



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ANOTACIÓN PRELIMINAR

De conformidad con el «*ARTÍCULO PRIMERO*» del Acuerdo No. 034 de esta Sala, expedido el pasado 16 de diciembre, atendiendo a que en esta providencia se resuelve una situación jurídica relacionada con una persona menor de edad, como medida de protección a su intimidad, se emiten dos versiones de esta sentencia, «*con idéntico tenor, una reemplazando los nombres y los datos e informaciones (familiares), que permitan conocer su identidad y ubicación, para efectos de publicación en los repositorios, medios de comunicaciones y motores de búsqueda virtuales, y otra con la información real y completa de las partes, que se utilizará únicamente para notificación a los sujetos procesales e intervinientes y que se mantendrá con reserva a terceros interesados*».

NOTA. Este ejemplar de la decisión corresponde al que contiene los «***nombres ficticios***» de las partes.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

STC2017-2021

Radicación n.º 73001-22-13-000-2020-00219-03

(Aprobado en sesión virtual de tres de marzo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Se decide la impugnación formulada frente al fallo proferido el 20 de noviembre de 2020 por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro de la acción de tutela promovida por Nerón Sánchez, en nombre propio y en representación de su menor hijo, contra el Juzgado Segundo de Familia de esa ciudad, a cuyo trámite fueron vinculados las Comisarias Permanente de Familia de Ibagué, Once de Familia de Suba y Primera de Familia de Usaquén, ambas de Bogotá, el Juzgado Veintiocho de Familia de este último lugar y los intervinientes del proceso objeto de queja constitucional.

ANTECEDENTES

1. El peticionario reclama la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, libre desarrollo de la personalidad, «*tener una familia y no ser separado de ella*», «*presunción de inocencia*» y el principio de buena fe, presuntamente vulnerados por la autoridad judicial accionada.

En consecuencia, solicita se disponga «*levantar la suspensión de visitas ordenada por el Juzgado...*»; y se ordene «*que mientras se define la custodia de [su] hijo, se*

restablezcan o autorice un cronograma provisional de visitas».

2. La queja constitucional se sustenta, en síntesis, en lo siguiente:

2.1. Martha Rodríguez promovió proceso de custodia y cuidado personal contra Nerón Sánchez, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Segundo de Familia de Ibagué, que en auto de 10 de diciembre de 2019 dispuso se realizara entrevista al menor por parte de la trabajadora social de ese estrado con miras a resolver sobre la petición de prohibición de salida del país del niño y restricción de visitas hasta que se resuelva definitivamente el asunto.

2.2. Mediante proveído de 16 de diciembre siguiente, el referido estrado resolvió suspender de manera inmediata y provisional las visitas; dispuso la valoración, tratamiento y/o seguimiento del menor con miras a mejorar el vínculo paterno filial, oficiando al ICBF; ordenó la valoración, tratamiento y/o seguimiento de los padres con el fin de que superaran sus conflictos personales y trabajaran mancomunadamente en el interés superior de su descendiente; y que una vez el equipo psicosocial del ICBF ayude a superar dichas falencias *«deberá conceptuar los acercamientos de la manera que ellos crean más convenientes, y realizado lo anterior se deberá remitir por el ICBF el informe...»*. Esta decisión fue recurrida, pero fueron

desestimados los recursos en auto de 29 de enero de 2020.

2.3. Indicó el accionante que durante más de 10 años sostuvo una relación sentimental con Martha Rodríguez, de la que el 26 de febrero de 2009 nació su menor hijo; que convivió con la demandante desde 1998 hasta 2016, fecha en la cual aquella decidió dejar el apartamento, llevándose a su descendiente; que durante los 18 años que vivieron juntos nunca existió denuncia de violencia, sino que dichos señalamientos surgieron después de la separación.

2.4. Señaló que su expareja ha intentado por todos los medios separarlo de su hijo «*apoyándose en manifestaciones falsas, vías de hecho e incluso omitiendo ordenes de autoridades competentes*», bajo el argumento de que el niño le tiene miedo y no quiere verlo; que en 2017 radicó medida de protección ante la Comisaria de Familia de Usaquéen porque no le permitía ver al niño, siendo sancionada la demandante en tres ocasiones «*1-) Medida de Protección por amenazas al niño y no permitir visitas, 2-) Multa de 2 smmlv por violencia y manipulación al menor y por haber comprobado que es la madre quien no permite las visitas y 3-) Arresto -por maltrato psicológico, adoctrinamiento incitándolo a decir lo que a ella le conviene y le favorece, por continuar ejerciendo su manipulación al menor involucrándolo en el conflicto y por no permitir visitas-*» decisiones debidamente ejecutoriadas.

2.5. Adujo que después de la sanción por el primer incumplimiento y un acuerdo de visitas, disfrutó de dos años de encuentros ininterrumpidos, estuvieron de vacaciones en Estados Unidos, Cali y Bogotá; que en 2019 la demandante resolvió irse a vivir a Ibagué, lo que le informó en una carta; y nuevamente le impidió las visitas aduciendo un supuesto miedo del menor, estando *«probada la manipulación e instrumentalización de la madre hacia él»*.

2.6. Sostuvo que en julio de 2019 se promovió el proceso cuestionado y en noviembre de ese año la demandante presentó petición *«mentirosa y calculada solicitando medida cautelar para que prohibiera la salida del país de [su] hijo»* y se suspendieran visitas hasta que se emitiera fallo; que el fallador censurado suspendió las visitas y le prohibió acercarse a la vivienda de su descendiente, con lo que se *«legitima el actuar delictivo de la señora..., quien llevaba varios meses sin dejarme ver a [su] hijo, pero ahora, respaldada en una generosa orden judicial... toma la desconcertante decisión de cohonestar un delito»*.

2.7. Refirió que era el progenitor y no el agresor, pues la madre es quien manipula al niño, tal como quedó consignado en el informe de equipo interdisciplinario de la Comisaria de Usaquén; que el despacho acusado violó su presunción de inocencia, dejó de lado su buena fe y simplemente acogió la manifestación pura y simple de la

demandante, sin prueba alguna; y que el juzgador tuvo en cuenta la historia clínica que aportó la progenitora, en donde quedaron registrados los dichos del menor manipulado, los que eran similares a los expresados cuando la Comisaria le indicó a la madre no interferir en la relación paterno filial, escudándose en ello para evadir la medida de protección impuesta y las sanciones legales.

2.8. Aseveró que con lo anterior el fallador concluyó que debían ser suspendidas las visitas, le prohibió acercarse a la vivienda del niño y dispuso realizar una entrevista e informe, pues se advertía alienación parental, todo lo que coincide con lo manifestado por la Comisaria; que la determinación emitida lo perjudica a él y a su descendiente y beneficia a la madre, en tanto que el niño se encuentra manipulado y su voluntad viciada; que le demostró a la juzgadora la diferencia «*entre querer sacar un niño del país a quererlo sacar ilegalmente*», pues si la demandante quería evitar su salida solamente se debía rehusar a firmar el permiso, sin que nada tuvieran que ver las visitas.

2.9. Anotó que le pidió al estrado acusado que analizara el historial de la actora, en donde se encuentra registrada a nivel nacional como agresora y ellos como víctimas, además que su proceso tenía soporte de evidencias de violencia intrafamiliar, lo que se debía tener en cuenta para evitar una revictimización del menor; que

lleva 4 años en pleitos judiciales, sin que ninguna autoridad hubiera establecido que él ejerza actos de violencia contra su hijo, sino que por el contrario se ha advertido que la demandante solo busca desprestigiarlo.

2.10. Afirmó que su hijo convivió con él hasta los 7 años, sin que él fuera denunciado por violencia; que la progenitora le hace creer al menor que él es el culpable y que la va «*a meter a la cárcel para separarlos*», lo que inquieta a su hijo, el que en solidaridad expresa cosas en su contra preparadas por la madre; que en tres años no se ha podido ver permanentemente con su descendiente, pero cuando comparten se muestra tranquilo y amoroso; y que con la decisión emitida lleva 8 meses sin disfrutar de las visitas que por ley le corresponden.

2.11. Manifestó que el estrado acusado «*está abusando de su autoridad y extralimitando sus funciones olvidándose que como funcionario público debe ajustarse a la ley, valorar las pruebas aportadas y garantizar las presunciones constitucionales, para tomar las decisiones que más le convengan a un menor*»; y que su hijo ha sido separado de él mediante vías de hecho, ausentes de fundamento jurídico o fáctico.

2.12. Agregó que la determinación proferida sin valorar antecedente alguno, legitima las malas prácticas maternas; no puede ver o llamar al menor, a quien ni siquiera en días

especiales se lo pasan al teléfono; que con la pandemia se han aplazado las audiencias; y que pese a que las partes son iguales ante la ley, en su caso bastó con un escrito para bloquear todo contacto con su hijo, dejándose de lado los numerosos documentos que *«acreditan las falencias que se [le] atribuyen»* y su buena fe.

LA RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. El Juzgado Segundo de Familia de Ibagué realizó un recuento de las actuaciones surtidas e indicó que no ha vulnerado los derechos invocados, toda vez que las medidas adoptadas -suspensión de visitas y remisión a tratamiento psicológico- se encuentran encaminadas a afianzar la relación parental, pues en el evento en que se demostrara que la progenitora no es la persona idónea para asumir la custodia del menor, deberá estar saneado dicho vínculo y preparado el niño para asumir el cambio; que en caso contrario, resulta también necesario que se mejore la relación, en tanto que era un derecho del niño y un deber de los padres; que la decisión de 16 de diciembre de 2019 no vulneraba los derechos invocados, *«pues si bien es cierto se han prolongado tales visitas, tal situación también obedece a la implementación de las medidas de confinamiento y aislamiento generado en razón a la pandemia denominada Covid 19»*; y que se atenía a las consideraciones que se profirieran.

2. La Defensoría de Familia, adscrita al Centro Zonal Galán de la Regional Tolima, refirió que se debía denegar el resguardo impetrado, por cuanto el accionante contaba con otros mecanismos de defensa en el proceso; que se atenía a lo que se probara en este trámite; que en este momento se encontraba vigente la medida de protección impuesta a favor de Martha Rodríguez y de su menor hijo; que dicha situación se venía gestando de tiempo atrás; que los hechos acontecidos habían generado que el menor manifestara su voluntad de no querer ser visitado por su padre; que advertía respecto de la alegada alienación parental que *«este síndrome no está reconocido por la Organización Mundial de la Salud»*, llamándole la atención que el accionante venga haciendo ese planteamiento desde hace tiempo y solicitando una valoración en tal sentido; que se debía vincular al ahora promotor en el programa de asistencia y asesoría a la familia con miras a que se le brindaran las herramientas necesarias en procura a que *«cumpla con su responsabilidad parental y que no utilice a su hijo como un objeto de manipulación e imposición de sus deseos, a tener comunicación asertiva con su hijo y la mamá del niño, al manejo en pautas de crianza claras y una vez se tengan compromisos claros, ahí sí que se recompongan las relaciones paterno filial»*, tal como lo dispuso el estrado de conocimiento, lo que no se ha podido materializar por la pandemia, pero se puede disponer el contacto y asesoría virtual o a través de la EPS.

3. La abogada López, quien dice actuar en su condición de apoderada de Martha Rodríguez, allegó memorial, el cual no es tenido en cuenta por la Sala por no aportar el poder especial que la habilite para representar a dicha vinculada.

4. La Comisaria Once de Familia de Suba Uno señaló que conoció de la medida de protección adelantada entre las partes; que el 27 de septiembre de 2019 levantó la misma al considerar que las situaciones que dieron origen a esta se habían superado; que no era competente para pronunciarse frente a las pretensiones del gestor, pues no había conocido de los hechos alegados; que había actuado con la diligencia y rigor procesal que le exige la ley; que no emitió decisión que comportara una situación jurídica diferente a la reglada en la Ley 294 de 1996, modificada por la 575 de 2000; y que no había conculcado derecho fundamental alguno.

5. La Comisaria Primera de Familia de Usaquén I realizó un recuento de las actuaciones adelantadas y adujo que era cierto que se regularon las visitas del accionante con su hijo, pero no que en acta se haya definido la custodia y cuidado del niño en cabeza de la progenitora; que su homóloga de Suba le informó que el 20 de enero de 2016 se había levantado la medida de protección a favor de Martha Rodríguez y el 27 de septiembre de 2019 la del menor; que se le otorgó una medida de protección al gestor y al infante, ordenándole a la progenitora dar estricto cumplimiento a las visitas; que aquella informó el cambio

de domicilio, pero no le constaba que el mismo fuere aceptado por el actor; que en el segundo incidente de incumplimiento de visitas la sancionó, decisión que remitió para que se surtiera la consulta, sin que le hubieran sido devueltas dichas diligencias.

6. El Juzgado Veintiocho de Familia de Bogotá sostuvo que se atenía a lo probado dentro del expediente de la consulta de la medida de protección del ahora peticionario; que no fue accionado en la tutela; y que el 11 de marzo de 2020 resolvió revocar la decisión de la Comisaria.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal constitucional denegó el amparo al considerar que la decisión criticada no merecía reproche alguno, pues no era arbitraria, ilegal o caprichosa; que lo resuelto se encontraba precedido de un estudio y análisis suficiente, en especial del informe rendido por la trabajadora social y la entrevista realizada al menor, lo que permitió establecer *«el riesgo de un perjuicio psicológico para este ante su renuencia a verse con su padre por el temor que sentía hacia él»*; que la determinación cuestionada contrario a transgredir los derechos del promotor y de su descendiente, busca garantizar las prerrogativas del menor, al punto que dispuso la valoración, tratamiento y/o seguimiento del niño con miras a mejorar el vínculo filial entre padre e hijo, por lo que adoptó una medida que en

últimas beneficia a ambos; que dichos proveídos no definen los derechos que le asisten al padre respecto de su hijo, pues el proceso se encuentra en trámite, siendo el escenario natural en donde se deben debatir o zanjar dicha discusión, así como revisar las acusaciones que hace el peticionario frente a la allí demandante; que los argumentos expuestos en esta acción excepcional son los mismos en los que fundó lo recursos interpuestos contra el auto de 16 de diciembre de 2019, los que fueron analizados al resolverse los mismos.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó la referida determinación aduciendo que sí argumentó los defectos en los que incurría la providencia atacada, pues incurrió en error fáctico al tomar una decisión sin sustento probatorio, en tanto que decidió suspender las visitas solo con la manifestación de la demandante y el niño que se encuentra alienado; que no ha ejercido violencia, cuenta con medidas de protección a su favor, no hay prueba que demostrara que pretendía sacar al menor del país ni de que corriera peligro a su lado; que el Tribunal Constitucional no ahondó en el caso, sino que dio por sentado que la providencia criticada se encontraba sustentada; que no se apreciaron las pruebas de la Comisaria de Usaquén, ni la circular del ICBF que comunica la calidad de agresora de la progenitora; que es un deber constitucional e internacional brindarle protección

a los menores, al no ser separados de su familia, salvo un grave perjuicio; que conforme a los fragmentos transcritos en el fallo de primer grado la Defensoría no tenía conocimiento de lo sucedido, pues él no contaba con medidas de protección en su contra y la única preventiva que tuvo fue levantada, mientras que Martha Rodríguez sí tenía; que se desconocieron los reiterados precedentes de la Corte Constitucional que han establecido que solo por causas graves que pongan en peligro la salud o seguridad del menor se suspende el derecho de visitas; que lo acontecido era un abuso de autoridad y una extralimitación de las funciones del juzgador, lo que incluso *«a la luz de la ley penal podrí[a] considerarse como prevaricato»*; y que el Tribunal ni el Juzgado le han indicado cual es el hecho grave por el que se suspenden las visitas, mas cuando es claro que *«el niño se niega a ver[lo] debido a la alienación de la que es víctima»*.

CONSIDERACIONES

1. Al tenor del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo singular establecido para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o, en determinadas hipótesis, de los particulares.

Por lineamiento jurisprudencial, este instrumento excepcional no procede respecto de providencias judiciales, salvo que el funcionario adopte una decisión por completo desviada del camino previamente señalado, sin ninguna objetividad, afincado en sus particulares designios, a tal extremo que configure el proceder denominado «*vía de hecho*», situación frente a la cual se abre paso el amparo para restablecer las garantías esenciales conculcadas siempre y cuando se hayan agotado las vías ordinarias de defensa, dado el carácter subsidiario y residual del resguardo y, por supuesto, se observe el requisito de la inmediatez connatural a su ejercicio.

2. No obstante, en los precisos casos en los cuales el funcionario respectivo incurra en un proceder claramente opuesto a la ley, por arbitrario o antojadizo, puede intervenir el juez de tutela con el fin de restablecer el orden jurídico si el afectado no cuenta con otro medio de protección judicial.

Al respecto, la Corte ha manifestado que,

(...) el Juez natural está dotado de discreta autonomía para interpretar las leyes, de modo que el amparo sólo se abre paso si 'se detecta un error grosero o un yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercene el ordenamiento positivo; cuando tenga lugar un ostensible e inadmisibles resquebrajamiento de la función judicial; en suma, cuando se presenta una vía de hecho, así denominada por contraponerse en forma manifiesta al sistema jurídico, es posible reclamar el amparo del derecho fundamental constitucional vulnerado o

amenazado(...), (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 0183, reiterada STC4269-2015 16 abr. 2015).

Así pues, se ha reconocido que cuando el Juez se aparta de la jurisprudencia, sin aportar argumentos valederos o cuando se presenta un defecto sustantivo en el proveído, entre otros, se estructura la denominada «*vía de hecho*».

3. Descendiendo al *sub examine*, se tiene que el reclamante, aduciendo conculcación tanto de sus derechos de primer grado como de los prevalentes de su hijo menor de edad, critica las determinaciones con las que se dispuso la suspensión provisional de visitas dentro del juicio de custodia y cuidado personal que en su contra adelantó Martha Rodríguez, pues considera que tal decisión es contentiva de defectos fácticos y sustantivos.

3.1. En primer lugar, pertinente es recordar, como lo tiene por sentado la Sala, que los niños gozan de prerrogativas especiales para asegurar su adecuada formación y desarrollo, en resultas del concepto de su interés superior.

En efecto, el constituyente de 1991 consagró como sujetos de especial protección, por parte del Estado, a los niños, las niñas y los adolescentes, autorizando la protección integral, el interés superior¹ y la prevalencia de

¹ Artículo 8 de la Ley 1098 de 2006. Interés superior de los niños, las niñas y los

sus garantías² respecto de los demás sujetos de derecho, incluidos los de su núcleo familiar, lo cual tiene su fuente en la trascendencia que revisten para la sociedad, amén del momento de formación en que se encuentren, que exige medidas adecuadas para permitir el desarrollo de una identidad propia, que contribuya dentro de su individualidad a la existencia, consolidación y desarrollo de los cometidos del Estado y la comunidad, por tanto existen intereses superiores³ que claman por su salvaguarda.

Sobre este interés superior del menor, la Corte Constitucional en sentencia T-587/98, dijo:

...esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista -que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión-, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3°) y, en Colombia, en el Código del Menor (decreto 2737 de 1989) [hoy Ley 1098 de 2006]. Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45).

Ahora bien, el interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el

adolescentes. «Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes».

² Artículo 9° *idem*.

³ CSJ STC, 4 oct. 2007, rad. 2007-00091-01.

contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.

En ese sentido, la jurisprudencia también ha fijado algunas pautas (CC T-261/13)⁴, entre las cuales se destaca que:

*Los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos al resolver casos relativos a la garantía de los derechos fundamentales de un menor de edad. Eso, entre otras cosas, implica que **no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo**, sobre todo si se trata de niños de temprana edad...*

[L]as decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad (...)

Lo anterior da cuenta, en síntesis, de que la prevalencia del interés del menor en el marco de un proceso judicial se garantiza cuando la decisión que lo resuelve i) es coherente con las particularidades fácticas debidamente acreditadas en el proceso

⁴ Citada en STC5016-2016, 21 abr., rad. 2016-00922-00.

y ii) considera los lineamientos que los tratados internacionales, las disposiciones constitucionales y legales relativas a la protección de los niños y las niñas y la jurisprudencia han identificado como criterios jurídicos relevantes para establecer, frente a cada caso concreto, qué medidas resultan más convenientes, desde la óptica de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para asegurar el bienestar físico, psicológico, intelectual y moral del menor (se resaltó).

3.2. En consonancia con esa singular protección que le asiste a los menores de edad, el legislador patrio al expedir el Código General del Proceso contempló en el parágrafo 1° de su canon 281 que *«[e]n los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente... y prevenir controversias futuras de la misma índole».*

3.3. Ahora bien, resulta necesario señalar que el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella. Sumado a que el artículo 5° *ibídem* enseña que *«[l]as normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en [ese] código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes»;* igualmente el precepto 9° de la misma codificación resalta que *«[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los*

derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona», y que «[e]n caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente».

3.4. Asimismo, la Corte Constitucional ha dejado sentado que *«la interpretación del artículo 44 de la Constitución contempla que la protección de la familia no se limita a su forma nuclear. La circunstancia descrita lleva a que sea imperativo visibilizar la recomposición de la familia y la existencia de nuevos desafíos para la sociedad, el Estado y los padres en la relación con sus hijos, entre los cuales se cuenta la necesidad de garantizar que, pese a la ruptura de los lazos afectivos entre los padres, se deba velar porque el niño conserve las relaciones con los dos, en igualdad de condiciones»; y que el «derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (art. 44 C.P.) cobija a los niños o adolescentes que hagan parte de una familia nuclear, de una que haya sufrido ruptura en los vínculos de los padres así como a las familias de crianza, monoparentales y ensambladas».*

Precisando que sobre el régimen de custodia y visitas que:

...se encuentra establecido en la ley, lo que no obsta para interpretarse a la luz de la Constitución y del interés superior. El

Código Civil en el artículo 253 precisa que la crianza y la educación de los hijos está a cargo de los padres; no obstante cuando, por vía de ejemplo, exista una ruptura en la relación entre ellos que le impida a uno de ellos convivir junto con el niño existirá un derecho de visitas, de conformidad con el artículo 256 del mismo código.

En adición a ello, el artículo 23 de Ley 1098 de 2006 dispone que “[l]os 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” precisando además que “[l]a obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”. De manera que, en los términos en que se encuentra establecido en la legislación, la crianza y la educación de los hijos constituyen no solo un deber de los padres, sino también un derecho de los menores de edad.

En similar sentido, pero esta vez respecto del régimen de visitas, esta Corte ha establecido desde sus primeros pronunciamientos que (i) las visitas le permiten al niño, niña o adolescente mantener y seguir desarrollando las relaciones afectivas con sus progenitores, así como recibir de éstos el cuidado y amor que demandan y (ii) también es un sistema que permite mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y de la autoridad paterna. En ese sentido, para esta Corte las visitas no son sólo un mecanismo para proteger al niño, niña o adolescente, sino que permiten el restablecimiento de la familia y refuerzan la unidad familiar...

Es decir que las visitas son un dispositivo que facilita el acercamiento y la convivencia entre padres e hijos. Se trata entonces de un instrumento que contribuye al desarrollo integral del menor de edad en tanto hace posible que la relación con cada uno de sus padres se desarrolle en la mayor medida posible, aún

en el contexto de las dificultades suscitadas entre ellos... (CC T-311/17).

3.5. De otro lado, en cuanto a la alienación parental alegada por el gestor, resulta necesario hacer alusión a los pronunciamientos efectuados frente al tema, como a continuación pasa a verse.

En efecto, sobre el punto esta Corporación indicó que:

...Tales circunstancias permiten inferir que posiblemente pudo estructurarse el presupuesto señalado en la jurisprudencia y que, a voces del experto de la defensa, en la psicología es conocido como Síndrome de Alienación Parental, SAP, el cual, en términos generales, consiste en que, ante el evidente rechazo (separación, divorcio) por parte de un cónyuge, el otro, que se niega a aceptar ese hecho, acude, a modo de retaliación, a manipular a los hijos, sin reparar en si les causa daño o no, en tanto lo único que le interesa es volverlos en contra de aquel, para que lo repelan y lo acusen de ser el causante del daño causado.

Sobre el tema existe suficiente literatura. De modo simplemente ejemplificativo se citan (I) “El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”, por C. Segura, M. J. Gil... y M. A. Sepúlveda... en “Cuadernos de medicina forense”... y (II) “El síndrome de alienación parental. Descripción y abordaje psico-legales”, por Iñaki Bolaños, Tribunal Superior de Justicia (Madrid), en “Psico-patología clínica, legal y forense”... El primer escrito afirma: “La primera definición que se realiza sobre esta realidad, es de Richard Gardner en 1985, que define el Síndrome de Alienación Parental (SAP) como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la

combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado.

Otros autores como Aguilar lo definen como un trastorno caracterizado por un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. Los comportamientos y estrategias que el progenitor alienante pone en juego suelen ser sutiles (CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 40.455)

Asimismo, esta Sala ha precisado que:

...si bien, tanto la normatividad nacional como los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, 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 cuenta; 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 emitir libremente su opinión, sin perjuicio de la garantía al debido proceso tanto de éste como de sus progenitores (CSJ 16106-2018, 7 dic. 2018, rad. 2018-00031-01).

Y, en un asunto de similares contornos, se señaló:

...Ahora, en lo atinente a la aplicación del artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia, en virtud del cual, en aras de respetar el derecho al debido proceso de los niños, niñas y adolescentes, éstos deben ser escuchados en toda actuación administrativa o judicial en que estén involucrados y su opinión deberá ser atendida; es importante señalar que la tarea de los jueces no se reduce a la sola recepción de la entrevista al menor, pues, dado que el “parecer” y el “sentir” de éste juegan un papel determinante en la definición del litigio, a los funcionarios les corresponde realizar una valoración detenida y razonada de sus manifestaciones.

Ello implica, la consideración de ciertos criterios que permiten a los jueces alcanzar un mayor grado de convencimiento sobre la formación de la opinión del niño, tales como su edad, su desarrollo psicológico y del lenguaje, el grado de escolaridad, el contexto socio-económico e incluso sus antecedentes clínicos.

Además, la entrevista debe ser apreciada en conjunto con las demás probanzas recopiladas en el decurso, en aras de descartar un eventual caso de alienación parental...

En el sublite, aun aceptando la lectura del funcionario accionado, según la cual, lo realmente deseado por XXXX es permanecer al lado de su padre; el análisis de dicha opinión debió ser ponderada con relación a las demás pruebas recaudadas en el decurso; en particular, de todos los antecedentes de violencia psicológica, perpetrados en contra de la aquí actora y de XXXX, y que dan cuenta de la intención de alienación parental ejercida... respecto de ésta última...

En punto a la alienación parental, esta Corte ha señalado: “(...) 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, [el padre] ha violentado psicológicamente a ambas, impidiéndoles restablecer su vínculo materno filial; comportamiento propio de un hombre machista 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 (...)”.

Ninguno de los elementos demostrativos antes reseñados fue objeto de análisis por parte del juzgador accionado; quien, además de motivar insuficientemente su decisión de negar el aludido “permiso de salida del país”, guardó silencio sobre las pretensiones subsidiarias de la actora, vulnerando su garantía al debido proceso (CSJ STC13427-2019, 3 oct. 2019, rad. 2019-00434-01)

4. Descendiendo al caso bajo estudio, es de observarse que la suspensión inmediata y provisional de visitas cuestionada se produjo en proveído de 16 de diciembre de 2019, decisión que recurrida se mantuvo en auto de 29 de enero de 2020, tras considerarse que:

...en primera medida se permite advertir este juzgado que frente a la idoneidad de quien realizó la entrevista, la misma se realizó por la profesional en trabajo social, Lilia Mercedes Alvares Gómez quien ostenta la propiedad en su cargo de asistente social 01, en tal sentido el ejercicio de sus funciones obedece a las distintas directrices y facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura...

Asimismo, frente lo indicado por el apoderado del demandado, de no haber valorado conjuntamente todas las pruebas

allegadas, se advierte que dicha valoración es procedente al momento en que se deba emitir una decisión de fondo sobre el presente asunto, en tal sentido la medida de restricción de visitas es apenas una medida cautelar adoptada, que se realizó frente a la valoración actual del niño, de la que efectivamente para este Despacho prueba suficiente fueron las valoraciones clínicas realizadas por la EPS SANITAS, y que en garantía a [los] derechos de las partes y primordialmente del menor, se decidió realizarle la entrevista al niño, a fin de contar con el diagnóstico psicosocial pertinente que determinara cual era el interés del niño y el inminente riesgo al que se veía expuesto frente a la continuación de las visitas con su progenitor.

Aunado a que se le reitera al recurrente, que la medida adoptada frente al régimen de visitas fue apenas de manera provisional, y que este Juzgado está otorgando todas las garantías para la unión familiar, acercamiento y fortalecimiento de la relación paterno filial, razón por la cual en tal providencia del 16 de diciembre del año 2019, se adoptó como medida la valoración, el tratamiento y/o seguimiento de los progenitores y el niño por parte del ICBF, a fin que puedan superar las diferencias suscitadas frente al régimen de visitas, sin que dich[a] decisión sea un prejuzgamiento frente a las demás valoraciones probatorias que se deberán hacer para determinar la custodia y cuidado personal del niño .

Asimismo, frente a la petición del demandado de ordenar un dictamen ante el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses a fin de determinar afectación psicológica del niño y la presunta instrumentalización por parte de su progenitora, se le reitera que la medida adoptada para visitas, fue anteriormente descrita y que frente a la anterior valorización por él planteada, ya se resolvió lo pertinente en auto del 1 de noviembre de 2019, mediante el cual se ordenó oficiar al I.C.B.F, entidad idónea y especializada para realizar tales valoraciones.

En conclusión, no encuentra este Juzgado procedente revocar la decisión emitida en fecha 16 de diciembre de 2019, mediante la

cual se resolvió de manera provisional suspender el régimen de visitas, ratificándose lo allí ordenado, en tal sentido, dese cumplimiento a lo dispuesto en la anterior decisión.

Finalmente, se advierte que a la presenta fecha no se han evacuado en su totalidad las pruebas decretadas razón por la [que] no se podrá adelantar la audiencia que se encuentra programada para el viernes 31 de enero de 2020, de la que trata el artículo 392 del C.G.P., hasta que se hayan surtido las pruebas, por lo que el presente Despacho fijará nueva fecha para adelantar la respectiva audiencia, ordenando oficiar al I.C.B.F. y a las Comisarias Once de Familia de Suba, de Usaquén y de Ibagué para que alleguen lo solicitado, y requiriendo a las partes para que presten la colaboración que sea pertinente...

5. Bajo el anterior contexto, así como las premisas jurisprudenciales y normativas hasta acá condensadas, resulta incuestionable que en el caso concreto el juzgador acusado, en pro de las garantías prevalentes del menor de edad, al estar comprometido el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, debió hacer uso de sus facultades oficiosas, de considerarlo necesario, para ocuparse de verificar si efectivamente la privación de las visitas, estaba ajustada al ordenamiento jurídico patrio y debidamente justificada, con miras a brindarle una protección adecuada al niño.

Ciertamente, la referida privación de visitas debía ser el último mecanismo por el que se debía propender, atendiendo las graves consecuencias que conlleva dicha separación, mas cuando, tal como quedó reseñado, deben primar los derechos de los niños a tener una familia y no

ser distanciados de ella, al punto que nuestro legislador le ha otorgado al fallador facultades ultra y extra petita cuando sea necesario brindar una protección adecuada al menor y prevenir controversias futuras.

Es de advertirse que si bien el análisis efectuado en la providencia criticada pretende el restablecimiento de las relaciones familiares a través de la valoración, tratamiento y seguimiento del menor con su padre, así como de los progenitores por parte del ICBF, y su posterior acercamiento, lo cierto es que con la disposición de suspensión inmediata y provisional de las visitas se afianza el distanciamiento del accionante con su hijo, máxime teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se adoptó dicha determinación a la fecha actual.

En ese orden, también destaca la Sala que no se desconocen las manifestaciones del menor, pero frente a ello se advierte que la medida provisional adoptada no resulta acorde a lo reseñado, en tanto que además de que el vínculo afectivo entre el progenitor y su descendiente es determinante en la formación, desarrollo y consolidación de la personalidad e identidad de este último, debía existir una certeza en cuanto a si dicha medida era la adecuada teniendo en cuenta el entorno, desarrollo y edad en la que se encuentra el niño, pues un desarraigo prolongado puede causar problemas irreversibles.

Por consiguiente, la prerrogativa superior del menor a tener contacto con su padre, no debe estar determinada por el conflicto presentado entre sus progenitores, ni del choque de sus derechos e intereses, a mas que no existe probanza certera alguna que imponga la restricción de tales visitas, por lo que se dispondrá que el estrado acusado adopte las medidas tendientes a rehabilitar de manera inmediata las relaciones paterno-filiales, con apoyo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con la asistencia permanente del equipo interdisciplinario del mismo.

De igual forma, se dispone que en virtud de las mencionadas facultades y con apoyo de los respectivos especialistas, el fallador acusado indague y verifique si se presentó el denominado síndrome de alienación parental alegado por el accionante, con miras a emitir una decisión ajustada a la realidad, entorno y contexto atrás señalados.

Sobre el particular, se ha dicho:

...debe considerarse que el inciso 3° del artículo 44, dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Con esto, se resolvió una cuestión fundamental y es que los derechos de los adultos, en relación con los de los niños, deben ceder. En un proceso de custodia, en el que la controversia se centra en un sujeto de especial protección constitucional, lo importante consiste en determinar la manera de proteger sus derechos.

En este tipo de casos, las autoridades administrativas y los jueces tienen una labor trascendental que, por lo explicado, no

consiste en determinar qué derecho debe ceder, sino la manera de materializar el interés previsto en el artículo 44 de la Constitución. Con mayor razón, si los padres –quienes en principio son los llamados a satisfacer sus derechos- hacen parte del conflicto, lo crean o lo alientan y el niño o adolescente no tiene forma de responder, ni de comprender la vulneración (C.C. T-311/2017).

6. Conforme a lo consignado, se revocará la sentencia impugnada y se le ordenará al Juzgado Segundo Familia de Ibagué que, tras dejar sin efectos el proveído de 29 de enero de 2020, proceda a emitir la decisión que corresponda conforme con las consideraciones consignadas en esta providencia.

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, **revoca** el fallo impugnado y, en su lugar, **concede** el resguardo invocado. En consecuencia, **dispone:**

Primero: Ordenar al Juzgado Segundo de Familia de Ibagué que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta providencia, deje sin efecto el proveído de 29 de enero de 2020, junto con todas las determinaciones que de este dependan, dentro del proceso de custodia y cuidado instaurado por Martha Rodríguez contra Nerón Sánchez.

Cumplido lo anterior y, en un término no superior a tres (3) días, proceda a dictar una nueva, conforme con las consideraciones contenidas en la parte motiva de este fallo. Por Secretaría remítasele copia de esta determinación.

Segundo: La autoridad accionada deberá enterar a esta Corporación sobre el acatamiento de lo aquí dispuesto, a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento de aquel término.

Tercero: Comuníquese por el medio más expedito a los interesados y, en oportunidad, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.



FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
MAGISTRADO



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado