formación y desarrollo. Igualmente, que al adquirir los menores el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, la satisfacción de ese deber, se constituye en el objetivo primario de toda actuación -particular u oficial- que les concierna.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

Esta Corporación redefinió los criterios jurídicos generales a los que debe acudir, para adoptar cualquier decisión en casos como el presente: (1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado.

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL MENOR-Procedencia de la acción de tutela

El juez constitucional debe evaluar, en cada caso particular, si el otro mecanismo de defensa judicial existente podría llegar a brindar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado, o si, por el contrario, se trata de una vía formal cuyos objetivos y resultados finales, dada la prolongación del proceso, resultan tardíos para garantizar la idoneidad de la protección judicial y la intangibilidad de los derechos afectados. La Corte ha concluido, en principio, que la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos. A los jueces de familia corresponde conocer, en única instancia, de los asuntos relacionados con la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores, mediante el proceso verbal sumario. Sin embargo, en los casos en que se advierta (i) la falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, o (ii) que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad física o psicológica, la acción de tutela resulta procedente de manera excepcional.

PATRIA POTESTAD-Alcance, características y elementos esenciales

Se trata de una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres. De acuerdo con la ley, la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, es decir, que sólo puede ser ejercida por el padre y la madre, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. En decisión reciente, la Corte explicó que los derechos y facultades derivados de la patria potestad, únicamente se conceden a los padres, en razón a

las importantes y trascendentales obligaciones e ellos asignada, de manera que la institución existe, porque hay numerosos deberes que los mismos están llamados a asumir frente a los hijos. A este respecto, la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro. Es necesario aclarar, sin embargo, que los derechos derivados de la patria potestad no quedan enteramente a la voluntad y disposición de sus titulares, en razón a que no son reconocidos en favor de los sujetos a quienes se les confieren -los padres-, sino en favor de los intereses de los hijos menores, para que, a través de ellos, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre el que se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Así entendido, las facultades derivadas de la patria potestad, no constituyen, en realidad, un derecho subjetivo en cabeza de los padres, sino que se trata de derechos concedidos a favor del menor, razón por la cual, su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado, puede derivar en sanciones para el progenitor. Por tales motivos, la Corte ha precisado que la patria potestad es una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

De acuerdo con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los niños y niñas son considerados sujetos de especial protección, mandato que se manifiesta, entre otros aspectos, en el carácter fundamental, independiente y prevalente que se reconoce a sus derechos, buscando con ello asegurarles un proceso de formación y desarrollo integral, en condiciones óptimas y adecuadas. Al logro de tales objetivos, como directamente responsables, se vincula a los respectivos progenitores, a través de las figuras de la autoridad paterna y materna y del ejercicio de la patria potestad, institución esta última que, para tales efectos, se constituye en “un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar el cual debe brindarle cuidado, amor, educación, cultura y en general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental”. No sobra recordar que la familia, como institución básica de la sociedad, juega un papel primordial en la protección del menor, al punto que constituye un derecho fundamental de los niños.

OMISION DE RESTITUCION DE LA CUSTODIA DE UN MENOR-Derechos constitucionales afectados y procedencia de tutela

La restitución de la custodia de un menor al padre a quien el juez competente le asignó ese derecho, puede ser protegido por vía de tutela excepcionalmente cuando el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor y, también cuando se afecta de manera cierta, directa y grave el derecho a la estabilidad y a la unidad familiar del niño, pues es razonable entender que, en algunos casos, la retención irregular del menor puede producir el rompimiento de los lazos entre padres y el desarrollo pleno y armonioso de las relaciones familiares, lo cual no sólo puede ser más gravoso con el paso del tiempo sino que puede producir consecuencias irreparables para el bienestar emocional del menor.

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Criterios para determinar la idoneidad del grupo familiar

DEFENSOR DE FAMILIA-Facultad para promover conciliación extrajudicial entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL MENOR-Se entrega de manera provisional a la abuela materna mientras se define proceso penal por abuso sexual en menor de catorce años que se adelanta en contra del padre biológico

Referencia: expediente T-2935837

Acción de Tutela instaurada por el señor X, contra la Defensoría Sexta de Familia del ICBF de Cali.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Diana Carolina Rivera Drago

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la

preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Once de Familia Piloto de Oralidad de Cali, de fecha 23 de agosto de 2010 que, en primera instancia no tuteló los derechos del accionante, y por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha 10 de noviembre de 2010 que en segunda instancia revocó la sentencia del a quo y tuteló los derechos del accionante.

I. ANTECEDENTES

Anotación Preliminar

1. Esta Sala ha adoptado como medida de protección de la intimidad del niño involucrado en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma sus nombres verdaderos y los de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación¹.

El día 9 de agosto de 2010 el señor X interpuso acción de tutela contra la Defensoría Sexta de Familia de Cali - Centro Zonal Nororiental del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Valle, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la familia, a la patria potestad y al debido proceso. La mencionada acción de tutela se fundamenta en los siguientes

1. Hechos

1.1. El accionante sostuvo una relación sentimental con la señora S con quien tuvo a su hijo Y, actualmente de 4 años de edad.

1.2. Posteriormente, el peticionario y la mencionada señora se divorciaron y decidieron de común acuerdo que la custodia del niño quedaría a cargo de la madre.

1.3. Aduce el accionante que la relación entre él y la madre del menor fue siempre muy cordial y ambos asumían su rol y sus responsabilidades como padres.

1.4. El 07 de abril de 2010 la señora S falleció en un accidente de tránsito.

1.5. Una vez fallecida la señora el accionante se dirigió a donde los abuelos maternos de su hijo para que le entregaran al niño, pero la señora Z, abuela materna del menor, le expresó que la pérdida de su hija le había causado un dolor muy grande y que por favor le dejara al niño por un tiempo mientras ella se reponía de lo anterior.

1.6. El accionante consideró que se trataba de una petición razonable y que podía ser positivo para la señora tener a su nieto por un tiempo a su lado por lo que accedió a dejarle al niño por unos días.

1.7. Durante dicho lapso el peticionario estuvo pendiente de su hijo mientras la señora Z, por su parte, solicitó ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que se le otorgara la custodia y cuidado personal del menor Y.

1.8. La Defensoría Quinta de Familia de Cali mediante resolución 580 de mayo de 2010, decidió entregar de manera provisional la custodia y cuidado personal del menor Y a Z, su abuela materna.

1.9. En el momento en que se interpuso la acción de tutela el accionante aseveró encontrarse en una situación económica estable y tener un hogar constituido, por lo que consideraba estar en la capacidad de brindarle al niño todo lo necesario tanto afectiva como económicamente. Por lo anterior, solicitó que se declarara la nulidad de la resolución 580 de la Defensoría Quinta de Familia de Cali, mediante la que se le otorgó de manera transitoria la custodia y cuidado personal del menor Y a la señora Z.

1.10. El 30 de diciembre de 2010 el accionante fue capturado y actualmente se encuentra privado de la libertad por cuanto la señora Z interpuso denuncia penal en su contra por el delito de abuso sexual en menor de catorce años, específicamente, la denunciante aduce que el señor X abusó de su hijo Y.

2. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente

2.1. Constancia proferida por la Defensoría Quinta de Familia de Cali por la cual se establece

que el intento de conciliación en el proceso para determinar la custodia del menor Y fue fallido.

En dicha diligencia la señora Z manifestó que solicitaba la custodia de su nieto por cuanto desde su nacimiento ha vivido con él y que su hija se lo dejaba siempre mientras iba a trabajar, indicó además que pese haber perdido a su hija siente que su total consuelo es el niño y que ella está de acuerdo en que su padre lo siga viendo y respondiendo por él.

Por su parte, el accionante manifestó que es el padre del niño y contaba con los medios económicos y morales para darle todo lo que necesitaba, incluso una familia estable por cuanto convivía con una mujer desde hacía más de dos años, quien también estaba dispuesta a que el niño sea parte de su hogar.

2.2. Fotocopia de la resolución número 580 del 4 de mayo de 2010, expedida por la Defensoría Quinta de Familia de Cali, en la cual se resolvió declarar fracasada la conciliación intentada entre el accionante y la señora Z, y otorgar en forma provisional la custodia y cuidado personal de Y a su abuela. En ella se ordenó al padre una cuota de alimentos de \$150.000 mensuales para su hijo. Indicó además que las visitas del padre serían desde los sábados en la mañana hasta los domingos en la tarde.

2.3. Fotocopia del registro civil de nacimiento del menor Y en el que consta que efectivamente el niño tiene 4 años de edad y que sus padres son S (fallecida) y X.

2.4. Fotocopia del registro civil de defunción de la señora S en el que consta que murió en Cali el 7 de abril de 2010.

2.5. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora S.

2.6. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor X.

2.7. Fotocopia de la evaluación de adaptación que se le hizo al menor en el Jardín Infantil San Luis II Etapa. Se indica allí que el niño logra adaptarse con facilidad, que se lleva bien con los otros niños y que su lenguaje es claro, sin embargo, en ocasiones molesta a sus compañeros y no cumple con las normas del jardín o no obedece las ordenes que se le dan. Junto con esta

evaluación se anexa también la evaluación académica de la que se infiere que es un niño introvertido y con algunas dificultades de concentración.

2.8. Constancia de que por un tiempo el accionante estuvo sin trabajo y no pagó el jardín infantil al que acudía su hijo.

2.9. Constancia del Jardín Infantil en la que se establece que además de la madre del menor su abuela era la otra encargada del niño.

2.10. Constancia de que el accionante solicitó y reclamó el cheque de auxilio funerario y la liquidación final de prestaciones sociales tras la muerte de la señora S.

3. Contestación de la Accionada

La señora Margarita Osorio Zuluaga, Defensora Quinta de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar indicó que, consta en la historia de atención que el menor ha vivido con su abuela materna desde su nacimiento por lo que entre ellos se han creado vínculos afectivos muy fuertes. Agregó que la psicóloga Ana María Benítez valoró a la señora Z pero no indica exactamente qué se dijo tras la mencionada valoración. Manifestó que la razón principal para entregarle la custodia a la abuela materna fue el hecho de que mientras el menor vivió con su madre, vivían en casa de los abuelos maternos, de manera que el niño está acostumbrado a vivir con ellos y tiene vínculos afectivos muy fuertes con su abuela, el bienestar del menor podría verse gravemente afectado si además de perder a su madre fuera separado abruptamente también de su abuela mientras que al padre siempre lo ha visto solo una vez cada ocho días.

Por último, indicó que el accionante no interpuso recurso alguno contra la resolución, lo que hace presumir que estuvo de acuerdo con las decisiones tomadas en la misma, razón por la cual procedió a cerrar el trámite administrativo.

4. Intervención de la señora Z

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Once de Familia Piloto de Oralidad de Cali dictó sentencia de primera instancia mediante providencia del 23 de agosto de 2010, por la cual se consideró que la entidad accionada brindó todas las garantías constitucionales y legales durante el trámite administrativo para la custodia de Y. Se indicó además que al haberse entregado la custodia del menor a su abuela materna no se vulneraron los derechos del niño sino todo lo contrario, se le garantizó su estabilidad emocional. Se consideró que el padre del niño para obtener la custodia del mismo debía acudir a la jurisdicción de familia, por tales razones se negó la tutela impetrada por el accionante.

2. Impugnación

El accionante impugnó la sentencia de primera instancia por considerar que la entidad accionada vulneró su derecho al debido proceso y a la familia. En su opinión la decisión de la Defensoría Quinta carece de fundamento ya que en ningún momento se sustentó la decisión tomada ni se explicaron las razones por las cuales se entregó la custodia del niño a la abuela materna y no a su padre. Además, la entidad accionada jamás le informó al accionante que la resolución que decidió sobre la custodia tenía recursos de ley ante lo cual él no pudo impugnarla.

3. Sentencia de Segunda Instancia

La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió sentencia de segunda instancia el 10 de noviembre de 2010. Consideró allí que efectivamente la resolución 580 proferida por la Defensoría Quinta de Familia de Cali, incurrió en errores tales que se podría decir que en ella se violó la ley. En primer lugar, la accionada invocó las facultades que le concede el Decreto 2737 de 1989 sin tener en cuenta que dicho estatuto quedó derogado por el artículo 217 del Código de Infancia y Adolescencia; en segundo lugar, se asumió que el interés de la abuela para tener al niño, en contra de la voluntad del padre, admitía una conciliación; y, finalmente, otorgó la custodia del menor a su abuela materna, sin consideración ni motivación alguna y con base únicamente en el fracaso del intento conciliatorio.

Por otra parte, indicó que el derecho de los padres a tener la custodia de sus hijos es un

derecho fundamental, de hecho, todo Estado debe velar porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en aras del interés superior del niño. Así mismo, los tratados internacionales le imponen a los Estados el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta la crianza y el desarrollo de los niños; así, los padres son quienes tienen la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de sus hijos. Consideró el juez de segunda instancia que de los principios anteriores se deriva que, le corresponde en primer lugar a los padres la custodia de sus hijos y así lo ha reconocido también la Corte Constitucional al establecer que los niños tienen derecho a estar bajo el cuidado y guía de sus progenitores, relación además que solo puede ser restringida o interrumpida por una decisión judicial.

En todo caso, se reconoció que también es cierto que en circunstancias particulares, el mejor interés del niño permite que pueda privarse a un padre de la custodia sobre su hijo; sin embargo, esta privación solo puede entenderse como una sanción en la que debe siempre garantizársele al padre el derecho de defensa.

Se indicó además que si bien es cierto que cuando la disputa de la custodia de un menor se produce entre los dos progenitores, el primer paso es intentar una conciliación, pero esta alternativa no está disponible cuando la discusión se produce, como en este caso, entre el padre y otro pariente distinto de la madre del niño.

Por las razones anteriores, el ad quem decidió tutelar los derechos del accionante por lo que revocó la sentencia de primera instancia, ordenó que el niño Y viviera bajo la custodia de su padre y dejó sin efectos la resolución 580 del 4 de mayo de 2010, proferida por la Defensoría Quinta de Familia de Cali.

III. Insistencia de Revisión

La revisión del presente proceso fue insistida por el Defensor del Pueblo a petición de la señora Z, con base en el interés superior del niño teniendo en cuenta que desde que éste nació no ha vivido con su padre sino siempre con su madre y sus abuelos maternos. Sin embargo, la razón principal de la insistencia es que se han presentado denuncias penales por abuso sexual a su propio hijo en contra del accionante, quien al parecer se encuentra con medida de aseguramiento por parte del Juzgado 20 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali.

El expediente fue seleccionado para revisión por parte de esta Corporación mediante auto del 25 de febrero de 2011 proferido por la Sala de Selección Número Dos.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. El magistrado sustanciador, mediante auto de pruebas del veintitrés (23) de mayo de 2011, ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

1.1 Se ordenó al señor X aportar al presente proceso los siguientes documentos:

- a. Extractos bancarios de sus cuentas de ahorros y corrientes de los últimos tres meses.
- b. Colillas de pago de los últimos tres meses.
- c. Certificado laboral o documentos que indique cuál es la actividad económica a la cual se dedica.

1.2. Así mismo, se le ordenó a la señora Z, aportar al presente proceso los siguientes documentos:

- a. Extractos bancarios de sus cuentas de ahorros y corrientes de los últimos tres meses.
- b. Colillas de pago de los últimos tres meses.
- c. Certificado laboral o documentos que indique cuál es la actividad económica a la cual se dedica.

1.3. Por otra parte, se ordenó al director de la Regional Valle del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), señor Jhon Arley Murillo, practicar un examen psicológico al menor Y, específicamente enfocado a la relación con su padre, y aportarlo a este proceso.

1.4. Se le ordenó también Juzgado Noveno de Familia de Cali remitir copia del expediente de custodia en el que son partes el señor X identificado con la cédula de ciudadanía número 00000000 y la señora Z identificada con la cédula de ciudadanía número 00000000, quienes están interesados en la custodia del menor Y.

1.5. Por último, se ordenó al Juzgado Veinte Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali remitir copia del expediente del proceso por abuso sexual en menor de edad, en el cual figura como imputado el señor X identificado con la cédula de ciudadanía número 00000000.

2. De las pruebas solicitadas se allegaron al expediente las siguientes:

2.1. El señor X no respondió mediante comunicación escrita ni aportó los documentos que se le solicitaron; sin embargo, la razón por la cual no lo hizo es porque está privado de la libertad desde el 30 de diciembre de 2010. Este despacho se comunicó telefónicamente con su hermano, el señor JD, quien manifestó que el proceso de la custodia del niño ha sido demasiado complicado por cuanto la familia materna del mismo está interesada en la indemnización que le corresponde al menor por el accidente de tránsito en el que murió su madre. En opinión del señor JD ese es el interés que ha movido a la señora Z para solicitar la custodia del menor y es por eso que ha llegado al punto de acusar penalmente al accionante por abuso sexual con tal de que no sea él quien se quede con Y. Indicó además que en varias oportunidades tanto en el proceso de tutela como en el de familia, la custodia le ha sido otorgada al señor X y que después del último fallo a su favor, primero sufrió un atentado y luego fue engañado por los familiares del niño quienes le dijeron que podía ir por él y al llegar se encontró con que la policía estaba lista para capturarlo por abuso sexual. Indicó que tiene conocimiento de que el dictamen médico de Comfenalco y el de medicina legal indicaron que el menor tenía un eritema anal, dolencia que puede ser consecuencia de un abuso pero también de un estreñimiento, diarrea o aseo inadecuado, entre otros.

2.2. Por su parte, la señora Z no recibió el oficio que le fue enviado pero telefónicamente indicó que actualmente el padre del niño se encuentra privado de la libertad tras la denuncia

por abuso sexual por ella interpuesta. Manifestó que en vida de su hija el señor X visitaba a su hijo más o menos una vez por mes y que una vez fallecida la madre, fue ella, la señora Z, quien buscó al accionante para que se acercara más al niño y le propuso que se lo llevara todos los fines de semana. Así sucedió hasta el fin de semana del 16 al 17 de agosto, noche en que el niño llegó a casa de su abuela después de estar con su padre muy asustado y con un fuerte dolor en el ano; al día siguiente, a primera hora la abuela procedió a llevarlo al médico y éste encontró que el niño tenía una fisura anal, específicamente un eritema, patología que puede producirse por estreñimiento, diarrea, mal aseo, intento de abuso, entre otras. Esta fue la razón por la que la señora Z denunció penalmente ante la Fiscalía al accionante y éste se encuentra privado de la libertad desde el 30 de diciembre de 2010.

2.3. El director de la Regional Valle del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), remitió al proceso la valoración psicológica realizada al menor Y por parte de la psicóloga Leydi Tatiana Tobar. Se precisa en el informe que el niño se presentó a la entrevista en compañía de su abuela materna con una presentación personal adecuada y sin ninguna señal de la que se pueda inferir un presunto maltrato físico. Se indicó que se trata de un niño educado que demuestra tener una buena relación con su abuela ya que él la respeta, le obedece y ella lo escucha y está pendiente de sus necesidades; sin embargo, la actitud del niño con la entrevistadora fue de poca colaboración y fue muy difícil que ampliara sus ideas.

Para determinar el contexto familiar y la concepción del niño frente a éste se le hizo hacer un dibujo de su familia en el que representó a algunos de sus tíos, a su padre y a su abuela, lo que, según la psicóloga, significa que “identifica a su padre como parte de su familia”. Por otra parte, cuando se le hicieron algunas preguntas respondió que quiere a su padre y que su padre también lo quiere a él, que todos los miembros de su familia son buenos y que él es feliz, por último indicó que hace rato no ve a su papá porque él está en su casa.

En este informe se indica que el señor X se encuentra privado de la libertad hace cinco meses y que esa es la razón por la cual no ha vuelto a ver al niño.

2.4 El Juzgado Noveno de Familia de Cali informó que efectivamente en dicho despacho se interpuso una demanda de custodia por parte de la señora Z pero posteriormente dicha demanda fue retirada y el proceso fue archivado el 16 de diciembre de 2010. Se encontró además que se han iniciado otros dos procesos de familia por estos mismos hechos, uno ante

el Juzgado Tercero de Familia de Cali en el cual no se registran actuaciones desde el 2 de julio de 2010, y otro en el Juzgado Primero de Familia de Cali en el que hubo inadmisión de la demanda el 9 de septiembre de 2010. Lo que quiere decir que, actualmente se encuentra en curso sólo uno de los mencionados procesos pero no ha reportado actuaciones desde hace más de un año.

2.5. Por último, el Juzgado Veinte Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali envió respuesta indicando que en su despacho no cursa proceso alguno contra el señor X, teniendo en cuenta que dada la función del juzgado éste solo conoce de las audiencias preliminares de formulación de imputación y una vez evacuadas son remitidas al centro de servicios judiciales para ser asignadas a los respectivos jueces penales.

Teniendo en cuenta lo anterior, este despacho se comunicó con el centro de servicios judiciales en donde se informó que el proceso penal por abuso sexual en el que el señor X es el imputado, se encuentra en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali bajo el radicado HHHHHHHHHHHHHH y, la instrucción está a cargo de la Fiscalía 113 de Caivas en la misma ciudad. Así, se solicitó tanto al mencionado Juzgado como a la Fiscalía aportar a este expediente todas las actuaciones hasta ahora realizadas en dicho proceso, acompañadas de sus respectivos archivos de audio y de allí se obtuvo la siguiente información:

a. Oficio en el que se establece que la señora Z denunció penalmente por acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 del Código Penal), al señor X el 20 de octubre de 2010.

b. Escrito de acusación formulada por la Fiscalía 113 CAIVAS de Cali que se presenta ante el Juez de conocimiento en contra del señor X en calidad de autor de la conducta punible que se denomina “acceso carnal abusivo con menor de catorce años”, agravada por su condición de padre de la víctima.

c. Dictamen de medicina legal emitido tras examinar al menor. Se indica allí que “se observa ligero eritema en el ano que se acompaña de fisura anal única, no dolor, no sangrado”. Cuando se le hicieron las respectivas preguntas al niño éste manifestó lo siguiente: “yo estaba donde mi papá cuando me chuzaron aquí (señala los genitales), mi papá me cogió con un chuzo y me chuzó... por acá también (muestra ano), al otro día cuando yo hacía popó me ardía, yo estaba en la calle, es la primera vez que me hacen eso, nunca me habían

chuzado”.

En cuanto al EXAMEN GENITAL: “Tono anal normal, forma anal normal, no desgarros o fisuras anales, pliegues radicales conservados. No hay signos clínicos de contaminación venérea al momento del examen. CONCLUSIÓN: Se encuentra eritema en hemiescrotos izquierdo, no se evidencian lesiones genitales externas compatibles con traumas genitales recientes. Los hallazgos a la valoración física anotados no niegan ni afirman las maniobras sexuales. Es importante recordar que las maniobras sexuales no siempre dejan hallazgos positivos al examen físico y menos si son repetitivas y crónicas.”

d. Dictamen médico proferido por Comfenalco que fue el primer lugar a donde llevaron al niño después de que éste manifestó que sentía dolor. Allí acudió el abuelo del menor y le manifestó al médico que lo llevaba a consulta porque dos días antes el padre le había introducido un dedo en el ano. El médico encontró lo siguiente: “Se observa ligero eritema en ano, que se acompaña de fisura anal única, no dolor, no sangrado”.

e. Valoración Psicológica realizada al niño Y por una psicóloga adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el que se indica que el niño denota aseo e higiene personal y que en términos de nutrición se encuentra normal; presenta lenguaje claro, coherente y acorde a su edad; presenta identidad social y de género y tiene motricidad gruesa y fina acorde a su edad. Por otra parte, presenta sentimientos de afecto hacia sus familiares, especialmente hacia su abuela materna. Durante la entrevista, el niño manifestó lo siguiente:

“- ¿Sabes por qué estás aquí?

* Sí... me trajeron para una respuesta de mi papá... es que cuando yo me volví él me chuzó el rabo con un dedo.

* ¿Quién te chuzó?

* Mi papá

* ¿Como se llama tu papá?

* X

* ¿Cuándo tu papá te chuzó tu tenías ropa o estabas desnudo?

* Él me quitó la ropa

* ¿Sabes cuándo pasó?

* Sí, un día

* ¿Sabes cuántas veces te chuzó?

* Ayer...

* ¿Qué cosas te ponen triste?

* Mi papá porque yo le digo que le quite las pulgas a mi perro y no se las quita, y tenía pulgas hasta en las patas.

* ¿Qué cosas te ponen contento?

* Que me hagan la comida

* ¿Hay algo que tu quieras contarme?

* No nada más

* ¿Alguien te dijo lo que tú tenías que decir acá?

* ¿A ti te gusta salir a pasear con tu papá?

* No porque mi abuela no me deja por lo que él me hizo en el pipi."

Posteriormente se le entregaron al niño dos hojas cada una con la figura humana una por delante y la otra por detrás, en la primera se le pidió al niño que ubicara la zona en que fue tocado por su padre y señaló el pene y el ano, en la segunda se le pidió que ubicara la parte del cuerpo con la que su padre lo tocó y señaló las manos.

f. Entrevista forense que se le realizó al niño por parte de la Fiscalía en la que se dijo lo siguiente:

¿Tú recibes besos, caricias, abrazos que te gusten?

“Si, de la abuela”

¿De quién más?

“Papá”

Cuéntanos de las caricias que tu papá te hace

“Así (el niño muestra un abrazo)

¿Tu papá te da besos?

“Aquí (señala su frente, su nariz, mejilla, cuello y brazos)

¿Te han dado caricias que no te gusten?

“Sí”

¿Quién?

“Él, papá”

¿A ti alguien ha llegado a tocarte alguna parte del cuerpo?

“El pipi (se ríe)”

¿Quién te ha tocado el pipi?

“El papá”

¿Cómo se llama tu papá?

“X”

¿Y él te ha tocado dónde?

“Aquí (señala en el dibujo el pipi y la cola), el rabito

¿Y con qué te ha tocado tu papá?

“Con la mano”

¿Y cuando él te ha tocado, cómo te toca?

“”Así y así (el niño muestra su cola y trata de introducir su dedo índice en su cola y también con su dedo índice señala su pene y lo aprieta de forma fuerte con su dedo índice)

¿Cuándo tu papá te hace esto tú como estás en ese momento?

“Yo estaba acostado y él me hizo así y así (coloca de nuevo su dedo índice sobre la parte genital de la figura anatómica y sobre la cola de la misma figura con fuerza)

“En la casa de él, en la cama de X”

¿Cuando tu papá te toca el rabito y el pipi tú tienes ropa?

“No porque me quitó mi papá”

¿Y cuando usted no tiene ropa él si tiene ropa o no tiene ropa?

“No”

Explícanos cómo es que te toca el pipi y la cola

(El niño voltea el cuerpo y muestra con el dedo índice su cola y aprieta su dedo sobre su cola, hace presión y hace lo mismo en su área genital)

¿Tú qué sientes cuando él te hace eso?

“Duele”

¿Qué le dices tú?

“Que me duele”

¿Él te ha hecho eso una vez o muchas veces?

“Muchas veces, en la casa”

¿En qué parte está usted?

“En la casa del papá así (el menor se voltea de nuevo e intenta introducir su dedo índice en su cola, presiona fuerte y luego se coloca su mano sobre el área genital y presiona con fuerza)”

¿Eso es de día o es de noche?

“De noche”

¿La luz la prenden o la apagan?

“Apagada”

¿Eso en qué cama es?

“En la del hombre araña, mía”

¿Cuándo tu papá X te hace eso tú le has comentado a alguien?

“No”

¿Usted le comentó a la abuelita esto?

¿Alguien diferente a tu papá te ha hecho así?

“Nadie más”

¿Falta que nos cuentes algo más?

“En la cabeza así también, con una piedra”

¿Tu papá te ha tocado con alguna parte de su cuerpo a ti?

“(Señala su cuello) en, con un chuzo, aquí (señala su cuello)

¿Ese chuzo cómo es?

“Así glande (muestra sus manos de manera vertical) así goldo”

¿Ese mismo chuzo que te coloca aquí es el mismo con el que te hace así en la cola?

“Sí”

¿Alguna parte en este cuerpo se parece al chuzo que usa tu papá?

“Sí, a este aquí, (señala el área genital del muñeco anatómico)”

¿Quién es Diego?

“El amigo del papá, X”

¿Dónde vio a Diego?

“Mi papá me lo mostró”.

g. Análisis de la anterior entrevista: la psicóloga y el defensor de familia que realizaron la entrevista consideraron que el análisis del relato del niño permite inferir una conducta inapropiada por parte del progenitor del menor que coloca al niño en una posición de vulnerabilidad porque dado su nivel de comprensión de cuesta entender las motivaciones del adulto. Se concluyó además que el testimonio es coherente y no presenta elementos atribuibles a lo imaginario o fantasioso.

h. Copia del acta de la audiencia en la que se pretendía dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, entregándole la custodia del menor al accionante. Sin embargo, antes de efectuarse la entrega el señor X fue capturado por la SIJIN y se ordenó que provisionalmente el menor permaneciera con su abuela materna.

i. Audiencia de legalización de la captura del señor X en la que, además de legalizarse la captura del accionante, el Juez de Garantías indica que si bien existe un fallo de tutela que le otorga la custodia del menor a su padre, éste se profirió sin que el juez de tutela tuviera

conocimiento de la acción penal que existe contra el accionante, razón por la cual, el 30 de diciembre de 2010 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió una resolución considerando que, teniendo en cuenta que el padre del menor está privado de la libertad, el menor debe permanecer con su abuela hasta que el proceso penal llegue a su fin. Indicó además que dicho fallo puede ser materia de revisión por parte de la Corte Constitucional por lo que aún no puede hablarse de cosa juzgada y debe pensarse en el interés superior del menor. Al respecto, la defensa manifestó que un pronunciamiento administrativo de una entidad como Bienestar Familiar no puede desconocer la sentencia de un Tribunal y volver a concederle la custodia del menor a su abuela quien además desacató la orden de la sentencia en lo referente a hacer entrega del menor. Consideró el juez que, teniendo en cuenta la situación, durante el curso del proceso penal el menor debe permanecer bajo la custodia de su abuela.

j. Audiencia de imputación de cargos en la que la Fiscalía 113 Seccional de Caivas de la ciudad de Cali le imputa al accionante la comisión del delito acceso carnal abusivo con menor de 14 años consagrado en el artículo 208 del Código Penal, agravado por el numeral 5 del artículo 211 del mismo Código que se refiere a que la conducta haya sido cometida por un pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil; delito que se castiga con un mínimo de 16 años y un máximo de 30 años de pena privativa de la libertad. Ante dicha imputación, el señor X se declaró inocente. En esa misma audiencia la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento y el Juez de garantías la concedió.

k. Audiencia de formulación de acusación del 28 de febrero de 2011 en la que se le acusa de acceso carnal abusivo en menor de 14 años agravado por el numeral segundo del artículo 211 e incesto consagrado en el artículo 237 del Código Penal.

l. Audiencia preparatoria ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali de fecha 8 de abril de 2011, en la que tanto la Fiscalía como la defensa procedieron a descubrir los elementos materiales probatorios que se harían valer en el juicio.

La Fiscalía procedió a llamar como testigos a la abuela del menor, al menor y a todos los funcionarios de la Fiscalía y del Bienestar Familiar que han tenido contacto con el niño. Adujo además que haría valer como documentos el dictamen de Medicina Legal, el examen médico de Comfenalco y los registros civiles atinentes al menor y a su madre.

Por su parte, la defensa indicó que haría valer el incidente de desacato surtido ante el Juzgado Once de Familia Piloto de Oralidad dentro del proceso de acción de tutela en el que obró como accionante X y en el que se ordenó que la custodia del menor quedaría a cargo de su padre; el oficio suscrito por Diana Patricia Perlaza, profesional universitario II analista de personal de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía, en el que se da cuenta del cargo en el que se encuentra posesionada la doctora Jacqueline Muñoz Luna, que es el de profesional universitario y no el de psicóloga; la denuncia instaurada por X contra la señora Z por el delito de ejercicio ilegal de la custodia de hijo menor de edad, radicado 193 2010 80418; un ejemplar original del Diario Kiubo del 17 de diciembre de 2010; el oficio del 30 de julio de 2010 de la entidad Porvenir, en relación con el trámite pensional de la señora Y; la certificación expedida por la señora Mónica Herrera Arenas, Directora de Gestión Humana de la Clínica Versalles de la ciudad de Cali; los testimonios de Diego (quien se encontraba con el accionante y con el menor el día en que la abuela adujo que sucedieron los hechos), Estrella (compañera permanente del accionante quien puede dar fe de la relación entre éste y su hijo), Margarita, Rosalía y Bella Luna (personas que estaban presentes el día de la presunta ocurrencia de los hechos), y el testimonio del acusado X; como testigos expertos, los sicólogos Mark Bartch Garcés y Sonia Macías para que, con base en sus conocimientos analicen las pruebas psicológicas que se le han hecho al niño y determinen si las preguntas que se le han formulado han llevado a inducir sus respuestas; el testimonio de la señora Z y de la doctora Nora Constanza Tovar Castellanos defensora de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; y la declaración de Homero Bart Simpson, investigador privado.

Adujo la defensa que su teoría del caso se basaría en el conocido síndrome de alienación parental, teniendo en cuenta que la señora Z intentó por todos los medios retener al menor a su lado incluso desacatando órdenes judiciales que ordenaban la entrega del niño a su padre. Así mismo, se demostrará que existen intereses económicos por parte de la abuela del niño en lo que atañe a la pensión de la madre de éste último y la indemnización por el accidente en que ella murió.

m. Se recibió además en este despacho el cd que contiene la primera audiencia del juicio oral, en la que se interrogó al menor Y por parte de la Fiscalía ante el Juzgado 7 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali. Se deja constancia que la entrevista no se realiza en una sala lúdica apta para ese tipo de procedimientos. Se le pregunta al menor lo

siguiente:

“- ¿Cómo se llama tu papá?

X

- ¿Cuando tu papá te llevaba a su casa cuánto tiempo estabas con él?

Muchas horas

- ¿Qué hacía tu papá cuando tú estabas con él?

Nada

- ¿Cómo te trataba tu papá?

Bien

- ¿Pasaba algo con tu papá cuando tú estabas con él?

No

- ¿Te pasó algo con tu papá que no te gustara cuando tú estabas con él?

No”

Se procede a dibujar y el niño indica que quiere dibujar la casa de su papá, dice que la casa es chiquita que allá permanecían muchas horas, que la casa tiene una nevera y dos perros uno chiquito y uno grande uno se llama Y y el otro Felipe.

“¿Qué hacías con tu papá dentro de la casa?

Nada

¿A ti en el colegio te han enseñado sobre las partes del cuerpo?

No”

Le muestran una figura y dice que es un niño y empieza a señalar las partes del cuerpo,

señala los ojos, la nariz, la boca, el ombligo, el pipí y los pies.

“¿Esta figura se parece a ti?

Sí

Señala las partes de esta figura

El pelo, el rabo, los pies.

¿Hay algo que tu papá haya hecho contigo que a ti no te haya gustado?

No

¿Alguien te ha hecho daño en tu cuerpo?

Si, el papá, X

¿Qué te hizo?

Me izo así y así (el niño toca los genitales y el ano de la figura del niño).

Explícame qué fue lo que te hizo

No se

¿Con qué lo hizo?

Con el dedo

¿Fue por encima de la ropa?

Yo tenía ropa”

Se le muestran dos muñecos y él dice que uno es X y el otro Y, la psicóloga le dice que van a jugar con esos muñecos y le dice que se les puede quitar la ropa. El niño se ríe y señala la zona genital y el ano del muñeco y muestra que el papá le tocó esas dos partes.

“¿Con qué te hizo eso que tú me explicas?

Nada

¿Cuántas veces te lo hizo?

Muchas veces.

¿El mismo día o en varios días?"

El niño se torna inquieto por lo que se solicita una pausa.

"Y cuando esto te lo hizo... ¿quién?

El papá

X

¿Tú estabas acostado, parado, cómo estabas?

Acostado

¿Siempre era acostado?

Sí.

¿Y en qué parte de la casa estabas?

Yo no se.

¿Alguna vez sentiste que además de lo que te hizo con el dedo te hizo alguna otra cosa?

No se

¿Había más personas en la casa?

No

¿Tú le contaste a alguien lo que te pasó?

Sí

¿A quién?

No se”

El niño manifiesta que está cansado y que no quiere contestar más preguntas por lo que el defensor considera que es mejor suspender el interrogatorio y continuarlo otro día en una sala lúdica.

n. Fotocopia de un escrito enviado por el señor X a la Fiscalía 113 Seccional de Cali en el que, entre otros, indica lo siguiente:

“Considero que la señora Z ha tratado por todos los medios de arrebatarme a mi hijo Y, pues como expuse en precedencia, esta señora se ha metido por todos los medios para privarme de la patria potestad que ejerzo sobre mi hijo Y.

Es claro señor Fiscal que la señora Z tiene un interés meramente económico para quedarse con mi hijo Y, pues bien sabido es que mi descendiente se hace acreedor a una pensión que por derecho tiene por el deceso de su progenitora S. (...) Es tanto así que, a mis espaldas, la señora Z había iniciado reclamación ante PORVENIR y de no haber sido porque yo fui a averiguar a dicha entidad de pensiones, no me habría dado cuenta.

Considero igualmente que la señora Z me ha denunciado ante las autoridades penales con el fin de privarme de la patria potestad, y lo ha hecho de una manera ruin al inventarse que yo he abusado sexualmente de mi hijo y llegar hasta el punto de trabajar psicológicamente a mi hijo para que diga que accedí a sus partes íntimas.

Falta ser muy desviado para que la señora Z realice tal acto tan bajo de tramar una estrategia miserable de tales magnitudes, pues como sabe que legal y honestamente no puede quitarme al niño, se vale de esta calumnia y falsa denuncia para quedarse con mi hijo. A mi no me cabe en la cabeza, como se le puede ocurrir a esta señora que yo vaya a abusar sexualmente de mi hijo, pues yo a ese niño lo adoro con un amor de padre inmenso, y por lo tanto nunca haría tal depravación, pues es mi hijo de tan solo 4 años de edad.”

ñ. Copia de una declaración juramentada que rindió el accionante en el mes de septiembre del año 2010, es decir antes de ser denunciado penalmente, en la que deja constancia que pese a que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ordenó visitas todos los fines de

semana con su hijo, la señora Z ha imposibilitado en repetidas ocasiones que dichas visitas se lleven a cabo.

o. Copia de la denuncia penal interpuesta por el accionante contra la señora Z por ejercicio arbitrario de la custodia sobre el menor Y, en la que se indica que desde el 18 de octubre la mencionada señora no le volvió a dejar ver a su hijo, que no sabe nada de él y que no le reciben el dinero que debe aportar para el niño por lo que procederá a consignarlo en una cuenta del Estado para que ella lo reclame.

p. Copia de la sentencia del Juez Doce Penal Municipal de Cali del 5 de enero de 2011, juzgado que resolvió una acción de tutela interpuesta por la señora Z solicitando que se le volviera a atribuir la custodia del menor, teniendo en cuenta que la sentencia que resolvió en segunda instancia que la custodia sería ejercida por el padre, se expidió sin que el Tribunal tuviera conocimiento de la denuncia por abuso sexual en menor de 14 años en contra de éste último. El juzgado denegó la tutela por improcedente, teniendo en cuenta que el demandado no es una entidad del Estado ni es un particular frente al cual la accionante se encuentre en situación de subordinación; que el juez competente para dirimir este tipo de conflictos es el juez de familia y no el juez de tutela; que si es cierto que los hechos de abuso ocurrieron en octubre y la providencia del Tribunal que le dio la custodia al padre del menor se profirió en el mes de noviembre, la señora Z tuvo un mes para poner en conocimiento del juez de segunda instancia los hechos y no lo hizo, así como tampoco lo hizo ante el juez de primera instancia en sede del desacato. Consideró además que no hay evidencia de una situación de peligro en la que pueda estar el menor en manos de su señor padre.

q. Acción de tutela instaurada por la señora Z y dirigida a la Corte Suprema de Justicia solicitando que se deje sin efectos la sentencia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali por la que se le concedió la custodia del menor a su padre. En dicha tutela la señora Z afirma haber sido ella quien llevó al menor al médico el 19 de octubre.

r. Historia clínica completa del menor en la que se puede notar que se trata de un niño que frecuenta de manera recurrente al médico por diferentes causas, se indica además que el 19 de octubre fue llevado por su abuelo por un dolor en el ano ocasionado por una posible violación, sin embargo, el 22 del mismo mes y año lo llevaron nuevamente por presentar vómito y no mencionaron nada al respecto.

s. Documentos de la Defensoría de Familia y del Bienestar Familiar que demuestran que en repetidas ocasiones la señora Z se negó a hacer entrega del menor e incluso que lo mandó a una finca que ni ella sabe donde queda para mantenerlo alejado del accionante.

2.6. El Juzgado de conocimiento, Juzgado Séptimo Penal del Circuito aportó al expediente copia del Acta del interrogatorio que se le realizó al menor por parte de la psicóloga Elizabeth Echeverri. En sede de dicho interrogatorio el niño manifestó que vive con su abuela y el papito, que pasa muchas horas en la casa de su papá y que éste lo trata bien, que no pasaba nada cuando estaba con él. Cuando se le preguntó que si le pasó algo con el papá que no le gustara indicó que "NO". Posteriormente dijo que la casa del papá era chiquita y tenía una nevera y dos perros y que allí no hacían nada y no pasaba nada. Luego, con unos muñecos señaló las partes de un niño y de un adulto, indicando que con el dedo el papá le tocó sus genitales y el año y dijo que lo había hecho muchas veces en la casa del papá. En ese punto se suspendió la diligencia porque el menor estaba cansado y se ordenó su continuación el día 1 de julio de 2011.

2.7. El día 12 de septiembre del año en curso el accionante hizo llegar al despacho escrito en el que manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

"Mediante providencia proferida el 10 de noviembre de 2010 el Tribunal Superior de Cali Sala de Familia me concedió una acción de tutela en contra del ICBF y de la señora Z, ordenando a la anterior entregarme de manera definitiva a mi hijo Y. Pese a dicha orden judicial la señora Z no cumplió la orden de entregarme a mi hijo hasta que el Juzgado Once de Familia Piloto de oralidad de Cali, tras haber tramitado el respectivo incidente de desacato, resolvió sancionar a la señora Z con arresto de tres días y multa de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, mediante auto del 13 de diciembre de 2010. En dicho auto se resolvió además compulsar copias ante la Fiscalía General de la Nación por el delito de fraude a resolución judicial.

Considero que la señora Z ha tratado por todos los medios arrebatarme a mi hijo Y, esta señora se ha metido por todos los medios para privarme de la patria potestad que ejerzo sobre mi hijo Y. Es claro señor juez que la señora Z tiene un interés meramente económico para quedarse con mi hijo Y pues, bien sabido es que mi descendiente se hace acreedor a una pensión que por derecho tiene por el deceso de su progenitora S, pues en vida ella se

encontraba cotizando a Pensiones Porvenir.

Considero igualmente que la señora Z me ha denunciado ante las autoridades penales con el fin de privarme de la patria potestad y lo ha hecho de una manera ruin al inventarse que yo he abusado sexualmente de mi hijo Y y llegar hasta el punto de trabajar psicológicamente a mi hijo para que diga que accedí a sus partes íntimas. Falta ser muy desviado para que la señora Z realice tal acto tan bajo de tramar una estrategia miserable de tales magnitudes, pues como sabe que legal y honestamente no puede quitarme al niño se vale de esta calumnia y falsa denuncia para quedarse con mi hijo.

A mi no me cabe en la cabeza, como se le puede ocurrir a esta señora que yo vaya a abusar sexualmente de mi hijo, pues yo a ese niño lo adoro con un amor de padre inmenso y por lo tanto nunca haría tal depravación, pues es mi hijo de tan solo cuatro años de edad (...).”

2.8 Junto con el escrito anterior, el accionante aportó la Resolución número 006 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Valle, Centro Zonal Nororiental por la que la respectiva Defensora de Familia indicó que el 25 de octubre de 2010 se inició una investigación por presunto abuso sexual contra el menor Y por parte de su padre X.

Afirmó que el día 10 de noviembre del mismo año, la Fiscalía 113 de CAIVAS solicitó que se realizara una entrevista al niño precitado y ésta fue realizada por la doctora Leidy Tatiana Tobar. El 11 de noviembre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali envió copia de la decisión adoptada en sede de tutela en la que se dispuso el derecho fundamental del niño a vivir bajo el cuidado de su padre y el derecho de éste a ejercer la custodia sobre aquél. Sin embargo, teniendo en cuenta el proceso penal contra el accionante y su actual reclusión, la Defensora de Familia decidió no acatar el mencionado fallo de tutela por imposible cumplimiento hasta tanto se dirimiera la actuación penal. La anterior decisión se le informó al Tribunal el día 25 de noviembre.

Se indica que posteriormente, el 9 de diciembre de 2011 se recibió de parte del Juzgado Once de Familia Piloto de Oralidad, la notificación del inicio del incidente de desacato por lo que la Defensoría de Familia citó a las partes el 14 de diciembre para dar cumplimiento al fallo de tutela, es decir, para que ese día la señora Z entregara el niño a su papá. Con este fin, el día programado el equipo de la Defensoría y la policía de infancia y adolescencia se presentaron en la vivienda de la señora pero ésta se encontraba cerrada y nadie abrió la

puerta. Ocurrido lo anterior se hacen varios intentos sin obtener resultados y finalmente, el 27 de diciembre logra ubicarse a la señora y se le indica que tiene como última fecha para hacer entrega del menor el 30 de diciembre de 2010.

Llegada la fecha anterior, comparecieron todas las partes, incluido el menor, pero fue imposible realizar su entrega por cuanto en el momento de la diligencia el señor X fue detenido por orden de la Fiscalía 113 de CAIVAS, por lo que se decidió dejar al menor en custodia de su abuela de manera provisional.

La decisión adoptada por el Juzgado Once Piloto de Oralidad pasó a consulta a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali, instancia que modificó la sanción por desacato en 30 días de prisión tanto para la señora Z como para la Defensora de Familia. Sin embargo, ante lo anterior la señora Z interpuso acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia y ésta le fue concedida por lo que se revocó la sanción interpuesta.

El día 12 de enero del año 2011 la defensa del accionante solicitó que se protegiera al menor de la manipulación psicológica y del síndrome de alienación parental del que está siendo víctima por parte de sus familiares maternos, y en consecuencia resguardar al niño en un hogar sustituto del ICBF.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y las diferentes pruebas que recibió, la Defensoría de Familia procede a reiterar que la decisión tomada en segunda instancia por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali sigue en firme y debe dársele cumplimiento. De esta manera, se ordena nuevamente que se haga entrega del menor Y a su padre quien es la persona que tiene derecho a tener la custodia del menor, pero se aclara que mientras se decide su situación penal el niño tendrá que seguir bajo el cuidado de su abuela ya que no se considera pertinente entregar al niño a un hogar sustituto.

2.9. Los demás elementos probatorios solicitados no fueron aportados al proceso.

IV. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la Acción de Tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución

Política.

El expediente fue seleccionado para su revisión el día 14 de octubre de 2010 por la Sala de Selección número Diez.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1 El accionante sostuvo una relación sentimental con la señora S con quien tuvo a su hijo Y, actualmente de 4 años de edad, sin embargo, el peticionario y la mencionada señora se divorciaron y decidieron de común acuerdo que la custodia del niño quedaría a cargo de la madre y que el padre podía visitarlo cuando a bien tuviera.

El 07 de abril de 2010 la señora S falleció en un accidente de tránsito por lo que el accionante procedió a recoger a su hijo quien se encontraba en casa de sus abuelos maternos dado que allí vivía con su madre, pero la señora Z, abuela materna del menor, le expresó que la pérdida de su hija le había causado un dolor muy grande y que por favor le dejara al niño por un tiempo mientras ella se reponía anímicamente. El señor X accedió a dejarle el niño por unos días más y durante ese lapso de tiempo la señora Z, solicitó ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que se le otorgara la custodia y cuidado personal del menor Y.

La Defensoría Quinta de Familia de Cali mediante resolución 580 de mayo de 2010 decidió entregar de manera provisional la custodia y cuidado personal del menor a su abuela materna con base en la estabilidad emocional del niño, pese a que su padre expresó sus deseos de tenerlo consigo y manifestó encontrarse en una situación económica estable y tener un hogar constituido.

Por lo anterior, el peticionario solicitó mediante acción de tutela que se declarara la nulidad de la resolución 580 de la Defensoría Quinta de Familia de Cali, mediante la que se le otorgó de manera transitoria la custodia y cuidado personal del menor Y a la señora Z, y la misma le fuera otorgada a él como padre del niño que es. La accionada se defendió indicando que la razón principal para entregarle la custodia a la abuela materna fue el hecho de que mientras el menor vivió con su madre, vivían en casa de los abuelos maternos, de manera que el niño estaba acostumbrado a vivir con ellos y tenía vínculos afectivos muy fuertes con su abuela.

El Juez constitucional de primera instancia consideró que la entidad accionada brindó todas las garantías constitucionales y legales durante el trámite administrativo para la custodia de Y, e indicó que al entregar la custodia del menor a su abuela materna no se vulneró ningún derecho al niño sino todo lo contrario, se le garantizó su estabilidad emocional. Por último afirmó que el padre del niño debía luchar por su custodia ante la jurisdicción de familia y negó la tutela impetrada por el accionante.

En segunda instancia, en cambio, se consideró que efectivamente en la resolución 580 proferida por la Defensoría Quinta de Familia hubo errores y se violó la ley. En primer lugar, la accionada invocó las facultades que le concede el decreto 2737 de 1989 sin tener en cuenta que dicho estatuto quedó derogado por el artículo 217 del Código de Infancia y Adolescencia; en segundo lugar, se asumió que el interés de la abuela para tener al niño, en contra de la voluntad del padre, admitía una conciliación; y, finalmente, otorgó la custodia del menor a su abuela materna, sin consideración ni motivación alguna y con base únicamente en el fracaso del intento conciliatorio.

Por otra parte, se indicó que el derecho de los padres a tener la custodia de sus hijos es un derecho fundamental, de hecho, todo Estado debe velar porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en aras del interés superior del niño. Consideró el juez de segunda instancia que en primer lugar le corresponde a los padres la custodia de sus hijos tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional.

Por las razones anteriores, entre otras, el ad quem decidió tutelar los derechos del accionante por lo que revocó la sentencia de primera instancia, ordenó que el niño Y debe vivir bajo la custodia de su padre y dejó sin efectos la resolución 580 del 4 de mayo de 2010 proferida por la Defensoría Quinta de Familia de Cali.

La revisión del presente proceso fue insistida por el Defensor del Pueblo a petición de la señora Z, principalmente porque existe un proceso penal por abuso sexual contra el

accionante. Efectivamente, el señor se encuentra privado de la libertad desde el 30 de diciembre de 2010 ya que la señora Z lo denunció indicando que éste había violado a Y. El proceso penal está en curso y la parte demandada asegura que dichas acusaciones no son ciertas y que el fin de las mismas ha sido que la custodia del niño le sea entregada a su abuela quien además está interesada en la indemnización que le corresponde al menor por la muerte de su madre.

2.2. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el problema jurídico a resolver es si la Defensoría Sexta de Familia del ICBF de Cali vulneró los derechos fundamentales a la familia, a la patria potestad y al debido proceso del accionante, al otorgarle la custodia provisional de su hijo Y a su abuela materna y no a él tras la muerte de la madre del menor. Para resolver dicho problema se desarrollarán los siguientes temas: i. Normatividad nacional e internacional referente a los derechos de los niños. Carácter superior y prevalente de los derechos e intereses de los menores de edad. Reiteración de jurisprudencia; ii. El interés superior del menor: criterios jurídicos para determinarlo; iii. La custodia y cuidado personal del menor y la procedibilidad de la acción de tutela; iv. La patria potestad. Alcance, características y elementos esenciales. La patria potestad como instrumento jurídico de protección del menor; v. Omisión de restitución de la custodia de un menor. Derechos constitucionales afectados; vi. La idoneidad del grupo familiar; vii. Análisis del caso concreto.

i. Normatividad nacional e internacional referente a los derechos de los niños. Carácter superior y prevalente de los derechos e intereses de los menores de edad. Reiteración de jurisprudencia

1. La jurisprudencia constitucional ha hecho esfuerzos significativos para sistematizar los estándares normativos, nacionales e internacionales frente a los cuales se ha comprometido el Estado colombiano, en relación con el alcance y contenido de los principios de protección especial a la niñez y promoción del interés superior y prevalente del niño².

Así, de acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección

constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna.

2. Esta protección especial de la niñez y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral se encuentra consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia. Entre ellos, reitera la Corte, en primer lugar la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, establece que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”; en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación; e igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

3. En lo que tiene que ver con el conjunto de normas que regulan las relaciones familiares y todos los temas referentes a los menores de edad actualmente en el Estado colombiano, debemos mencionar tanto el Código de la Infancia y la Adolescencia como el Código Civil colombiano.

De este modo, el primero de estos estatutos consagra en su artículo séptimo la protección integral de los niños, niñas y adolescentes como su reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. A su vez, el artículo octavo indica 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 Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, de donde se desprende que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, deben prevalecer sus derechos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

Más adelante, el artículo 18 establece que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Así mismo, el artículo 20 indica que los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos contra la explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona; cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren; contra la violación y cualquier otra conducta que atente contra su libertad, integridad y formación sexual; contra la tortura y toda clase de tratos crueles, inhumanos, humillantes y degradantes; contra cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos; entre muchos otros.

Por su parte, el artículo 22 consagra el derecho que tienen los niños y los adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, se establece allí que los niños, las niñas y los

adolescentes sólo podrán ser separados de su familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos y que en ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación. Además. El artículo 23 es claro al decir que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.

En lo que tiene que ver con las obligaciones que tiene el Estado para proteger los derechos de los menores y con las medidas de restablecimiento de los mismos, consagra el Código de la Infancia y la Adolescencia que el Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, por lo que, debe garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación y asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados. Así, el artículo 50 indica que se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados. Dicho restablecimiento es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales. Para llevarlo a cabo, la autoridad competente tomará medidas tales como la ubicación inmediata en medio familiar cuando éste ofrezca las condiciones para garantizar el ejercicio de sus derechos.

4. Por su parte, el Código Civil establece en su artículo 62 que las personas incapaces deben ser representadas en primer lugar por sus padres, quienes ejercen conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de edad y a falta de uno de ellos la representación legal será ejercida por el otro.

El artículo 135 establece que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos y el 158 indica que la patria

potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone, y que corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos, teniendo en cuenta que a falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

5. Así mismo, esta Corporación ha buscado caracterizar el concepto del interés superior del menor y su naturaleza prevaleciente. Por ejemplo, desde la sentencia T-514 de 1998 la Corte explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”. En esta sentencia, al igual que en la sentencia T-979 de 2001, la Corte explicó que “(...) el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

En relación con la aplicación concreta del interés superior del niño y su carácter prevaleciente, la Corte indicó en la sentencia T-510 de 2003 que la determinación se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto: “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

Lo anterior permite concluir que, de conformidad con la Constitución, la ley, los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional, los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás, razón por la cual se ofrecen garantías y beneficios que

protegen su proceso de formación y desarrollo. Igualmente, que al adquirir los menores el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, la satisfacción de ese deber, se constituye en el objetivo primario de toda actuación -particular u oficial- que les concierna.

ii. El interés superior del menor: criterios jurídicos para determinarlo

En la mencionada sentencia T-510 de 2003, la Corte planteó unos criterios generales iniciales para orientar a los operadores jurídicos en la determinación del interés superior en cada caso concreto. Dijo la Corte en esa ocasión:

“para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas -las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados-, como (ii) jurídicas -los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-”.

La determinación de estos criterios partió del reconocimiento de que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés. Al mismo tiempo, la definición de esos criterios, surgió ante la necesidad de recordar los deberes constitucionales y legales que tienen las autoridades en relación con la preservación del bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes, que requieren de su protección, los cuales obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.

A partir de lo anterior, en la sentencia T-397 de 2004, esta Corporación concretó la regla jurisprudencial según la cual:

“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 profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”

De conformidad con la regla precitada, en la misma sentencia, esta Corporación redefinió los criterios jurídicos generales a los que debe acudir, para adoptar cualquier decisión en casos como el presente: (1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado³. La aplicación de estos criterios, en el caso bajo examen, se realizará cuando se analice el caso concreto.

iii. La custodia y cuidado personal del menor y la procedibilidad de la acción de tutela

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 Superior, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario en cuanto sólo procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto, en la sentencia C-543 de 1992, la Corte afirmó lo siguiente:

“(…) no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a

remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales (...)."

"la tutela no converge con las vías judiciales ordinarias previstas por el legislador y, por tanto, para el interesado no es discrecional escoger entre aquellas y el amparo constitucional. Los medios ordinarios serán la vía principal y directa para la discusión del derecho y la acción de tutela sólo operará como mecanismo subsidiario y excepcional para la protección inmediata de las garantías constitucionales fundamentales que no tengan otro medio de resguardo, en la forma y casos previstos en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2951 de 1991"⁴.

Bajo ese entendido, la acción de tutela no puede ser utilizada como un mecanismo judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la Ley para la defensa de los derechos, toda vez que con ella no se pretende suplantar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se profieran⁵.

Empero, cabe mencionar que, en relación con tales medios de defensa judiciales, el artículo 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala que su existencia "será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante". Es decir, que el juez constitucional debe evaluar, en cada caso particular, si el otro mecanismo de defensa judicial existente podría llegar a brindar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado, o si, por el contrario, se trata de una vía formal cuyos objetivos y resultados finales, dada la prolongación del proceso, resultan tardíos para garantizar la idoneidad de la protección judicial y la intangibilidad de los derechos afectados⁶.

De otro lado y sin perjuicio de lo anterior, el citado decreto⁷ señala que en los casos en los que el mecanismo de defensa no sea eficaz para proteger el derecho amenazado o vulnerado, la tutela puede ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe ser acreditado por el accionante y verificado por el juez de tutela.

Así mismo, aún existiendo un medio de defensa judicial, si se demuestra que el mismo no es eficaz para obtener la protección del derecho, el actor podrá solicitar la tutela como mecanismo transitorio para conjurar la consumación de un perjuicio irremediable.

2. Tal y como fue mencionado en el primer acápite de la presente providencia, el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.”

La Corte ha concluido, en principio, que la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos.⁸

A los jueces de familia corresponde conocer, en única instancia, de los asuntos relacionados con la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores, mediante el proceso verbal sumario.

Sin embargo, en los casos en que se advierta (i) la falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, o (ii) que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad física o psicológica, la acción de tutela resulta procedente de manera excepcional.⁹

Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela para procurar la restitución de la custodia, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, es lógico concluir que la restitución de la custodia de un menor al

padre a quien el juez competente le asignó ese derecho, puede ser protegido por vía de tutela excepcionalmente cuando el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor y, también cuando se afecta de manera cierta, directa y grave el derecho a la estabilidad y a la unidad familiar del niño, pues es razonable entender que, en algunos casos, la retención irregular del menor puede producir el rompimiento de los lazos entre padres y el desarrollo pleno y armonioso de las relaciones familiares, lo cual no sólo puede ser más gravoso con el paso del tiempo sino que puede producir consecuencias irreparables para el bienestar emocional del menor”.¹⁰

De esta forma, el diseño funcional dirigido a la protección de los derechos constitucionales logra conciliar, de un lado, la vigencia del principio de separación de jurisdicciones, según el cual a cada jurisdicción le corresponde resolver los conflictos que resultan afines con su especialidad (Título VIII de la Constitución) y, de otro lado, el principio de eficacia de los derechos fundamentales que exige la intervención judicial urgente e inmediata del juez constitucional como el instrumento más adecuado para garantizar la aplicación efectiva de la Constitución como norma de superior jerarquía.

3. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º, literal d, del Decreto 2272 de 1989, a los jueces de familia corresponde conocer, en única instancia, de los asuntos relacionados con la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores. Por disposición del artículo 435, numeral 5º, del Código de Procedimiento Civil, las controversias que se susciten entre padres respecto de la patria potestad y los litigios respecto del cuidado de los menores debe tramitarse mediante el proceso verbal sumario.

Eso significa que el juez de familia no sólo tiene competencia para definir la custodia de un menor cuyos padres no han podido llegar a un acuerdo de voluntades, sino también para exigir el cumplimiento de las decisiones judiciales que señalaron a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño, pues en las dos situaciones, de todas maneras, se encuentra involucrado el interés superior del menor. En otras palabras, es evidente que en los casos en los que una decisión judicial hubiere dispuesto la custodia de los menores a cargo de uno de

los padres y el otro lo retiene en forma contraria al acuerdo de voluntades o disconforme con lo señalado en sentencia judicial que lo regula, dicho conflicto debe ser resuelto por el juez de familia en el curso de un proceso verbal sumario. De ahí que, en principio, no procede la acción de tutela¹¹.

No obstante lo anterior, si en el caso concreto se evidencia que el menor se encuentra en situación de riesgo que permite deducir que el proceso verbal sumario no resulta idóneo para proteger sus derechos fundamentales o las condiciones en las que se encuentra el niño podrían conducir a la concreción de un perjuicio grave e inminente que requiere la intervención inmediata del juez de tutela, éste deberá entrar a resolver el asunto de manera transitoria.

iv. La patria potestad. Alcance, características y elementos esenciales. La patria potestad como instrumento jurídico de protección del menor

1. Tal y como se estableció en la sentencia C - 145 de 2010, la Constitución Política de 1991, consciente de la importancia que representa la familia en la vida social, le otorga a la misma un tratamiento y reconocimiento especial, materializado en un nivel amplio de protección para la propia institución y para sus integrantes. Inicialmente, la Carta le atribuye a la familia la dimensión de núcleo esencial de la sociedad, y eleva a la categoría de principio fundamental el amparo que debe brindarse a la misma por parte del Estado y la sociedad (C.P. arts. 5 y 42). En plena concordancia con ello, adoptó un concepto amplio de familia, en el sentido de reconocer como tal, no solo la originada en el matrimonio, sino también la conformada por vínculos naturales, esto es, la que surge de la voluntad responsable de constituirla, a la cual le otorga la misma protección e iguales derechos y deberes que los consagrados para la primera (C.P. art. 42, inc. 1°). Sobre este particular, la Corte ha destacado que las distintas formas de conformar la familia “no implica discriminación alguna: significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia”¹².

Ahora bien, tal y como lo ha resaltado este Tribunal, la familia, además de constituirse en el eje central de la sociedad y sujeto de protección por parte del Estado, por expreso mandato constitucional, es a su vez un derecho fundamental de los niños y niñas que hace parte del principio de protección especial del menor, reconocido por la propia Constitución Política y los

tratados internacionales de derechos humanos.

2. Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 44 de la Constitución consagra la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndole tal responsabilidad, en su orden, a la familia, a la sociedad y al Estado, quienes participan de forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos. En lo que corresponde al Estado, a éste, a través de la ley, le compete adoptar las medidas pertinentes y necesarias para que dichos fines puedan ser eficazmente cumplidos, así como también crear los mecanismos adecuados al logro de tales propósitos.

Tratándose de la familia, ésta es la llamada a actuar preferentemente en la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, a través de las obligaciones que les han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico vigente. Concretamente, sin desconocer la responsabilidad que le pueda asistir a las demás personas que habitualmente concurren a la comunidad familiar, en el propósito de hacer efectiva la protección y la asistencia a los menores, “su realización se encuentra sujeta a una distribución de la misma, constituyéndose los respectivos progenitores en los principales encargados de su cumplimiento, a través del ejercicio de la patria potestad¹³”.

La Corte, a través de distintos pronunciamientos¹⁴, ha sostenido que uno de los instrumentos a los que ha recurrido el Estado para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor, es precisamente la institución de la patria potestad, figura que encuentra un claro fundamento en el inciso 8° del artículo 42 de la Carta, el cual le impone a la pareja el deber de sostener y educar a los hijos mientras sean menores, y que es plenamente desarrollada en los artículos 288 a 315 del Código Civil.

De conformidad con lo previsto en el artículo 288 del mencionado Código, modificado por la Ley 75 de 1968, artículo 19, “la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

Al respecto, es necesario precisar que, en su versión original, el artículo 288 del Código Civil había consagrado el antiguo concepto de patria potestad, adoptado por las codificaciones de los países europeos en el siglo XIX, que consistía en el reconocimiento que la ley hacía de los derechos del padre sobre sus hijos no emancipados, restringiendo al varón la facultad de

representar judicial y extrajudicialmente a los hijos y administrar sus bienes. Posteriormente, con la expedición de la Ley 153 de 1887, se reformó la institución, en el sentido de permitirle a la madre ejercer la patria potestad, pero sólo ante la falta o ausencia del padre. Finalmente, a través de la Ley 75 de 1968 y el Decreto-Ley 2820 de 1974, el legislador vino a terminar con la forma de discriminación inicialmente planteada, modificando el alcance de la institución, y situando en cabeza de ambos padres el conjunto de derechos sobre sus hijos para facilitar el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

1. Sobre la institución de la patria potestad, también conocida como potestad parental, esta Corporación ha hecho importantes precisiones, acorde con las disposiciones que regulan la materia. Inicialmente, de acuerdo con las reformas introducidas al Código Civil, la Corte definió la patria potestad, como el conjunto de derechos y facultades que la ley atribuye al padre y a la madre sobre la persona y bienes de los hijos, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su condición les impone, es decir, para garantizar respecto de los hijos su protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Se ha precisado al respecto, que la patria potestad “hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo”¹⁵.

Se trata, entonces, de una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

De acuerdo con la ley, la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, es decir, que sólo puede ser ejercida por el padre y la madre, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos,

incluyendo los adoptivos. En decisión reciente, la Corte explicó que los derechos y facultades derivados de la patria potestad, únicamente se conceden a los padres, en razón a las importantes y trascendentales obligaciones e ellos asignada, de manera que la institución existe, porque hay numerosos deberes que los mismos están llamados a asumir frente a los hijos¹⁶. A este respecto, la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro.

Es necesario aclarar, sin embargo, que los derechos derivados de la patria potestad no quedan enteramente a la voluntad y disposición de sus titulares, en razón a que no son reconocidos en favor de los sujetos a quienes se les confieren -los padres-, sino en favor de los intereses de los hijos menores, para que, a través de ellos, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre el que se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Así entendido, las facultades derivadas de la patria potestad, no constituyen, en realidad, un derecho subjetivo en cabeza de los padres, sino que se trata de derechos concedidos a favor del menor, razón por la cual, su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado, puede derivar en sanciones para el progenitor.

Por tales motivos, la Corte ha precisado que la patria potestad es una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

4. Como ya se mencionó, de acuerdo con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los niños y niñas son considerados sujetos de especial protección, mandato que se manifiesta, entre otros aspectos, en el carácter fundamental, independiente y prevalente que se reconoce a sus derechos, buscando con ello asegurarles un proceso de formación y desarrollo integral, en condiciones óptimas y adecuadas. Al logro de tales objetivos, como directamente responsables, se vincula a los respectivos progenitores, a través de las figuras de la autoridad paterna y materna y del ejercicio de la patria potestad, institución esta última que, para tales efectos, se constituye en “un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar el cual debe brindarle cuidado, amor, educación, cultura y en

general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental”. No sobra recordar que la familia, como institución básica de la sociedad, juega un papel primordial en la protección del menor, al punto que constituye un derecho fundamental de los niños.

v. Omisión de restitución de la custodia de un menor. Derechos constitucionales afectados

1. Como ya se ha reiterado, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido prolija en sostener que la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, exigen un trato preferente, especial y prioritario de los derechos de los niños. Para ello, el Estado, la sociedad y la familia no sólo deben proteger los derechos individuales del menor, esto es, aquellos que repercuten con su esfera particular, tales como la intimidad, la salud, la vida, la expresión; sino también están obligados a salvaguardar los derechos de su entorno social de tal forma que el niño pueda desenvolverse en comunidad y prepararse para un futuro en sociedad. En esta última faceta, también resulta fundamental el apoyo de la familia, pues además de que se trata de la institución básica de la sociedad (artículo 5º de la Constitución), constituye el punto de partida para la asistencia y protección del niño (artículos 42 y 44 de la Carta), de ahí que para salvaguardar los intereses del niño es necesario proteger la integridad familiar y propiciar la tranquilidad y concordia entre padres e hijos.

De hecho, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, establece:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe

contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

En el mismo sentido, el artículo 2º de la Resolución 41 de 1986, que contiene la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dispuso que “[e]l bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.

2. Atendiendo a lo expuesto, el actual Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), dispuso como finalidad principal de la regulación “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.

Por la trascendencia de la familia en la vida del menor, la jurisprudencia constitucional ha sostenido reiteradamente que el derecho a tener una familia tiene el rango ius fundamental y puede ser protegido por vía de tutela¹⁷. Así, la Corte dijo que la protección del derecho fundamental a tener una familia constituye:

“una condición para la realización de los restantes derechos fundamentales del niño. Lo anterior, no sólo porque los lazos de afecto y solidaridad que suelen constituir dicha institución favorecen el desarrollo integral de una persona, sino porque la propia Constitución y la ley le imponen a la mencionada institución la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor a fin de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos.

“En este sentido, puede afirmarse que la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer

sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”¹⁸

3. De este modo, es claro que tanto las normas internacionales como la Constitución, la ley y la jurisprudencia nacional establecen con claridad la especial protección que para el menor tiene la estabilidad familiar y el carácter de interés superior que implica el cuidado y protección de los niños. No obstante, lo dicho no significa que el Estado o la sociedad pueden imponer a los padres la obligación de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo para proteger la familia del menor, pues es evidente que el concepto de hogar puede conformarse bien sea por la decisión libre y voluntaria de un hombre y una mujer de conformarla (artículo 42 de la Carta) o cuando se integra con uno de los padres y el hijo. Por consiguiente, en aquellos casos, como el que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, los padres del niño se encuentran separados, la familia del niño está conformada por el hogar de su madre y, al mismo tiempo, por el hogar de su padre.

Precisamente para definir la estabilidad familiar del menor, a falta de acuerdo entre los padres, corresponde a las autoridades de familia competentes (administrativas y judiciales) analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar. Entonces, es lógico sostener que, una vez definida judicialmente la tenencia del niño, en aras de garantizar su bienestar y estabilidad familiar, los padres deben respetar la decisión judicial y atenerse a los parámetros fijados por quien está investido por el Estado de autoridad para definir la mejor situación del niño. De ahí que, por regla general, los padres en controversia no pueden retener la custodia de un menor que no ha sido expresamente autorizada por el juez o por el Defensor de Familia, puesto que, como lo dijo la Sala Cuarta de Revisión en anterior oportunidad refiriéndose a la retención ilícita de menores en el

extranjero, “el traslado o la retención de un menor son ilícitos cuando se producen en violación de los derechos de custodia atribuidos a una persona, a una institución o a cualquier otra entidad. Así, el traslado ilícito ocurre cuando el menor es llevado a través de una frontera internacional sin permiso de quienes tienen los derechos de custodia, y la retención ilícita tiene lugar cuando el menor es mantenido en otro país más allá de un período acordado, como por ejemplo un período de vacaciones o de visita”¹⁹

No obstante lo anterior, ante el caso de un traslado o una retención ilegítima del menor por parte de uno de sus padres, o de otro familiar a falta de uno de ellos, su restitución debe ser analizada por el juez de familia competente con la plenitud de las formas propias del juicio verbal sumario, de tal forma que se garantice el derecho de defensa del padre que no es titular del derecho de custodia y, en especial, se protejan los intereses superiores del niño.

4. En este orden de ideas, es lógico concluir que la restitución de la custodia de un menor al padre a quien el juez competente le asignó ese derecho, puede ser protegido por vía de tutela excepcionalmente cuando el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor y, también cuando se afecta de manera cierta, directa y grave el derecho a la estabilidad y a la unidad familiar del niño, pues es razonable entender que, en algunos casos, la retención irregular del menor puede producir el rompimiento de los lazos entre padres y el desarrollo pleno y armonioso de las relaciones familiares, lo cual no sólo puede ser más gravoso con el paso del tiempo sino que puede producir consecuencias irreparables para el bienestar emocional del menor.

vi. La idoneidad del grupo familiar

El artículo 42 de la Carta en relación con la familia dispone que se conforma “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” La jurisprudencia constitucional se señaló que este concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo:

“De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente

de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial.”

En tal sentido, recientemente el Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 200920, al momento de determinar la existencia de perjuicios morales, indicó lo siguiente:

“la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esta perspectiva, es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se reitera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales”. 21

El derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, según la jurisprudencia constitucional, se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución. Esta regla ha sido reconocida por el derecho internacional público²² y el Código de la Infancia y la Adolescencia la consagra a su vez en su art. 22, como ya se señaló.

La preservación de la unidad familiar, para la jurisprudencia constitucional, presenta una dimensión iusfundamentalista, amparable en sede de tutela:

“Un análisis de la preceptiva en cuestión lleva necesariamente a concluir, como lo hace esta

Corte, que los mandatos constitucionales relativos a la familia consagran de manera directa y determinante el derecho inalienable de los niños -aún los de padres separados- a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores.

La Corte no vacila en calificar de fundamental este derecho, aplicando la expresa referencia del artículo 44 de la Carta Política”.²³

La Corte ha precisado que la familia es una condición necesaria para la satisfacción de la mayoría de los derechos fundamentales de los menores, lo cual no impide que en determinadas circunstancias se deban aplicar medidas de protección que separen al menor de su núcleo familiar. Sin embargo, una medida tan drástica no puede obedecer exclusivamente a condiciones de pobreza o meramente económicas de la familia, deben existir motivos adicionales de suficiente peso porque de lo contrario se estaría imponiendo una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia.²⁴

En consecuencia, las medidas que tengan como resultado separar a un menor de su familia biológica únicamente son procedentes cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor y que la aptitud de un determinado grupo familiar se determina atendiendo cuidadosamente a las circunstancias particulares de cada caso y aplicando, entre otros, los criterios que a continuación se presentan:

1) Existen hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, dada su gravedad; tal es el caso de (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (ii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños:

“serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

2) Existen circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones. En esta segunda categoría se incluyen todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres.

3) Existen circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentado ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar).

Para la Corte, “ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros

hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño”.²⁵

También ha sido enfática la Corte en señalar que la actuación del Estado no puede estar únicamente dirigida a la imposición de medidas de restablecimiento, sino que debe, también prioritariamente, dirigir su accionar para la puesta en marcha de medidas que faciliten a los padres el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales. Así lo ha sostenido la Corporación:

“En todo caso, la acción estatal no puede encaminarse exclusivamente hacia la implementación de medidas de restablecimiento de derechos (ubicación del menor en centros de emergencia, hogares de paso, adopción, etc.), en tanto que mecanismos legítimos y necesarios dirigidos a proteger los derechos de los niños frente a peligros o amenazas verdaderamente reales contra sus derechos fundamentales, sino que igualmente, y de manera prioritaria, debe encausar su accionar, presupuestal y burocrático, hacia la puesta en marcha de medidas que, como se ha señalado, les faciliten a los padres poder cumplir con sus deberes constitucionales y legales en relación con la prole, y al mismo tiempo, suplir las necesidades económicas del núcleo familiar (vr. Programas de madres comunitarias, jardines del ICBF, etc.).

En suma, la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva iusfundamental del derecho, demanda del Estado un deber general de abstención (prohibición de puesta en marcha de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños), en tanto que desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar medidas positivas (programas sociales), dirigidas a mantenerla y preservarla. De tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social consistente en que miles de familias colombianas, en especial en los casos en que las madres son las únicas que deben velar por aquéllas, no cuentan con los recursos económicos suficientes para escolarizar tempranamente a los niños más pequeños, razón por la cual éstos quedan, en el mejor de los casos, a cargo de algún

pariente”.²⁶

Desde esta perspectiva, las medidas estatales que impliquen la separación del niño de su familia, deben ser entendidas como excepcionales y su aplicación exige el sometimiento a los principios de graduación y racionalidad. Al respecto, 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 familia²⁷; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada.²⁸ Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención.²⁹ 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”.³⁰

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente a las amplias facultades que poseen las autoridades para tomar decisiones en relación con lo que mejor conviene a los menores, sostuvo que:

“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 padres³¹. 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 menor³². 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)”.³³

vii. Análisis del caso concreto

Previo a resolver en detalle el caso, es preciso aclarar que dicha resolución se llevará a cabo en dos partes distintas teniendo en cuenta que, por una parte debe darse solución al problema jurídico inicial y por otra, deben tenerse en cuenta también algunos hechos ocurridos con posterioridad al recibo del expediente por parte de este despacho. Por tal razón, esta Sala procederá en primer lugar a tener en cuenta los hechos posteriores para

luego retomar el caso de manera completa y dar solución al problema jurídico inicialmente planteado.

1. Desde el momento en el que el expediente llegó al despacho, éste se encargó de desplegar una intensa actividad probatoria con el fin de establecer la situación que realmente se estaba presentando frente al menor Y y su entorno familiar. Lo primero que logró determinarse es que el accionante se encuentra privado de la libertad desde el 30 de diciembre del año 2010 y que desde ese entonces no ha vuelto a ver a su hijo, pese a que su detención corresponde a una medida de aseguramiento y no a una condena por sentencia judicial, por lo que la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada.

Por otra parte, debe reiterarse que el fallo de tutela en segunda instancia, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali el 10 de noviembre de 2010 ha estado en firme desde entonces y hasta que esta Corporación tome una decisión definitiva. Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena notar que desde el día en que fue proferido dicho fallo no ha sido posible darle cumplimiento pese a que se han hecho todos los esfuerzos posibles, incluso el respectivo incidente de desacato. De hecho, así lo expresó la Defensoría de Familia en su última resolución, mediante la cual explicó las razones por las cuales no ha podido dar cumplimiento al fallo e indicó que la custodia del menor en cuestión es de su padre, X pero que provisionalmente, y mientras éste recupera su libertad, el menor debe permanecer bajo el cuidado de su abuela materna.

Durante este período de tiempo ha venido adelantándose el proceso penal por abuso sexual en menor de 14 años contra el aquí accionante, proceso que a la fecha se encuentra en etapa de juicio, pero del que ya esta Sala conoce la totalidad del material probatorio que se pretende hacer valer por cada una de las partes. Al respecto, vale la pena mencionar que mientras la parte demandante alega que el señor X accedió carnalmente a su hijo de cuatro años de edad, el señor en mención afirma ser un padre de familia amoroso e interesado en cuidar de su hijo ya que la madre del mismo ha fallecido, y que quien lo denuncia tiene intereses económicos sobre el niño ya que éste es acreedor de la pensión de su madre, razón por la cual lo ha manipulado psicológicamente con el fin de que éste diga en el juicio que su padre ha abusado de él.

2. Resulta importante mencionar además que, con base en el material probatorio obrante en

el expediente, es posible determinar que desde el momento en que la madre del niño Y falleció, la señora Z ha tratado por todos los medios de obtener la custodia de su nieto. En un primer momento, bajo el argumento de que el niño había vivido desde su nacimiento con ella y estaba acostumbrado a vivir en ese entorno familiar, posteriormente denunció al padre del menor por abuso sexual en menor de edad e incluso ha interpuesto varias acciones de tutela buscando que se declare que es ella quien debe tener la custodia definitiva del menor Y, por considerar que su padre no es la persona idónea para encargarse del mismo, pese a que ya existe un fallo de tutela en firme que le otorga la custodia del niño a su señor padre.

3. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se retoma entonces el problema jurídico inicial, es decir, si la Defensoría Sexta de Familia del ICBF de Cali vulneró los derechos fundamentales a la familia, a la patria potestad y al debido proceso del accionante, al otorgarle la custodia provisional de su hijo Y a su abuela materna y no al padre tras la muerte de la madre del menor.

En la parte considerativa de la presente providencia se desarrollaron diferentes temas importantes y que deben tenerse en cuenta para resolver el problema planteado. En primer lugar, se hizo un recuento de la normatividad nacional e internacional que protege los derechos de los menores de edad y que indica que éstos tienen un carácter superior y prevalente dentro del ordenamiento jurídico colombiano; se indicó además que en el país prima aquello que se conoce como el interés superior del menor, con el fin de que ante cualquier evento en el que esté involucrado un niño o un adolescente, las decisiones que hayan de tomarse deben siempre tener en cuenta de manera preferente aquello que resultaría más favorable para el menor. Por otra parte, se analizó el tema de la custodia y cuidado personal de los niños y adolescentes y la posibilidad de recurrir a la acción de tutela para protegerlos en casos en los que existe disputa frente a la misma, así como el tema de la patria potestad, su alcance, características y elementos esenciales. Por último, se hizo referencia a la omisión de restitución de la custodia de un menor y a la idoneidad del grupo familiar según los derechos de los niños. Todo lo anterior, con el fin de establecer que los derechos de los niños y de los adolescentes deben protegerse por encima de cualquier otro derecho y en todas las situaciones en las que se vean amenazados o vulnerados.

4. De este modo, lo primero que se analiza es si la Defensoría Sexta de Familia de Cali estaba facultada o no para proponer que se llevara a cabo una diligencia de conciliación entre el

aquí accionante y la señora Z, abuela del menor, con el fin de establecer quién tendría la custodia de Y.

Al respecto, según el numeral 8 del artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia, le corresponde al defensor de familia promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente. De esta manera, la Defensora Sexta de Familia de Cali estaba plenamente facultada para llamar a conciliar a quienes se disputaban la custodia del menor.

Sin embargo, ante la conciliación fallida ¿era posible a la entidad demandada entregar la custodia del niño a su abuela materna y no a su padre biológico?. Sobre el punto debe mencionarse que, para el momento en el cual la madre de Y falleció, el accionante tenía los medios económicos para hacerse cargo de su hijo, así como un núcleo familiar constituido con su compañera permanente que estaba en estado de embarazo, de lo que puede deducirse que en ese momento nada impedía que la custodia del niño le fuera entregada a su padre y no a su abuela materna.

De esta manera, se puede inferir que al momento de tal decisión, la Defensoría Sexta de Familia de Cali sí vulneró los derechos del accionante al no concederle la custodia de su hijo, teniendo en cuenta que tenía derecho a ella y que contaba con los medios económicos y afectivos para brindarle estabilidad y un hogar constituido.

5. Sin embargo, tal como se mencionó en párrafos anteriores, hechos posteriores a la diligencia de conciliación modificaron la situación del accionante, lo cual hace imposible que actualmente pueda entregársele la custodia provisional de su hijo, principalmente porque en este momento se encuentra privado de la libertad por causa del proceso penal contra él, en el cual se investiga si cometió o no el delito de abuso sexual en menor de 14 años.

El mencionado proceso penal se encuentra aún en etapa de juicio y es en él donde deben valorarse las pruebas que tanto la Fiscalía como el indiciado hicieron llegar a esta Corte.

6. En esas condiciones, aún pendiente la definición de la situación penal del señor X y teniendo en cuenta que aún está en curso el proceso de custodia en el Juzgado Tercero de Familia de Cali, que es el juez competente al respecto, no le es posible a esta Corporación

definir si la custodia definitiva del menor debe entregársele a su abuela o a su padre biológico.

7. De acuerdo con la anterior conclusión y en consideración a que los hechos que dieron origen a la providencia del 10 de noviembre del año 2010 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali cambiaron, esta Sala de Revisión considera que la misma perdió eficacia y, en consecuencia, la decisión referente a la custodia definitiva del niño deberá someterse a lo que la jurisdicción de familia determine. Debe aclararse además que, en sede de tutela, el Tribunal podía tomar medidas provisionales a efectos de proteger los derechos del menor pero no decidir de manera definitiva sobre su custodia pretermitiendo la instancia judicial competente.

8. Ahora, en aras de proteger los derechos del niño y a pesar de haber dejado sin efectos la decisión del 10 de noviembre del año 2010 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali, la Corte considera necesario reconocerle efectos a la Resolución número 006 de la Defensoría Sexta de Familia de Cali, mencionada en el punto 2.8 de esta providencia, únicamente en cuanto a la tenencia provisional del menor en cabeza de la señora Z hasta tanto se resuelva la situación penal del accionante y hasta que la jurisdicción de familia se pronuncie sobre la custodia definitiva del mismo.

9. Por las razones anteriores esta Sala procederá a dejar sin efectos la decisión proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali por haber excedido sus competencias. Sin embargo, se protegerán en todo caso los derechos del accionante en cuanto a que no se ha tomado una decisión definitiva sobre la custodia de su hijo, y se acogerán las medidas tomadas en la última resolución proferida por la Defensoría Sexta de Familia de la ciudad de Cali únicamente en lo referente a la tenencia del menor en cabeza de su abuela materna mientras se define la situación penal del accionante y mientras la jurisdicción de familia toma una decisión definitiva. Así mismo, se ordenará la suspensión del proceso que cursa en el Juzgado Tercero de Familia de Cali hasta tanto haya sentencia definitiva en el proceso penal que cursa en contra del aquí accionante y se ordenará al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali notificar su decisión al mencionado Juzgado de Familia. Por último, con base en los artículos 52 y 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Nororiental de Cali que mantenga una estricta vigilancia con respecto al menor y a su entorno familiar en casa de su abuela

materna, con el fin de que éste se encuentre tranquilo y la influencia que reciba en contra de su padre sea la mínima posible.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos contenida en Auto de fecha veintinueve (29) de junio de 2011, proferido por la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación.

Tercero.- TUTELAR los derechos del accionante en el entendido de que no existe una decisión definitiva referente a la custodia del menor por lo que, desde este momento y hasta tanto se resuelva la situación penal del señor X y el Juzgado Tercero de Familia se pronuncia de manera definitiva sobre la custodia, el menor Y debe permanecer bajo el cuidado de su abuela materna.

Cuarto.- ORDENAR al Juzgado Tercero de Familia de Cali suspender el proceso de custodia en el que las partes son el señor X y la señora Z, hasta tanto se haya resuelto el proceso penal que cursa contra el primero.

Quinto.- ORDENAR al Juzgado Séptimo Penal del circuito de Cali notificar la decisión que se tome frente al caso del señor X al Juzgado Tercero de Familia de Cali.

Sexto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Nororiental de Cali que mantenga una estricta vigilancia con respecto al menor y a su entorno familiar en casa de su abuela materna.

Séptimo.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Nororiental de Cali establecer una estrategia mediante la cual se garanticen las condiciones necesarias para el restablecimiento de los derechos de Y, brindando la asesoría necesaria para fomentar factores protectores que fortalezcan la dinámica familiar y permitan establecer alertas sobre situaciones que pongan en riesgo la integridad física o psicológica del menor. Todo lo anterior, hasta tanto se defina la situación penal del accionante y la jurisdicción de familia

tome una decisión definitiva sobre la custodia del menor Y.

Octavo.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Nororiental de Cali enviar quincenalmente al juez de primera instancia los informes sobre los resultados obtenidos de la estrategia y las alertas mencionadas en el numeral anterior, hasta tanto se defina la situación penal del accionante y la jurisdicción de familia tome una decisión definitiva sobre la custodia del menor Y.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Este tipo de decisiones han sido tomadas en varias ocasiones por esta Corporación en aquellos casos donde se advierte que un menor puede terminar afectado en alguno de sus derechos fundamentales por el hecho mismo de la publicación de la información que se ventila dentro del trámite de la acción de tutela, lo cual sugiere la necesidad de la reserva. Ver, entre otras, las sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996; SU-337 de 1999, T-941 de 1999, T-1390 de 2000, T-510 de 2003, T-639 de 2006, T-794 de 2007, T-900 de 2007, T-302 de 2008 y T-912 de 2008.

2 Al respecto ver la sentencia T-397 de 2004.

3 Para consultar en detalle el contenido y origen normativo de estos criterios, ver los párrafos

4.1.1 - 4.1.5 de la sentencia T-397 de 2004.

4 Sentencia T-510 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

5 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 del 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-280 del 20 de abril de 2009 y T-565 del 6 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

6 Ver entre otras sentencias, la T-03/92, T-057/99, T-815/00, T-021/05.

7 Artículo 6 numeral 1.

8 Sentencia T-024 de 2009, MP. Rodrigo Escobar Gil.

9 Sentencia T-914 de 2007, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 Ibídem.

11 Ibidem.

12 C-595 de 1996.

13 Sentencia T-182 de 1999.

14 Sobre el tema, se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-531 de 1992, T-041 de 1996 y C-997 de 2004.

15 Sentencia C-1003 de 2007.

16 Cft. la Sentencia C-1003 de 2007.

17 Entre muchas otras pueden verse las sentencias T-529 de 1992, T-531 de 1992, T-217 de 1994, T-290 de 1995, T-587 de 1998, T-715 de 1999, T-357 de 2002 y T-891 de 2003.

18 Sentencia T-587 de 1998

19 Sentencia T-891 de 2003.

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, MP. Enrique Gil Botero, Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Citada en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

21 Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

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

24 Sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

25 *Ibíd.*

26 Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

27 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Buchberger contra Austria; T and K contra Finlandia; Elsholz contra Alemania; Bronda contra Italia; Johansen contra Noruega. Ver Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20

December 2001, para. 35; Eur. Court H.R., Case of T and K v. Finland, Judgment of 12 July 2001, para. 151; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 43; Eur. Court H.R., Case of Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 51; y Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, para. 52.

28 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Ahmut contra los Países Bajos; Gül contra Suiza; Berrehab contra los Países Bajos. Ver Eur. Court H.R., Case of Ahmut v. the Netherlands, Judgment of 27 November 1996, Reports 1996-VI, para. 60; Eur. Court H.R., Case of Gül v. Switzerland, Judgment of 19 February 1996, Reports 1996-I, para. 32; y Eur. Court H.R., Case of Berrehab v. the Netherlands, Judgment of 21 June 1988, Series A no. 138, para. 21.

29 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Buchberger contra Austria; Elsholz contra Alemania; Bronda contra Italy; y Johansen contra Noruega. Ver, inter alia, Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 November 2001, para. 35; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 43; Eur. Court H.R., Case Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 51; y Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para 52.

30 Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

31 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Buchberger contra Austria; Elsholz contra Alemania; Johansen contra Noruega; y Olsson contra Suecia (no. 2). Ver, inter alia, Eur. Court. H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 November 2001, para. 40; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 50; Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para 78; y Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden (no. 2), Judgment of 27 November 1992, Series A no. 250, para. 90.

32 Citado en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte

Europea de Derechos Humanos sostuvo esta tesis en los siguientes casos: Buchberger contra Austria; Scozzari and Giunta contra Italia; Elsholz contra Alemania; y of Johansen contra Noruega. Ver Eur. Court. H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001, para. 40; Eur. Court H.R., Case of Scozzari and Giunta v. Italy, Judgment of 11 July 2000, para. 169; y Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 50; y Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, para. 78.

33 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. Citada en la Sentencia T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).