

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado ponente

STC16106-2018

Radicación n.º 54518-22-08-001-2018-00031-01

(Aprobado en sesión de cinco de diciembre de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Corte la impugnación formulada respecto a la sentencia proferida el 18 de octubre de 2018 por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en la tutela incoada por Javier Alejandro Cárdenas Yañez, obrando en representación de su menor hija XXXX contra el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de la misma ciudad, trámite al cual se vinculó a la Comisaría de Familia y la Defensoría del Centro Zonal del ICBF, ambas de la mencionada localidad, la Procuraduría Delegada para asuntos de Familia de Norte de Santander y la señora MEMM, con ocasión del asunto de custodia y cuidado personal impulsado por el aquí actor frente a la prenombrada señora.

1. ANTECEDENTES

1. El promotor suplica la protección de los derechos fundamentales de los niños, libertad de expresión y libre desarrollo de la personalidad, presuntamente lesionados a su menor hija XXXX, por la autoridad convocada.

2. Del intrincado escrito genitor, se extrae en síntesis, lo siguiente:

El 5 de octubre de 2017, la juez accionada profirió sentencia otorgando la custodia de XXXX a su progenitora, desconociendo que para aquella época, la Fiscalía Segunda CAVIF de Cúcuta había formulado contra ésta imputación por el delito de violencia intrafamiliar agravado, por agravar física y psicológicamente a la niña.

Indica que la juzgadora no tuvo en cuenta que en diferentes valoraciones psicológicas que se practicaron a la menor, ésta manifestó su voluntad de vivir al lado de su padre, al ser víctima de agresiones permanentes por parte de la madre y sus abuelos maternos.

Afirma que el 8 de noviembre de 2017, llegaron a su residencia funcionarios del despacho querellado y de la comisaría de familia adscrita al mismo, con el fin de efectuar la diligencia de entrega de la niña; sin embargo, ésta no se pudo llevar a cabo por cuanto XXXX “*se aferró*” a él “*mostrándose renuente a cualquier contacto con su madre*”.

Relata que el 21 de enero de 2018, en visita acordada con la madre de la niña, aquella le causó lesiones físicas a ésta, generándole una incapacidad de 5 días, conforme al dictamen de medicina legal. Frente a esa circunstancia, aperturó otra investigación penal por violencia intrafamiliar, con ocasión del cual, el 6 de febrero siguiente se le otorgó medida de protección a la menor.

El 12 de febrero de 2018 la Comisaría de Familia de Pamplona inició proceso de restablecimiento de derechos a favor de la infante, ordenando su ubicación provisional en la familia extensa Suárez Cárdenas, decisión no convalidada en sede de consulta por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Barbosa, quien dispuso efectuar la entrega inmediata de la menor a su progenitora.

Dando cumplimiento a dicha orden, el 3 de agosto de este año, la Comisaría de Familia junto con su equipo disciplinario y la personera municipal acudieron a la residencia del quejoso, oportunidad en la que XXXX, nuevamente, manifestó “*que no quiere volver con su madre ya que ésta la agredía*”, razón por la cual se reprogramó la diligencia para el 25 de septiembre, data en la que tampoco se materializó, por la inasistencia de la señora MEMM y su apoderado.

3. Implora, en concreto, se ordene al despacho querellado, revocar la orden de entrega de XXXX a su

madre, y en su lugar, atender a la voluntad de aquélla de quedarse con su padre.

1.1. Respuesta del accionado y vinculados

1. La juez confutada defendió su proceder aduciendo que el aquí tutelante ha desplegado una serie de acciones penales y constitucionales para evitar el cumplimiento del fallo en el que le otorgó la custodia de XXXX a su madre; determinación a la que llegó luego de valorar el dictamen forense que examinó los rasgos de personalidad de los progenitores en contienda.

Agregó que la diligencia de entrega de la niña a su mamá, programada para el 3 de octubre pasado, fue suspendida atendiendo al concepto de los organismos convocados a la misma, quienes advirtieron acerca de posibles riesgos para la integridad física y emocional de XXXX.

Indicó que respecto a la denuncia penal que adelantó el aquí gestor contra la señora MMEM por el delito de violencia intrafamiliar, en el expediente sólo obra copia de la audiencia de formulación de imputación, razón por la cual, hasta tanto no se profiera sentencia, declarando a ésta, autora material de dicha conducta punible, no puede presumirse su culpabilidad (fls. 103 a 106, cdno 1).

2. La Comisaría de Familia de Pamplona, indicó que dentro del proceso administrativo de restablecimiento de

derechos de XXXX, el 5 de junio de 2018 se llevó a cabo la audiencia de pruebas y fallo, en donde se concluyó que a ésta se le habían vulnerado sus derechos fundamentales (fls. 117 a 119, cdno. 1).

3. La Dirección Seccional de Fiscalías de Norte de Santander - Fiscalía Segunda CAVIF, relató la actuación surtida en esa instancia, señalando que aún no se ha practicado la formulación de acusación en contra de la señora MEMM, de manera que los elementos materiales probatorios permanecen en reserva (fl. 225, cdno. 2).

4. La Fiscal Primera Local de Pamplona, señaló que adelanta investigación en contra de MEMM por el punible de violencia intrafamiliar -siendo víctima XXXX- en concurso con el delito de lesiones personales causadas al aquí tutelante, por los hechos ocurridos el 21 de enero de 2018, actuación en la cual se programó audiencia para la formulación de imputación en el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías, para el 22 de octubre pasado (fl. 225, cdno. 2).

5. MEMM, manifestó que al interior del proceso de custodia que cursó ante el despacho accionado, se demostró que ni ella ni sus padres han consumado actos de violencia física en contra de XXXX, por cuanto de la valoración psicológica efectuada a la menor por parte del Instituto de Medicina Legal de Cúcuta, se concluyó que respecto de ésta “(...) *no se evidencian signos, ni síntomas*

psicológicos sugerentes de daño como consecuencias de las agresiones denunciadas (...)”.

Afirma que la intención del progenitor es valerse de acusaciones falsas en su contra y manipulación hacia la niña, para evitar a toda costa el restablecimiento del vínculo materno filial.

Alegó que contrario a lo señalado por el quejoso, las lesiones causadas a XXXX en los hechos ocurridos el 21 de enero de 2018, le fueron propinadas por su tío paterno, situación que malintencionadamente aprovechó el accionante para calumniarla.

Aseveró que ha sido víctima de violencia física y actos de intimidación psicológica por parte de Javier Alejandro Cárdenas Yañez, a quien en la evaluación clínico forense de medicina legal le identificaron como hallazgos “(...) rasgos de personalidad predominante[mente] narcisistas y paranoides [que guardan] correspondencia (...) con los hechos asociados al conflicto familiar y de custodia (...)” (fls.293 a 309, cdno. 2).

6. La Procuraduría 11 Judicial II para la Defensa de la Infancia, la Adolescencia y la Familia solicitó su desvinculación al no incurrir con su acción u omisión en vulneración de los derechos de la menor involucrada (fls. 424 y 425, cdno. 2).

7. La Defensora del Centro Zonal de Pamplona del ICBF, señaló que en seis ocasiones ha actuado mancomunadamente con otras autoridades para la entrega voluntaria de la niña sin obtener resultados, pues dicho procedimiento no se puede adelantar:

“(...) de manera arbitraria, sino que debe propender por generar un espacio idóneo en el cual la niña (...) acepte vivir con su señora madre y no realizarlo simplemente como cumplimiento de una orden judicial, pues está[n] de por medio los derechos de la niña los cuales los padres no han propendido por ponderar, sino [que] ellos se encuentran en una batalla entre ellos y de por medio se encuentra la niña (...)”.

Pidió declarar improcedente el auxilio por temeridad, al existir otro ruego con identidad de objeto, causa y partes (fls. 415 a 419, cdno. 2).

8. La Personera del Municipio de Pamplona, manifestó que concurrió a la diligencia de entrega programada para el 3 de octubre hogaño, oportunidad en la cual, el médico tratante que acompañó el procedimiento indicó que XXXX presentaba un cuadro de taquicardia probablemente producido por los episodios de ansiedad que le genera el conflicto entre sus progenitores, recomendando su valoración por psiquiatría pediátrica; así mismo, el equipo psicosocial refirió afectaciones emocionales en la niña, todo lo cual conllevó a la juez a ordenar la suspensión de la actuación (415 a 422, cdno 2.).

1.2. La sentencia impugnada

Negó la protección, tras echar de menos el requisito de subsidiariedad pues

“(...) atendiendo a que la sentencia de custodia no hace tránsito a cosa juzgada por cuanto puede ser modificada por situaciones posteriores que lo ameriten en virtud de la protección especial del niño, el accionante cuenta con el proceso ordinario de custodia y cuidados personales ante los juzgados de familia quienes cuentan con equipo interdisciplinario que permite abordar la situación de hecho desde diferentes dimensiones en aras de encontrar entre lo posible, las mejores condiciones para la eficacia y garantía de los derechos del menor, en especial en su faceta de contradicción y defensa, y de la posibilidad de adoptar medidas preventivas que busquen la protección del niño(a) (...)” (fls. 438 a 444, cdno 2.).

1.3. La impugnación

La formuló el accionante reiterando los argumentos expuestos en el escrito genitor, e indicando:

“(...) no se puede desconocer que los derechos de la niña se han visto vulnerados por la juzgadora de familia, con las diligencias para materializar de manera caprichosa en contra de [su] voluntad (...) y su temor a la progenitora el cumplimiento del fallo de 5 de octubre de 2017, desconociendo dos procesos penales que se adelantan en contra de (...) quien se le otorgó la custodia (...)”.

Enfatizó, además, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que *“(...) la opinión de los niños debe ser respetada y tomada en cuenta en los procesos que los afecten (...)”* (fls. 459 a 463, cdno. 2.).

2. CONSIDERACIONES

1. De entrada se advierte la temeridad del actor, quien concurrió a esta jurisdicción en pasada ocasión alegando una situación similar a la actual.

La Corte ha desestimado la protección impetrada en ruegos como el presente, si

“(...) la demanda versa sobre los mismos hechos y derechos que fueron materia de debate en [una] anterior tutela, (...) [esto es, cuando se establece] (...) que no ha habido sucesos distintos que justifiquen la proposición de [una] reciente demanda de amparo constitucional, ya que, insístese, si bien los textos no son iguales, los hechos y derechos de esta acción son también idénticos de la anterior (...). Precisamente para evitar este tipo de abusos, el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 dispuso: ‘cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes’ (...)”¹.

Se observa que mediante sentencia de 31 de octubre de 2017, expediente N° 2017-0097, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona denegó el auxilio reclamado por el querellante frente al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esa ciudad, donde, al igual que ahora, pidió dejar sin efectos el fallo de 15 de octubre de 2017, y en su lugar, atender a la voluntad de su hija de permanecer a su lado. En dicha providencia el mencionado colegiado estimó razonable la decisión del despacho accionado, de otorgar la custodia de la menor a su progenitora.

¹ CSJ. STC de 13 de febrero de 2013, exp. 00168-00; reiterada el 20 de marzo de 2013, 680122130002012-00517-01.

Impugnado el citado fallo constitucional, fue confirmado por esta Corte en providencia adiada el 15 de diciembre de 2017, por cuanto

“(...) [l]as conclusiones [a las que arriba la juzgadora] son producto de motivaciones que no pueden calificarse de irrazonables, pues se fundaron en una legítima interpretación de la normatividad y en una valoración de los medios de prueba, circunstancias que, a juicio de la autoridad judicial encausada, era imperante definir en la progenitora la custodia y cuidado personal de la menor, puesto que no evidenció mejor manera de restablecer los vínculos afectivos que en la relación madre-hija estaban quebrantados y advertido que aquella dificultad no se presentaba con el padre, pronunciamientos que efectuó en defensa de los intereses de la infante (...)”².

2. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que el asunto involucra un sujeto de especial protección, la Sala estudiará la queja, anotando que aun cuando le asiste razón al tribunal *a quo*, en que el actor tiene la posibilidad de adelantar otro proceso de custodia y cuidado personal para poner en conocimiento las nuevas circunstancias fácticas que rodean el caso; se obviará el agotamiento del presupuesto de subsidiariedad, por cuanto el presunto estado de vulneración en que se halla la menor en cuestión, justifica la intervención inmediata de la justicia constitucional.

3. Precisado lo antelado, el problema jurídico que analizará la Corte consiste en establecer si se vulneran los derechos fundamentales de la niña XXXX, toda vez que el juzgado accionado no ha hecho efectivo el cumplimiento

² CSJ, STC 21589 -2017

del fallo mediante el cual otorgó la custodia y cuidado personal de ésta a la madre; ello, por cuanto, de un lado, en la actualidad se adelantan investigaciones penales en contra de la progenitora por el presunto delito de violencia intrafamiliar, las cuales, recientemente, han motivado una serie de medidas de protección emitidas por diferentes autoridades penales y administrativas que, con miras a restaurar las prerrogativas de la menor, suspenden la ejecución de la referida sentencia; y, por el otro, atendiendo al hecho de que la voluntad de XXXX es permanecer bajo el cuidado de su padre.

4. Según la información que obra en el expediente, tres medidas de protección se han dispuesto en favor de la niña XXXX de 10 años de edad, con posterioridad al fallo del proceso de custodia, dos de ellas retrasando el cumplimiento de la entrega y una suspendiéndolo.

En punto a las dos primeras, se observa la estipulada en audiencia de 12 de junio de 2018 por la Comisaría de Familia de Pamplona, en la cual declaró vulneradas las garantías de XXXX, disponiendo su ubicación en un hogar sustituto; determinación no homologada por la Juez Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona, quién a través de providencia de 24 de julio del mismo año, en su lugar, conminó a la referida entidad a desplegar las labores necesarias para concretar la entrega de XXXX a su mamá.

En dicha decisión, se describió la conducta temeraria del aquí promotor al impulsar una serie de acciones legales encaminadas a obstaculizar el cumplimiento del referido fallo.

Adicionalmente, se adujo:

“(...) MACE, desde su nacimiento permaneció al lado de los padres inicialmente y luego de la madre. Se entregó la custodia y cuidado personal a uno de ellos por hechos violentos hacia la menor por los abuelos maternos, según se lee (fl.595), a quienes se les decretó en la audiencia penal de imputación como medida el no acercarse a la niña, y en cuanto a la progenitora MMEM, no se le impuso; entonces no son ciertos los argumentos del padre que la violencia a su hija fue reiterativa el día 21 de enero (...)”.

“(...) Los derechos de la menor MACE a la salud, educación, están siendo vulnerados por el padre que ha omitido cumplir con el fallo judicial actuando contrario al interés superior de su hija, aunado a los hechos bochornosos que lo comprometen cuando la madre, procurando que sea acatada la orden judicial, la expone a maltrato no solo físico, sino emocionalmente, por lo que desde ya este Despacho no homologará lo resuelto en audiencia de pruebas y fallo del 12 de junio de 2018 (sic) (...)”.

En segundo lugar, se halla la medida conferida con ocasión de la investigación con radicado N° 2017-00023, que cursa en la Fiscalía Segunda Cavif de la Dirección Nacional de Fiscalías de Norte de Santander, por la denuncia incoada por el aquí actor en contra de la progenitora de XXXX, por el presunto delito de violencia intrafamiliar; consistente en orden de alejamiento, únicamente, respecto de sus abuelos maternos.

Finalmente, la derivada de la causa N° 2018-473 adelantada por la Fiscalía Primera Local de Pamplona, también iniciada por el actor en contra de su excompañera por el mismo ilícito; en la cual por auto de 22 de octubre de 2018, emitido por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías y Conocimiento de esa urbe, se negó la solicitud de alejamiento de la progenitora, formulada por el instructor; determinación revocada por el Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad, quien en su lugar, dispuso “(...) *como medida preventiva de restricción a MMEM, acercarse a su hija XXXX, hasta tanto la juez de familia que concedió la custodia, revise nuevamente el caso atendiendo a los nuevos hechos elucidados (...)*” (fl. 11 cdno. de la Corte). (fls. 4 y 5 cdno. de la Corte)

5. De entrada ha de señalarse la concesión del amparo al advertir una ostensible vulneración a los derechos de la niña XXXX, por cuanto la juez accionada, no desplegó las acciones necesarias tendientes a garantizar la tutela judicial efectiva de los mismos, como a continuación se pasa a explicar.

5.1. De las pruebas adosadas a esta tramitación, se advierte que tal como lo señaló la juzgadora querellada en escrito allegado a esta Corporación, la no materialización efectiva del fallo de 5 de octubre de 2017, es consecuencia directa del comportamiento “*temerario*” del aquí promotor quien inconforme con el otorgamiento de la custodia de su hija a la progenitora, y valiéndose de sus conocimientos

como profesional del derecho, ha desplegado una serie injustificada de acciones judiciales de toda índole, tendientes a involucrar a distintas autoridades para torpedear el recto cumplimiento de la función pública de la administración de justicia.

5.2. Ahora, al margen de ese proceder indebido del señor Cárdenas Yañez, que eventualmente puede constituir una falta grave a su ética profesional como abogado, y respecto del cual la juez, al evidenciar dicha situación, pudo tomar medidas en uso de sus poderes correccionales; lo realmente cuestionable, es que teniendo conocimiento de los antecedentes del caso, la funcionaria jugara un papel manifiestamente pasivo para hacer cumplir la providencia judicial por ella emitida.

Si la juez negó la custodia y el cuidado personal de XXXX a su padre, considerando que éste venía ejerciendo alienación parental respecto de la niña, al despertarle una hostilidad injustificada y alimentarle un temor infundado hacia su madre, por supuestos hechos de violencia intrafamiliar que fueron desmentidos al interior del proceso y respecto de los cuáles, conforme al estado de las investigaciones penales en curso, aún se presume la inocencia de ésta; ese convencimiento, era motivo suficiente para que la funcionaria desplegara las acciones necesarias en aras de materializar el cumplimiento de su sentencia; no obstante, se limitó a acudir a las diligencias de entrega y asentir en que, por distintas circunstancias, la misma no podía practicarse.

Con relación al deber del juez de hacer cumplir sus providencias, el alto tribunal constitucional ha señalado:

“(...) Cumplir con las providencias judiciales es un imperativo del Estado Social y Democrático de Derecho. El derecho a acceder a la justicia implica, para ser real y efectivo, al menos tres obligaciones, a saber: (i) la obligación de no hacer del Estado (deber de respeto del derecho), en el sentido de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización y de evitar tomar medidas discriminatorias respecto de este acceso; (ii) la obligación de hacer del Estado (deber de protección del derecho), en el sentido de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho; y (iii) la obligación de hacer del Estado (deber de realización del derecho), en el sentido de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo su goce”.

“(...) El acceso a la justicia no se agota en la posibilidad de acudir ante la administración de justicia para plantear un problema jurídico, ni en su resolución, sino que implica, también, que “se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados”. Dada la relevancia del cumplimiento de las providencias judiciales para el derecho fundamental de acceder a la justicia, en algunas oportunidades este tribunal lo ha amparado, de manera excepcional, por medio de la acción de tutela, “bajo el entendido de que la administración de justicia, además de expresarse en el respeto a las garantías establecidas en el desarrollo de un proceso, se manifiesta en el hecho de que las decisiones que se tomen dentro del mismo tengan eficacia en el mundo jurídico y que la providencia que pone fin al proceso produzca todos los efectos a los que está destinada”.

“(...) Además de afectar el acceso a la justicia, incumplir las providencias judiciales desconoce la prevalencia del orden constitucional y la realización de los fines del Estado, vulnera los principios de confianza legítima, de buena fe, de seguridad jurídica y de cosa juzgada, porque da al traste con la convicción legítima y justificada de una persona que, al acudir

ante la administración de justicia, espera una decisión conforme al derecho que sea acatada por las autoridades o por los particulares a quienes les corresponda hacerlo”.

“(…) La administración de justicia y, de manera especial, el juez que dictó la providencia judicial, no pueden ser indiferentes o ajenos a su cumplimiento. Este cumplimiento puede y, si es del caso debe, efectuarse aún en contra de la voluntad de quien está llamado a ello, por medios coercitivos (…)”³.

Esa falta de determinación del funcionario judicial para hacer cumplir sus proveídos, vulnera el derecho a la *tutela judicial efectiva* no sólo de la madre involucrada en el asunto sino también de la menor a quién aún hoy no se le ha garantizado el restablecimiento de la relación materno filial que se le resguardó en la sentencia dictada el 5 de octubre de 2017.

Sobre la anotada prerrogativa, esta Corporación ha precisado:

“(…) La tutela judicial no es una simple declaración formal, al Juez, como director del proceso y garante de la ley y de la Constitución, para la consolidación del derecho material, le compete velar por el acatamiento real de la sentencia y controlar las tentativas del fraude a la resolución judicial impartida, por cuanto, de nada sirve el reconocimiento de un derecho, si el funcionario no impulsó su ejecución o no se compromete con el cumplimiento de la respectiva decisión, cuando se halla ejecutoriada o en firme, o cuando mediada por el efecto devolutivo es llamada a obedecerla (…)”⁴.

6. Nuevamente, la Corte rechaza tajantemente cualquier forma de violencia hacia los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de especial protección, así

³ Corte Constitucional, Sentencia C-367-14.

⁴ CSJ, STC, Rad. 2016-308.

como también hacia las mujeres al tratarse de un sector de la sociedad históricamente discriminada.

6.1. El comportamiento manipulador de los padres hacia los hijos, corresponde a un tipo de violencia de género en donde la víctima no es solo el menor involucrado, sino también el progenitor que se ve injustamente vilipendiado por el excompañero transgresor.

En el *subjúdice*, se observa que al obstaculizar el cumplimiento de la referida sentencia de custodia y reforzar en XXXX una imagen negativa de su mamá, Cárdenas Yáñez ha violentado psicológicamente a ambas, impidiéndoles restablecer su vínculo materno filial; comportamiento propio de un hombre machista⁵ que asentado en su supuesta “*superioridad como jefe de familia*” vulnera la dignidad de su propia hija y la de su excompañera, e incluso, desconoce lo ordenado por una autoridad judicial.

En este punto, vale la pena referir lo anotado recientemente por esta Corporación, en donde precisó que la violencia hacia la mujer no solo puede ser ejercida por el cónyuge sino también por su excompañero:

“(...) Así las cosas, esta Corte censura todo tipo de violencia de género y reivindica los derechos de las mujeres, como

⁵ Téngase en cuenta que en la evaluación psicológica practicada a Cárdenas Yáñez, al interior del proceso de familia por la profesional de medicina legal, se identificaron como hallazgos “(...) rasgos de personalidad predominante[mente] narcisistas y paranoides [que guardan] correspondencia (...) con los hechos asociados al conflicto familiar y de custodia (...)”.

*grupo social históricamente discriminado. Desde esta perspectiva, ha de precisarse que cuando una mujer es víctima de una relación abusiva, independientemente de que se trate de su cónyuge o excompañero, quien a través del empleo de la fuerza física, actos de hostigamiento, acoso e intimidación, la mancilla en su dignidad e integridad física y moral; ha de ser amparada por la sociedad y el Estado, y más aún, por parte de los jueces, como garantes en el restablecimiento de sus derechos (...)*⁶ (Énfasis fuera de texto).

6.2. En este contexto, ha de señalarse que si bien, tanto la normatividad nacional como los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad⁷, imponen que en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta⁸; dicho imperativo no puede ser aplicable en forma absoluta, en los casos en que razonadamente se sospeche la presunta ocurrencia de un estado de alienación parental, pues resulta claro que en dicho evento, la voluntad del menor se halla determinada por el padre controlador.

Desde luego, ello debe ser sometido a una rigurosa valoración probatoria que permita al juez llegar al pleno convencimiento sobre la imposibilidad del infante de

⁶ CSJ, STC, Rad. 2018-00245-01.

⁷ El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, dispone: “(...) 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

⁸ Artículo 26, Código de Infancia y Adolescencia.

emitir libremente su opinión, sin perjuicio de la garantía al debido proceso tanto de éste como de sus progenitores.

6.3. En punto a los hechos de violencia intrafamiliar presuntamente perpetrados por la señora MMEM en contra de su hija XXXX, se observa que conforme a la valoración probatoria que realizó la juez aquí accionada al interior del proceso de custodia, esas acusaciones fueron desmentidas.

De otro lado, el estado actual de las denuncias penales impetradas por el aquí tutelante en contra de la madre de la menor, obligan a aplicar a favor de ésta la presunción de inocencia, de manera que hasta tanto no se emita sentencia condenatoria en su contra, y atendiendo a los antecedentes particulares del caso, no puede impedírsele a la progenitora el acercamiento hacia su hija.

Ahora bien, al examinar los elementos probatorios adosados al plenario, se advierte que la señora MMEM, admite que en alguna ocasión si abofeteó a XXXX y la gritó con el ánimo de disciplinar su comportamiento, infiriendo que por tratarse de un hecho aislado y de ninguna gravedad en la integridad física de la menor, ello no la convierte en autora del delito de violencia intrafamiliar.

Al respecto, la Corte ha de puntualizar que si bien los padres gozan de un poder correctivo hacia sus hijos, el propósito fundamental de esa potestad es y debe ser la

educación del niño, niña o adolescente; es decir, contribuir positivamente a su desarrollo como ser humano, lo cual excluye, de plano, el acudir a cualquier tipo de maltrato físico o psicológico.

Así, aunque la Sala destaca la importancia de que los padres acompañen activamente la crianza de sus hijos, para lo cual, deben ser consistentes a la hora de reprobar aquellos comportamientos que consideren reprensibles, ello no abre la posibilidad para que éstos recurran a agresiones como gritos, golpes, manipulaciones o cualquier forma de amedrentamiento, que aun cuando no sean apreciados socialmente como graves, causan una afectación indeleble a nivel psico-afectivo en nuestros niños.

De esta manera, el poder correccional no debe ser entendido como un salvoconducto de los progenitores o de quienes ejercen la custodia o gozan de la patria potestad de los niños, niñas y adolescentes, para lesionarlos en su integridad física y moral, con la excusa de adiestrar su comportamiento; sino más bien como la potestad que le ha sido otorgada por la ley de intervenir libremente, desde el amor y el respeto, en la formación moral de sus hijos para favorecer su adecuado desarrollo humano.

7. Aunque le está vedado a esta jurisdicción inmiscuirse en las actuaciones adelantadas por los jueces dentro del marco de sus competencias, por cuanto ello iría en desmedro de los principios de autonomía e

independencia judicial, esta Corte ha sostenido, en casos como el presente, que *“(...) estando en juego derechos fundamentales de quienes merecen protección reforzada, por la necesidad de resguardo que de los mismos se requiera para restablecerlos, sin duda, bien puede, excepcionalmente y por razones supremas, posibilitar[se] la intervención del juez constitucional en tales ámbitos (...)”*⁹.

Dicha intromisión queda respaldada, además, por la Convención Interamericana de los Derechos del Hombre que en su artículo 19 establece: *“(...) Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (...)”*, y guarda sintonía con el principio de interés superior del menor, consagrado en el canon 3 de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual todas las decisiones respecto de los niños, niñas y adolescentes, que tomen las instituciones públicas, entre las que se hallan las autoridades jurisdiccionales, deben estar basadas en la consideración del interés superior de éstos.

7.1. Podría argumentarse la viabilidad del control de convencionalidad sólo en decursos donde se halla el quebranto de garantías sustanciales o cuando la normatividad interna es contraria a la internacional sobre derechos humanos; no obstante, se estima trascendente efectuar dicho seguimiento en todos los asuntos donde se

⁹ CSJ. STC de 9 de septiembre de 2014, exp. 17001-22-13-000-2014-00225-01.

debata la conculcación de prerrogativas *iusfundamentales*, así la protección resulte procedente o no.

Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, ejercicio que según la Corte Interamericana se surte no sólo a petición de parte sino *ex officio*¹⁰.

No sobra advertir que el régimen convencional en el derecho local de los países que la han suscrito y aprobado, no constituye un sistema opcional o de libre aplicación en los ordenamientos patrios; sino que en estos casos cobra vigencia plena y obligatoriedad con carácter impositivo para todos los servidores estatales, debiendo realizar no solamente un control legal y constitucional, sino también el convencional; con mayor razón cuando forma parte del bloque de constitucionalidad sin quedar al arbitrio de las autoridades su gobierno.

7.2. El aludido control en estos asuntos procura, además, contribuir judicial y pedagógicamente tal cual se le ha ordenado a los Estados denunciados –incluido Colombia-¹¹, a impartir una formación permanente de

¹⁰ Corte IDH. Caso Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330.

¹¹ Corte IDH, Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párrs. 259 a 290, criterio reiterado Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Excepciones

Derechos Humanos y DIH en todos los niveles jerárquicos de las Fuerzas Armadas, jueces y fiscales¹²; así como realizar cursos de capacitación a funcionarios de la rama ejecutiva y judicial y campañas informativas públicas en materia de protección de derechos y garantías¹³.

Insistir en la aplicación del citado control y esbozar el contenido de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en providencias como la presente, le permite no sólo a las autoridades conocer e interiorizar las obligaciones contraídas internacionalmente, en relación con el respeto a los derechos humanos, sino a la ciudadanía informarse en torno al máximo grado de salvaguarda de sus intereses.

Además, pretende contribuir en la formación de una comunidad global, incluyente, respetuosa de los instrumentos internacionales y de la protección de las garantías fundamentales en el marco del sistema americano de derechos humanos.

8. Por los argumentos aquí esbozados se concederá el amparo invocado respecto de la menor XXXX, en consecuencia, se ordenará a la titular del estrado

preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 295 a 323.

¹² Corte IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres c. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 229 a 274.

¹³ Corte IDH, Caso Furlan y familiares c. Argentina, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 278 a 308.

accionado, que en el término de 10 días emita nuevo pronunciamiento atendiendo a las recientes circunstancias dilucidadas y a las consideraciones aquí expuestas.

En dicha decisión deberá disponer que tanto XXXX como su mamá, reciban apoyo psicoterapéutico en aras de lograr progresivamente la recuperación del vínculo materno filial que ha sido menoscabado; y determinar las medidas que considere necesarias para el pronto y efectivo cumplimiento del fallo.

La materialización de esa sentencia no podrá exceder el plazo de un mes contado desde la fecha de expedición del aludido proveído, salvo que el análisis de ulteriores elementos probatorios impongan otra cosa, evento en el cual la funcionaria deberá emitir una providencia debidamente motivada, explicando dicha circunstancia.

Asimismo, teniendo en cuenta que como producto de las circunstancias, en la actualidad, la relación afectiva entre XXXX y su padre es muy estrecha, le corresponderá a la juez establecer la pertinencia de regular un régimen de visitas, con el fin de no afectar negativamente el vínculo paterno-filial. Para este propósito, el progenitor deberá acreditar que ha recibido intervención en psicología clínica a través de su entidad prestadora de salud o de la institución que designe la juez, en aras de

garantizar el respeto y el buen trato en el relacionamiento con su excompañera e hija.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada, para, en su lugar, conceder el amparo invocado respecto de la menor XXXX.

SEGUNDO: ORDENAR al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona que en el término de 10 días emita nuevo pronunciamiento atendiendo a las recientes circunstancias dilucidadas y a las consideraciones aquí expuestas, particularmente lo indicado en su numeral octavo.

TERCERO: Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Con aclaración de voto

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Con aclaración de voto

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA