

## Sentencia T-311/17



Referencia: Expediente T-5.940.044

Acción de tutela instaurada por *Mario*, con el fin de proteger sus derechos y los de su hijo menor de edad, en contra del Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla (Atlántico).

Magistrado Ponente:  
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

### SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido en primera instancia por la Sala Séptima de Decisión Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016), que a su vez, fue confirmada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del primero (1º) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

#### I. ANTECEDENTES

##### **Aclaración preliminar: *reserva de identidad del niño y su familia***

La Corte, como así lo ha hecho en numerosas sentencias que protegen los derechos de los menores de edad<sup>1</sup>, mantendrá en reserva la identidad del niño, de su padre y madre. Esto encuentra sustento en que el niño tiene derecho a que su vida privada y familiar no sea divulgada y a que se adopten todas las medidas necesarias para proteger su interés superior. En efecto, esta Sala de Revisión adoptará la decisión que corresponda, dentro del presente proceso, en dos ejemplares paralelos: (i) en uno de ellos, se omitirán los nombres y los demás datos del niño y de su familia, así como datos relacionados con información personal; y en el otro, (ii) se señalará la identidad del menor y de su núcleo familiar. Esta última versión, sólo estará destinada a integrarse al expediente de tutela, con el fin de que las autoridades responsables de dar cumplimiento a las órdenes impartidas dentro del fallo,

---

<sup>1</sup> Así se dio desde las primeras providencias en la materia, como la sentencia T-041/96.

ejecuten las decisiones allí proferidas, no sin recabar que sobre este expediente recaea estricta reserva, la cual sólo podrá ser levantada en favor de las partes y de las autoridades citadas.

## **A. LA DEMANDA DE TUTELA<sup>2</sup>**

1. *Mario* interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla (Atlántico), con ocasión del fallo proferido el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), en el cual no se accedió a la pretensión de la demanda de fijar la custodia y los cuidados personales de su hijo menor de edad a su cargo.

## **B. HECHOS RELEVANTES**

Con el fin de estudiar los hechos relevantes, que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, ellos se expondrán en distintos subcapítulos:

El matrimonio, la cesación de los efectos civiles y la primera audiencia de conciliación:

2. Manifestó *Mario* que, el 24 de mayo de 2009, contrajo matrimonio católico con *Isabel*, cuya acta fue inscrita en la Notaría Cuarta del Circuito Notarial de Barranquilla<sup>3</sup>.

3. El 7 de octubre de 2009, producto de la anterior unión, nació *Pedro*<sup>4</sup>. En la actualidad, el menor cuenta con siete (7) años de edad.

4. El 23 de julio de 2012, en la Notaría Doce del Circuito de Barranquilla, *Isabel* y *Mario* acordaron la cesación de efectos civiles del matrimonio católico<sup>5</sup>. En esta oportunidad también se concertó que (i) la patria potestad del hijo quedaría a cargo de ambos padres, (ii) la madre sería la responsable por su custodia y cuidado y, en consecuencia, el señor *Mario* se obligó a pagar alimentos a favor del menor de edad. Finalmente, en relación con el régimen de visitas, se dispuso que (iii) el padre podría traer consigo a su hijo, cada quince días, de viernes a las 6:00 p.m. a domingo a las 6:00 p.m., asimismo sucedería el día del padre y en los cumpleaños de ambos.

5. El 25 de octubre de 2012, a petición de *Mario*, se realizó audiencia de conciliación con *Isabel* con el fin de reestablecer los derechos del niño. Esta diligencia se llevó a cabo en el Centro Zonal Norte Centro Histórico (Regional Atlántico) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En el acta de esta actuación, *Mario* manifestó su intención de solicitar la custodia del niño y una regulación de visitas por querer compartir más tiempo con su hijo, mientras que *Isabel* adujo que el padre podría visitar al menor de edad cuando quisiera, pero no

---

<sup>2</sup> Acción de tutela presentada el 26 de septiembre de 2016 (Folio 9 del cuaderno principal).

<sup>3</sup> Fotocopia del registro civil de matrimonio. Folio 15 del cuaderno de anexos.

<sup>4</sup> Folio 27 del cuaderno de anexos. Registro Civil de Nacimiento de *Pedro*.

<sup>5</sup> Folio 14 del cuaderno de anexos. Acta suscrita en la Notaría Doce del Distrito Judicial de Barranquilla.

se lo puede llevar con él<sup>6</sup>.

Después de exponer las posiciones de las partes, se acordó que la custodia del menor de edad seguiría a cargo de su madre pero que, a su vez, *Mario* tendría derecho a compartir con su hijo un fin de semana, cada quince (15) días, de viernes a las 6:00 p.m. a domingo a la misma hora o, de ser festivo, hasta el día lunes. Además, se estipuló que el accionante debería recogerlo los días martes y jueves de cada semana en el colegio y esas noches podría dormir en su casa. El defensor de familia aprobó mediante auto el anterior acuerdo, el cual como se indicó en el acta, prestó mérito ejecutivo<sup>7</sup>.

### **El proceso en contra del accionante por el delito de violencia intrafamiliar y por el supuesto acto sexual abusivo:**

6. Pese a que todavía se encuentra en curso el proceso por violencia intrafamiliar, la investigación en contra de *Mario* por el supuesto acto sexual abusivo en detrimento de su hijo fue archivada. El 14 de mayo de 2015, se declaró la preclusión de la investigación a su favor<sup>8</sup> con fundamento en la causal 6° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, dado que no se logró desvirtuar la presunción de inocencia.

Al respecto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barranquilla precisó que, no obstante los señalamientos de la madre del niño—en el sentido de que éste había asumido actitudes negativas antes de irse con su padre y que, además, después de regresar de las visitas con él terminaba por agarrar y morder los glúteos de sus familiares<sup>9</sup>—, no existe prueba de que la conducta antijurídica descrita se hubiere realizado. Por el contrario, como lo indicó el representante de la Fiscalía General de la Nación, del informe del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar realizado al menor de edad, se concluyó que éste no presenta signos externos de abuso infantil y, en el mismo sentido, la forense adscrita al CTI advirtió que no existen indicios sobre tocamientos por parte del indiciado.

El agente del Ministerio Público también solicitó que se acogiera la petición de preclusión, al tener en consideración que la denuncia interpuesta por la señora *Isabel* se fundamentó en los problemas que, en el pasado, tuvo en su matrimonio con *Mario*. Finalmente, en entrevista forense, el niño demostró que no existe un temor hacía su padre pues cuando se le preguntó dónde quería dibujarlo indicó que a su lado y “(...) *al preguntársele si éste lo había tocado, lo negó, en cambio sí indicó, con nombre propio cual compañero del colegio lo tocó (...)*”<sup>10</sup>. El 14 de septiembre de 2015, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, confirmó la anterior providencia y, en consecuencia, la preclusión que

---

<sup>6</sup> Folio 47 del cuaderno de anexos. Acta de conciliación.

<sup>7</sup> Folio 48 del cuaderno de anexos. Auto aprobatorio del Defensor de Familia.

<sup>8</sup> Folio 337 a 344 del cuaderno de anexos. Auto que declara la preclusión por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla.

<sup>9</sup> Folios 156 a 162 del cuaderno de anexos. Formato Único de Noticia Criminal por acto sexual violento en contra de menor de 14 años, en donde se precisaron los fundamentos de la denuncia.

<sup>10</sup> Folio 341. Auto que resuelve aceptar la preclusión.

había sido solicitada por el Fiscal 27 de la Unidad de Delitos contra la Vida<sup>11</sup>.

### **El proceso de regulación de custodia y visitas:**

7. Sin que se hubiere especificado la fecha de este suceso, advirtió el accionante que el acuerdo de conciliación que fijó el régimen de custodias y visitas fue desconocido por cuanto los anteriores compromisos, que en la práctica se habían convertido en una custodia compartida, con el tiempo dejaron de cumplirse. Agregó el actor que esto se sustentó “(...) *en las previas desavenencias (con su ex pareja) y conflictos surgidos de su carácter impositivo, acompañado de ofensas verbales recíprocas*”<sup>12</sup> y en que “(...) *la referida señora privó a nuestro menor hijo del goce de la plenitud de sus derechos, y a mí, del ejercicio de la patria potestad y de aquel régimen de custodia compartida, para imponer arbitrariamente y apoyada en artimañas, un régimen que significó el distanciamiento TOTAL entre mi persona y mi hijo (...)*”. Esta situación se extendió por más de año y medio.

Entre los mecanismos para romper el vínculo emocional con su hijo, que según relató el accionante en el escrito de tutela fueron utilizados por la señora *Isabel*, se menciona la interposición de dos denuncias penales y de un proceso policivo en su contra. La primera de ellas, se sustentó en el supuesto acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años del que, supuestamente, fue víctima su hijo. La segunda denuncia tuvo su fundamento en que el accionante era coautor del delito de violencia intrafamiliar en contra de *Isabel*<sup>13</sup> y, por último, el proceso policivo que fue consecuencia del proceso que todavía se sigue en su contra por el delito de violencia intrafamiliar<sup>14</sup>.

### **La presentación de la demanda de regulación de custodia y visitas:**

8. El 7 de noviembre de 2014, mediante apoderado judicial, *Mario* presentó demanda de regulación de visitas, custodia y cuidado personal. En consecuencia, (i) solicitó que se cumpliera con el régimen de visitas pactado en el acta de cesación de efectos civiles del matrimonio católico y que, (ii) con carácter provisional y urgente, se autorizara al demandante para que pudiera estar al lado de su hijo, así fuera en compañía de la Policía<sup>15</sup>.

Entre los hechos de esta demanda es necesario destacar lo dicho por el accionante en los numerales 6 y 7 de este escrito que, de forma textual, indican lo siguiente:

---

<sup>11</sup> Folios 368 a 378. Auto del 14 de septiembre de 2015 proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

<sup>12</sup> Folio 2 del cuaderno principal. Acción de tutela.

<sup>13</sup> Folio 138 a 145 del cuaderno de anexos. Formato Único de Denuncia Criminal en contra de *Mario* por el delito de violencia intrafamiliar por cuanto en los términos de la denunciante, la señora *Isabel*, el 20 de marzo de 2013 su exesposo se presentó en su oficina con el fin de alterar el orden y de agredirla de forma verbal. Entre las cuestiones que, al parecer, le dijo a la denunciante estaba que la haría despedir de la empresa, que su hijo iba a pagar las consecuencias y que no la iba a dejar ser feliz.

<sup>14</sup> Folio 86 del cuaderno de anexos. En el que reposa una comunicación de la Fiscalía del 17 de octubre de 2013, la cual se dirige al Comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla, con el fin de que se la garantice la atención y la protección de la seguridad personal y familiar de *Isabel* y de sus hijos. Además, de unas fotografías del supuesto ataque que reposan en los folios 87 a 89 del cuaderno de anexos.

<sup>15</sup> Folio 4 a 11 del cuaderno de anexos. Demanda de regulación de visitas y custodia.

*“(…) 6- Manifiesta mi poderdante que le asiste gran preocupación por las condiciones, no favorables para la formación de su menor hijo, de la vivienda que comparte con su mamá, y al parecer con la presencia de un señor con quien se dice, según mi poderdante, ella hace vida marital. –El menor PEDRO no tiene un espacio reservado para él, por lo que tiene que dormir en la misma habitación en que ellos lo hacen.-*

*7-La situación antecedente, señor JUEZ DE FAMILIA, exigen que sean atendidas las preocupaciones de mi poderdante por la buena formación de su hijo menor y de que sean modificadas las condiciones impuestas por la madre del menor PEDRO, en cuanto a visitas y ejercicio de la custodia, a efectos de que su padre pueda comunicarle sus afectos y la regulación de visitas lo sea sobre la base de un ACUERDO RESPETUOSO, sincero e inspirado en la necesidad de prodigar a dicho menor la formación que a su edad reclama y que, ante la IMPOSIBILIDAD de este acuerdo resulte un imperativo para el señor JUEZ DE FAMILIA tomar las decisiones necesarias que el caso amerita, a fin de preservar los derechos de dicho menor, así como su protección integral, para un adecuado desarrollo de la personalidad”<sup>16</sup>.*

### **Admisión de la demanda y decreto de la medida provisional solicitada por el demandante:**

9. El 4 de diciembre de 2014, el Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla admitió la demanda de “regulación de visitas” en contra de la señora *Isabel* y a favor del niño *Pedro*. Del mismo modo, como medida provisional, se ordenó dar cumplimiento al régimen de visitas fijado en el proceso de cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, protocolizado en la Notaría Doce del Círculo de Barranquilla, mediante Escritura Pública 242 de julio 23 de 2012<sup>17</sup>.

### **La alegación del incumplimiento del régimen de las visitas fijadas provisionalmente:**

10. El 13 de enero de 2015, el apoderado del demandante radicó un escrito en el Juzgado Primero Oral del Circuito de Barranquilla, en el cual informó que la demandada se había negado a cumplir la medida provisional<sup>18</sup>. Además, se indicó que este incumplimiento se ha extendido, pese a que se le solicitó la intervención a la comisaría de familia para dar efectividad a la orden de la referencia<sup>19</sup>.

En efecto, *Mario* indicó que, por no haberse cumplido la orden, se le ha impedido reencontrarse con su hijo, a quien quiere prodigarle los afectos y los cuidados que le corresponden y que no ha podido ejercer por más de quince (15) meses. Así, se indicó que se hacía necesario la inmediata intervención del despacho para que la

---

<sup>16</sup> Folio 6 y 7 del cuaderno de anexos. Extractos de la demanda.

<sup>17</sup> Folios 59 y 60 del cuaderno de anexos. Auto que admite la demanda.

<sup>18</sup> Folio 62 y 63 del cuaderno de anexos.

<sup>19</sup> Folios 66 a 68 del cuaderno de anexos. Solicitud de intervención para dar cumplimiento a la orden del Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla.

medida adoptada no resultara nugatoria.

### **El recurso de reposición contra el auto que concedió la medida provisional y la contestación de la demanda:**

11. El 20 de enero de 2015, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda y, en particular, en relación con el numeral que dispuso conceder la medida provisional que se refirió al régimen de visitas entre el padre y el niño<sup>20</sup>. Como sustento de esta pretensión se indicó que, para ese momento, existían dos procesos penales en contra de *Mario* – padre del menor de edad- por la supuesta comisión de los delitos de acto sexual con menor de catorce (14) años y de violencia intrafamiliar. Se precisó que el niño, producto de la segunda conducta, sufrió lesiones físicas en sus antebrazos y manos, tal como se afirma que puede ser apreciado en unas fotografías que fueron adjuntadas<sup>21</sup>. Debido a tal circunstancia, el 17 de octubre de 2013, la Fiscalía emitió con destino al Comandante de la Policía Metropolitana de Barranquilla, una medida de protección en favor de *Isabel* y de su hijo *Pedro*, por lo cual y al encontrarse vigente, según se consideró por la demandada, le impedía al juez de la causa decretar la medida provisional cuestionada.

12. El 29 de enero de 2015, el apoderado de *Isabel* contestó la demanda de regulación de custodias y visitas. En esta intervención, (i) se pretendió desvirtuar que ella hubiera adoptado decisiones encaminadas a alimentar un distanciamiento entre el niño y su padre, por el contrario, manifestó que fue la volatilidad del genio del señor

*Mario* y otras conductas personales e íntimas desplegadas por él, lo que no sólo ocasionó el divorcio con su cónyuge, sino que culminó con la suspensión de hecho de las visitas con su hijo. Del mismo modo, (ii) se hizo alusión a múltiples discusiones entre el demandante e *Isabel*, en las cuales –en su mayoría- estuvo presente el niño o fue el motivo de la discordia. Finalmente, (iii) se puso de presente que uno de los motivos de sus enfrentamientos verbales y amenazantes fue el hecho de que la demandada volviera a contraer nupcias y rehiciera su vida con otra persona.

De modo que, a partir del interés superior del niño o adolescente–desarrollado en distintos tratados de derecho internacional y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional- y pese a que la demanda se encontraba encaminada también a hacer valer los derechos de él, adujo que deben primar los intereses de *Pedro* en virtud de las circunstancias expuestas y, en especial, de las procesos penales que se siguen en contra del demandante, los cuales permiten inferir que el menor de edad podría estar en riesgo con su presencia y la realización de la visitas, pues -como así se advirtió en las denuncias- existe una “(...) *aberración sexual de su padre*”<sup>22</sup>, que determina la existencia de fondo de una “*falta de capacidad moral*” del demandante para pretender que le prosperen sus pretensiones. No es común que un padre sea denunciado por delitos como el acto sexual abusivo en contra de su

---

<sup>20</sup> Folios 78 a 108 del cuaderno de anexos. Recurso de reposición contra el auto admisorio.

<sup>21</sup> Folio 99 a 101 del cuaderno de anexos.

<sup>22</sup> Folio 118 del cuaderno de anexos. Contestación de la demanda.

propio hijo.

13. El 5 de marzo de 2015, después de que el Juzgado recibiera un escrito suscrito por el demandante -en donde enfatiza en su presunción de inocencia y en el daño que se le causa al niño con la ruptura de los vínculos de las familias y la arrogancia de los padres en mantener sus derechos a costa de los del niño<sup>23</sup>-, el Juzgado Primero Oral de Familia del Circuito de Barranquilla decidió reponer parcialmente el auto del 4 de diciembre de 2014 y en su lugar se ordenó el cumplimiento de visitas todos los sábados de 2:00 a 4:00 p.m., con el fin de garantizar que el menor de edad compartiera tiempo con su padre. Del mismo modo, se advirtió a los padres que deberían darle estricto cumplimiento a las visitas decretadas *so pena* de hacerse acreedores a las sanciones establecidas en el artículo 230 A del Código Penal Colombiano, referente al ejercicio arbitrario de la custodia<sup>24</sup>.

Como sustento de esta decisión se expusieron las siguientes consideraciones:

*“Teniendo en cuenta los anteriores aspectos jurídicos y jurisprudenciales, se observa que si bien es cierto existen medidas de protección e incluso una denuncia penal por acto sexual violento, no es menos cierto que aquella no puede considerarse una conducta perpetua de separación del padre al hijo, que tiene también derecho de visitas sobre su prole; y ésta se encuentra lejos de ser una decisión judicial, que haya establecido una responsabilidad penal en contra del demandante, que amerite entonces que su derecho parental sea extinguido.*

*Siendo entonces que el derecho a las visitas concierne tanto al padre como al hijo, no se privará al padre de las mismas, pero sí se modificarán, atendiendo aspectos de razonabilidad y proporcionalidad, no permitiendo que el menor pernocte con el padre, hasta tanto se haya practicado la visita social que solicita el mismo actor, con el objeto de verificar las condiciones en que éste habita y el entorno en que posiblemente será recibido el menor”.*

14. A partir de lo anterior, el 12 de marzo de 2015, la parte demandada interpuso un nuevo recurso de reposición y en subsidio de apelación por el hecho de que, según se expuso, la madre del niño teme seriamente por su integridad física y psíquica<sup>25</sup>. A su vez, el 17 de marzo de 2015, se puso en conocimiento del Juzgado que la demandada no estaba dando cumplimiento a las visitas, pues *Mario* había ido a recoger a su hijo un día sábado y no lo encontró, lo cual fue calificado de un desacato injustificado<sup>26</sup>. La anterior situación, según fue puesta presente por el accionante, se ha repetido cada sábado que ha acudido a recoger a su hijo, pues los porteros le informan que la madre salió con el niño a realizar diligencias

---

<sup>23</sup> Folio 184 a 191 del cuaderno de anexos. Escrito presentado con el fin de descorrer traslado a la solicitud de reposición del auto que concedió vistas.

<sup>24</sup> Folio 195 a 197 del cuaderno de anexos.

<sup>25</sup> Folios 198 a 202 del cuaderno de anexos.

<sup>26</sup> Folios 213 a 216 del cuaderno de anexos.

personales<sup>27</sup>.

### **Pruebas decretadas en el proceso de fijación de custodia y visitas y sentencia del Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla:**

15. Después de que el Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla informara que, según la documentación aportada por las partes y por las autoridades, mantenía incólume su decisión de decretar las visitas en favor del demandante, se decretaron una serie de pruebas<sup>28</sup>, que fueron recibidas y de las que la Corte destaca lo siguiente:

15.1. *Informe de la visita social realizada a Mario.* El padre manifestó que su relación con su hijo siempre fue excelente hasta que le impidieron seguir viéndolo, con ocasión de las denuncias que fueron interpuestas en su contra. Agregó que sentía preocupación de que la nueva pareja de su ex esposa ocupe el rol paterno que se le ha impedido ejercer a él y que, por los conflictos existentes con *Isabel*, se termine por afectar al menor de edad<sup>29</sup>.

15.2. *Informe de la visita social efectuada en la residencia de Isabel.* En esta visita se confirmó que el niño llevaba más de un año sin ver a su padre. No obstante, se precisó que el niño convive con una familia extensa con un núcleo familiar unido y funcional, favorable a su desarrollo integral<sup>30</sup>.

15.3. *Informe pericial de psicología forense.* *Pedro*, después de hacer referencia a un episodio del maltrato de su papá en contra de su mamá, indicó que “(...) quisiera verlo a él 100 horas porque dos horas es muy poquito (...) mi papá no está de acuerdo con las dos horas que lo veo y mi mamá sí, yo tampoco estoy de acuerdo. Mi papá me dijo que las cosas se van a arreglar, él en su casa ya me tiene una camita y mis juguetes, cuando todo se arregle yo viviré con él”<sup>31</sup>.

### **Audiencia pública, saneamiento del proceso, práctica de pruebas y sentencia:**

16. El 26 de mayo de 2016, el Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla, constituido en audiencia pública, intentó realizar un acuerdo entre las partes. No obstante, no se logró conciliar el asunto y, en consecuencia, se declaró (i) fracasada la conciliación, (ii) se realizó la etapa de saneamiento del proceso y (iii) se fijaron los hechos, así como también (iv) se propusieron las excepciones de la demanda.

---

<sup>27</sup> Folio 230 a 236 del cuaderno de anexos. Solicitud del 6 de abril de 2015, en la cual el demandante solicitó, de nuevo, el cumplimiento de las visitas decretadas por el juez.

<sup>28</sup> Auto del 1° de julio de 2015, mediante el cual se dispuso el decreto de una serie de pruebas como (i) la entrevista al menor de edad por parte de la Defensora de Familia, con el fin de establecer el grado de apego, empatía y el tipo de relación con su padre, (ii) visita social a la residencia de la demandada a fin de establecer las condiciones del entorno del menor, (iii) valoración psicológica a través del equipo interdisciplinario del ICBF a los señores *Mario* e *Isabel*, (iii) evaluación psiquiátrica en aras de determinar su relación con el entorno familiar, el vínculo con sus padres y las influencias significativas en la vida del menor y la posibilidad de que existan señales de abuso sexual en contra del menor, Folio 240 y 241 del cuaderno de anexos.

<sup>29</sup> Folios 225 a 227 del cuaderno de anexos.

<sup>30</sup> Folio 248 a 241 del cuaderno de anexos.

<sup>31</sup> 277 a 281 del cuaderno de anexos.

Asimismo, de los audios de la audiencia se puede concluir que se recibieron una serie de pruebas, tales como los interrogatorios de las partes y los testimonios solicitados. A continuación, se detallará lo acontecido en el periodo probatorio y el sustento de la providencia cuestionada:

#### 16.1. *Interrogatorio a Mario*

El demandante indicó que no había podido ver a su hijo por más de un año, hasta que empezó este proceso y se le concedieron dos (2) horas cada fin de semana. Asimismo, precisó que el proceso que se ha llevado en su contra por violencia intrafamiliar lleva más de dos (2) años en etapa investigativa. La relación con su hijo es excelente, muy afectiva y con mucho amor, a pesar de todo el tiempo que no pudo compartir con él, ni siquiera a través de llamadas telefónicas. Ahora sólo se ven los días sábados de 2:00 p.m. a 4:00 p.m.

En el interrogatorio, la parte demandada le preguntó a *Mario* por un episodio en el que el demandante se llevó a su hijo. El interrogado precisó que en ese momento sí estaba molesto porque la señora *Isabel* le estaba “vendiendo” a su hijo la idea de que su nueva pareja era su verdadero padre. Además, aclaró que las supuestas lesiones del niño por las cuales se le acusó del delito de violencia intrafamiliar fueron producto, como así lo indicó en su oportunidad el menor, de una discusión con otro amigo del colegio. Después el menor de edad dio varias explicaciones, pero la demandada, desconociendo cada una de ellas, tomó la decisión de denunciarlo.

#### 16.2. *Interrogatorio a Isabel*

Inicia su interrogatorio después de advertir que entre las partes nunca hubo un acuerdo de custodia compartida y, en relación con la denuncia de violencia intrafamiliar, agregó que cuando el demandante se llevó al niño, lo hizo obligado y éste fue el primer paso que la condujo a denunciar la conducta descrita. Además, indicó que la vez que sucedió el hecho ya descrito -de los rasguños-, y se surtió la denuncia en contra del demandante, se otorgó la medida de protección y la nota aclaratoria que cobija al menor de edad. Después de que se precisó que esto había sucedido en el colegio, la madre fue a retirar la denuncia, pero le dijeron que al tratarse de un niño esto no era procedente y que esperara a que terminara la investigación. No obstante, en el colegio le dijeron que el niño salió sin los rasguños.

Se retoma el tema de si existió custodia compartida, frente a lo cual la demandada lo niega rotundamente, pues si bien en algún momento se ampliaron las visitas y el tiempo que el padre y el niño pasaban juntos, esto no lleva consigo la existencia de esta figura. Además, aceptó que si bien la medida de protección restringió el régimen de visitas, así tenía que ser hasta que se resolvieran los problemas penales en contra de su ex esposo. Para la contraparte una solicitud de protección no equivale a la suspensión de visitas y esto fue una decisión que, de forma unilateral, adoptó la demandada, mientras que ella se opone.

### 16.3. Decreto de pruebas

La juez enuncia las pruebas documentales y ordena la recepción de los testimonios de la señora de Johana Aaron Gutiérrez y Gissell Cure de la Espriella, solicitados por la parte demandante. Además, del testimonio de la abuela del niño requerido por la parte demandada.

Johana Aaron Gutiérrez advirtió que ella tuvo conocimiento de los hechos de los rasguños del menor de edad y que el niño relató, al menos, tres versiones distintas, entre ellas que el responsable de esto fue un compañero de estudio. En virtud de lo anterior, se comunicó con la denunciante –esto es la madre del niño-, quien le dijo al testigo que la había “embarrado” porque había denunciado al padre del menor de edad. En consecuencia, las dos acudieron a retirar la demanda, pero se les indicó que esto no era posible, que la opción que tenía *Isabel* era decir esta nueva versión de los hechos y la confusión que había dado lugar a lo sucedido y a la denuncia interpuesta. Agregó que el demandante muere por su hijo y su virtud más grande es ser un buen padre, tiene otra hija que se llama María Gabriela con quien ha entablado una muy buena relación, no ha solicitado la custodia de ella porque sostiene una relación óptima con la madre de su hija y puede estar con ella en cualquier momento.

Gisell Cure de la Espriella, madre de la hija mayor del demandante, afirmó conocerlo hace más de nueve (9) años. Entiende que ahora la custodia está a cargo de *Isabel* y no se trata de una custodia compartida, como se manejaba antes. Se precisó que el demandante cuenta con un temperamento fuerte y estricto, sin que ella nunca hubiera recibido malos tratos de su parte.

La abuela del niño y madre de *Isabel*, indicó que su hija tuvo que tomar medidas de protección para su familia, por lo cual se terminó de romper la relación cordial que llevaba con el demandante. Relató un supuesto episodio de intento de agresión física en contra de su hija y otras situaciones que terminaron por deteriorar aún más la relación entre las partes. Agregó que su hija siempre ha tenido la custodia del menor de edad. Afirmó que mientras duró la medida de protección el padre no lo llamaba y en algunas oportunidades no iba a buscarlo. El niño es tranquilo, inteligente y con una gran sensibilidad y amor. Finalmente, se puso de presente que el demandante tuvo que presentar dos denuncias penales en contra de ella y de su hija, pero esta pregunta se consideró impertinente. Su hija es una madre excepcional.

### 16.4. Alegatos de conclusión

16.4.1. La parte demandante solicitó desestimar las consideraciones de mérito expuestas por *Isabel* y su apoderado, al no existir relación alguna con la normatividad vigente. Se aclaró que la pretensión de la demanda se basó en el interés superior del niño o adolescente, porque el artículo 44 de la Constitución dispone el derecho de todos los niños a tener una familia y para ello, tres institutos deben operar armónicamente –custodia, cuidado personal y visitas-. Estas son concreciones legales de los derechos de los niños que están por encima de los de sus padres, de modo que si se hizo énfasis en la solicitud de la demanda en la

regulación de visitas, fue porque el padre estuvo separado de su hijo por mucho tiempo en contra de su voluntad.

El régimen inicialmente acordado entre las partes fue de custodia compartida. La separación de sus padres, no puede desconocer el deber de mantener al niño unido a su familia. El contacto personal de sus padres para el desarrollo armónico de sus hijos implica el ejercicio necesario de la custodia y de las visitas. De allí que, sean constitucionalmente reprochables las conductas de los padres que tienen a su cargo la custodia y que buscan separarlo del otro padre. Además, como las decisiones judiciales que se toman en relación con el régimen de visitas y de custodia no hacen tránsito a cosa juzgada material y pueden ser revisadas, en pro del interés superior, es necesario advertir que se deben tener en consideración las conductas de un padre que ha abusado del ejercicio de la custodia, no sólo en contra del otro progenitor, sino también en detrimento de los derechos del niño. En consecuencia, frente a esta situación es posible modificar la custodia, incluso por la vía de la acción de tutela.

Se precisó la existencia de una subsanación de la demanda, pues se aclaró que lo solicitado no era sólo el régimen de visitas, sino también la custodia del menor de edad. Afirmó que, en ese momento, existía una denuncia por ejercicio arbitrario de la custodia en contra de *Isabel* y por fraude a resolución judicial en la Fiscalía 31 Seccional –Unidad Vida y Orden-, como así obra constancia. Del mismo modo, cuestionó que el argumento para levantar un auto “de cúmplase”, tal como lo era el auto que decretó la medida provisional en favor del demandante, fuera la existencia de los procesos penales que aparecían en contra del demandante sin que en ninguno de ellos se hubiere desvirtuado la presunción de inocencia.

Para el apoderado de la parte demandante, la situación de la señora *Isabel* es diferente, pues debe examinarse lo que ha expresado el niño en el sentido del amor que siente por su padre y el anhelo que tiene de estar junto él, mientras que la demandada aparece como indiciada de los delitos ya mencionados, así como del delito de falsa denuncia. Concluyó la intervención al indicar que la madre ha realizado varias actuaciones que demeritan que la custodia se encuentre a su cargo, y por el contrario, se trata de un caso de alienación parental, fenómeno que es reconocido en un estudio al cual se hizo mención.

16.4.2. El apoderado de la demandada reiteró lo expresado en las excepciones y precisó que el litigio debería limitarse a las visitas. A continuación, se refirió al perfil psicológico del demandante y de algunos apartes de los conceptos de los peritos, en los cuales se indicó –por la demandada- que *Isabel* nunca quiso separar a *Pedro* de su padre, pero por el fuerte temperamento del demandante el acercamiento entre ellos no se ha dado. Como el punto de partida y de llegada es el bienestar del niño, se debe tener en cuenta que el niño indicó que se encontraba feliz donde su mamá.

De la visita al hogar de la madre se extrae que se trata de un escenario armónico y que no representa un peligro para el menor de edad. Además “(...) *el señor Mario vive solo, por su condición de hombre, quién le va a cuidar el niño, son preguntas que asaltan y que contrastan con una realidad de crianza y la realidad es que nuestros medios son nuestras mamás, como a él lo crió su mamá y a mí mi mamá*”

(...) “a ese niño no podemos permitir que lo crie una persona diferente a su mamá cuando aquí su mamá no ha hecho nada indebido, no ha asesinado, no es prostituta, su mamá no es ninguna delincuente (...)”. Se indicó también que ni siquiera a las prostitutas más “grandes” de Bogotá les quitan sus hijos y, por tanto, no es comprensible que aquí se discuta si quitarle la custodia del niño a una madre. Está demostrado que el padre es una persona agresiva con poco margen a la tolerancia y además “[e]stamos en Colombia, el niño debe estar con su madre, sobre todo si es un niño de seis (6) años”.

Para el apoderado, su representada se presume inocente, mientras que lo que sucede con el padre es que se alejó del niño mientras se resolvía la cuestión. Solicitó que se le valore que (i) el señor trabaja y vive solo, no se sabe con quién va a dejar al niño, él viaja mucho, esto compromete la soledad del niño porque en la actualidad lo cuida la abuela en la casa de la madre y (ii) además es difícil la conducta del padre y su perfil psicológico y conductual. No se trata de alejar al niño de su padre, pero sí de valorar el maltrato del que fue víctima la madre y que fue recordado por el menor de edad. Una persona para criar un hijo requiere madurez psicológica y estabilidad emocional y no se ve bien que a un niño se le estén cambiando “*figuras reemplazantes maternas*” porque las novias y esposas lo son y esto es lo que sucede con el demandante. No tiene un hogar formado que le pueda generar la estabilidad que requiere, “(...) *no hay la garantía moral para otorgar (la custodia)*”. Por último, se cuestionó la certeza sobre lo dicho por los testimonios de la parte demandante, quienes ratificaron el temperamento del padre. La custodia compartida va a existir en la medida que convivan y sería un exabrupto retirar al niño del cuidado de la madre.

#### 17. *Sentencia contra la cual se dirige la acción de tutela interpuesta por Mario*

En audiencia, se dictó el mismo día, la sentencia que resolvió la custodia y las visitas en favor de *Pedro*. Después de hacer referencia a una providencia de la Corte Suprema de Justicia, se indicó que la interpretación de la demanda no es fácil y, por eso, el juzgador dio la oportunidad de fijar el litigio.

El artículo 9º de la Convención sobre los Derechos de los Niños, adoptada por la Asamblea General, la cual fue incorporada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, dispone que “1. *Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño*”. De conformidad con el artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia, “[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. 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 custodia y los cuidados personales de un niño, niña o adolescente se refieren a su atención directa que exige contacto físico con él, al igual que una comunicación afectiva y espiritual. Aunque la custodia se confíe a uno de los padres, ello no significa que el otro progenitor sea relevado de este deber. El juez de familia, con la plenitud de las formas propias de un proceso verbal sumario, tiene una amplia facultad para regular en quién debe recaer la custodia del niño, la cual tiene como contrapartida las visitas, que son de fundamental importancia y que pueden fijarse incluso por encima de la voluntad de uno de los padres.

El demandante solicitó la custodia ya que su hijo no tiene un espacio reservado para él y tiene que dormir en la habitación que su madre comparte con su nueva pareja. De la misma manera solicitó que se regule, de manera definitiva, el régimen de visitas en favor suyo y de su hijo, por cuanto se ha visto alejado del menor de edad. La madre se opuso e indicó que ha restringido las visitas en virtud de la orden de protección dictada en contra de *Mario* y en consideración a la volatilidad del genio del demandante.

Después de referirse a los testimonios recopilados en la audiencia y al interés del niño de pasar más tiempo con su papá –según el informe de psicología forense-, así como al carácter de ambos padres<sup>32</sup>, se concluyó que se hacía necesario evaluar el tiempo de las visitas entre el menor de edad y el demandante, pues dos (2) horas a la semana no son suficientes. El aspecto vulnerable del niño es el poco tiempo que se le ha entregado para la construcción de la relación con su padre y “(...) *se recomienda terapia familiar para gestionar correctamente los conflictos o diferencias entre los adultos. En la valoración psicológica del niño Pedro se evidenció el vínculo afectivo del menor con ambos padres y las razones de la degradación de la vida de pareja entre éstos. En la visita social al inmueble que ocupa el demandante, se concluye que si bien el señor Mario reside solo cuenta con todos los recursos y el apoyo incondicional de sus padres para brindarle a su hijo toda la atención y cuidados que requiere un niño de su edad y se considera pertinente que los padres del menor hagan su mejor esfuerzo, y de requerirlo, que busquen apoyo para mejorar las relaciones entre ellos, en beneficio del niño, toda vez que en este momento se encuentra en medio de un conflicto*”.

De manera que, para la juez, debía valorarse que se aceptó la solicitud de preclusión por el supuesto delito de acto sexual con menor de catorce (14) años a favor del demandante, así como el hecho de que en el informe de visita al domicilio de la madre se hubiera podido comprobar que ella ha sido afectuosa con el niño, le ha garantizado todos los derechos y reside con una red familiar sólida, sin que el aspecto habitacional –principal argumento del demandante para solicitar la custodia- sea un impedimento para su desarrollo dado que cuenta con una habitación para él solo, decorada a su gusto. De allí que sea posible indicar que al menor de edad lo rodea un núcleo familiar unido y funcional que le da cariño y satisface sus necesidades y derechos. En efecto, el niño siempre ha estado al cuidado de la madre con todas las condiciones reseñadas, por lo cual no encontré

---

<sup>32</sup> Según el concepto del perito, la madre se muestra de una manera que no necesariamente es, mientras que el padre al mostrarse como es revela la poca empatía y tolerancia a la frustración que tiene.

este juzgado que sea necesaria una variación en la custodia y, por tanto, se negaron las pretensiones del demandante en este aspecto. No obstante, se regularon las visitas a las que tiene derecho el padre<sup>33</sup>. Finalmente, se le advierte a las partes que deberán dar estricto cumplimiento a la regulación de visitas que decreta el juzgado *so pena* de hacerse acreedores a las sanciones del artículo 230 A del Código Penal Colombiano, referido al ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, al tener en consideración que las visitas son un derecho fundamental de los padres y de los hijos.

### **La solicitud de amparo constitucional:**

18. El 26 de septiembre de 2016<sup>34</sup>, *Mario* interpuso acción de tutela en contra de la sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla por, según se indicó, haber vulnerado su derecho al debido proceso. Como sustento se expuso que en esta providencia, sin fundamentos de hecho o de derecho, se hizo un pronunciamiento denegatorio que afectó el derecho de custodia y regulación de visitas que cobija tanto al accionante, como a su hijo menor de edad. En consecuencia, se solicitó la anulación de la providencia cuestionada por haber incurrido en un defecto fáctico pues ella se motivó, sin valorar todos los elementos de juicio que hubieran determinado que la custodia del niño debía otórgasela al demandante, así como que se debía dar un cambio en el régimen de visitas que fuera compatible con esta situación.

En los términos del accionante, en el desarrollo de la audiencia y en la providencia cuestionada se dejó de valorar (i) el informe de la visita social al niño, (ii) la certificación expedida por el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales Penales de Barranquilla, que indicaba que se iba a presentar audiencia de formulación de imputación en contra de *Isabel* por el presunto punible de ejercicio arbitrario de la custodia de su hijo menor de edad, a cargo de la Fiscalía 31 de Delitos contra la Vida y la Integridad Personal, (iii) el escrito del apoderado del accionante ante la Procuradora Delegada para el Menor y la Familia y (iv) el documento que contiene el aporte doctrinal acerca del Síndrome de Alienación Parental.

Este amparo se solicitó con el fin de mantener el interés superior del niño o adolescente, dado que la juez no tuvo en consideración, entre otras cuestiones, que en la reglamentación de las visitas se debían incluir otras fechas especiales como el día del padre, la semana santa, la semana de vacaciones de octubre, el cumpleaños de los abuelos paternos, tíos, primos, el propio cumpleaños de su hijo, de su hermana y el del propio accionante, así como la actuación objeto de reproche en contra de la madre quien, a juicio del demandante, ha abusado del ejercicio de la

---

<sup>33</sup> Como así consta en el acta de la audiencia con Rad. 2015-00550-00, del veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), folio 356 del cuaderno de anexos, las visitas fueron fijadas de la siguiente manera: El señor *Mario* tendrá derecho a recoger a su hijo, cada quince (15) días, los viernes en la tarde en la residencia materna y tendrá que acompañarlo a su residencia habitual los domingos a las 7:00 p.m. y si esa semana tuviera lunes festivo se ella debería extenderse hasta tal día. Asimismo, ambos padres se alternaran las vacaciones de mitad y de final de año en partes igual, empezando por el padre.

<sup>34</sup> Folio 9 del cuaderno principal. Acta individual de reparto.

custodia y ha impedido la realización del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella. Por último, se cuestionó la parcialidad de la juez por la escogencia “caprichosa” de los medios de pruebas y de los testimonios que se iban a practicar, así como la interrupción en la práctica de ellos, lo que llevó a la providencia a valorar sólo las referencias negativas en contra del accionante y no las demás pruebas documentales aportadas.

### **C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y DE LOS INTERVINIENTES**

19. Mediante auto del treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)<sup>35</sup>, el Tribunal superior del Distrito Judicial de Barranquilla –Sala Séptima de Decisión Civil y de Familia- decidió admitir la acción de tutela de la referencia y poner en conocimiento del Juzgado Primero Oral de Barranquilla, como accionado dentro del proceso, así como a *Isabel* y a la Procuradora Judicial II No. 50 de Familia delegada para el SRPA<sup>36</sup>, por asistirle interés en la defensa de los derechos del menor de edad.

19.1. El Juzgado Primero de Familia de Barranquilla, mediante la titular de este despacho<sup>37</sup>, se refirió a los antecedentes que dieron origen a la providencia de custodia y de visitas cuestionada, para pasar a hacer alusión a las objeciones expuestas en la acción de tutela. En ese orden de ideas, (i) se precisó que la interrupción del apoderado de la parte demandante en los interrogatorios se debió a que las preguntas realizadas no tenían relación con el objeto de la controversia, (ii) también se le recordó a la parte demandante que, de acuerdo con el artículo 439 del C.P.C., sólo podían recibirse dos testimonios pues no se especificó en la solicitud probatoria sobre cuáles hechos iban a testificar, y (iii) finalmente, se indicó que existían una serie de documentos que en el audio de la audiencia se dijeron que se iban a aportar, pero que no reposan entre los que fueron entregados en la etapa de alegatos de conclusión.

En ningún momento se le ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante *Mario* por cuanto todas las pretensiones presentadas fueron resueltas. Por el contrario, según se informó por la juez, pese a unas recomendaciones médicas que tenía, procedió a realizar la audiencia de conciliación, la cual –en todo caso- fue infructuosa. En consecuencia, se solicitó la improcedencia de la acción de tutela, con mayor razón, si en el caso objeto de estudio no existe una causal específica de procedencia del amparo contra la providencia judicial cuestionada.

19.2. La Procuradora 5 Judicial II de Familia de Barranquilla<sup>38</sup>, como agente del Ministerio Público, tras una extensa reflexión sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a los convenios de derecho internacional que se refieren a la custodia y cuidados personales de los menores de edad y al régimen de regulación de visitas,

---

<sup>35</sup> Folio 11 del cuaderno principal. Auto admisorio.

<sup>36</sup> Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes.

<sup>37</sup> Folios 21 a 25 del cuaderno principal.

<sup>38</sup> Folio 26 a 32 del cuaderno principal.

solicitó que al momento de adoptar una decisión se tenga en cuenta el interés superior del niño. Existe una presunción de mantener el vínculo entre los niños o adolescentes y sus padres, cualquiera sea la configuración del grupo familiar y, por tanto, sólo pueden ser separados de ellos en virtud de la ineptitud de la familia biológica para asegurar el bienestar del niño o controlar riesgos reales y concretos en su contra, los cuales deben ser probados por la persona que alega esta circunstancia y con las garantías propias del debido proceso:

*“En casos como el presente como lo ha dicho la Corte, la tensión existente entre el derecho fundamental del niño a integridad personal, física y psicológica, que se invoque en esta clase de trámites, y el derecho fundamental del niño, de éste a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 C.P.), debe ser solucionado en aplicación del principio de armonización concreta por parte del juez constitucional, de tal manera que ninguna de las dos garantías básicas resulten sacrificadas”.*

19.3. De forma extemporánea, *Isabel* solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente, dado que la circunstancia que se está discutiendo fue objeto de decisión mediante el proceso legal instituido para tal fin<sup>39</sup>. No existió vulneración al debido proceso y, por el contrario, se trata de una providencia debidamente ejecutoriada. Como precisiones adicionales se aclaró que nunca se acordó la custodia compartida de ambos padres respecto de su hijo menor de edad, no presentó ningún comportamiento arbitrario pues se encontraba amparada por una solicitud de medidas de protección y no se cumplieron las visitas provisionales que fueron ordenadas, hasta tanto el auto admisorio no quedó ejecutoriado.

#### **D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN**

Primera instancia: Sentencia proferida por la Sala Séptima de Decisión Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

20. Después de referirse a las causales genéricas y específicas de vulneración del debido proceso que posibilitan su protección por la vía de la acción de tutela, se procedió a resolver el caso concreto. Se acreditó el presupuesto de relevancia constitucional, de inmediatez y la subsidiariedad, dado que contra la mencionada sentencia no es posible interponer recurso alguno. Sin embargo, se decidió no conceder la acción de tutela con sustento en que, contrario a lo manifestado por el accionante, en la audiencia realizada se realizó una valoración de todas las pruebas incorporadas al proceso, en donde se precisó el mérito que se le dio a cada una de ellas de acuerdo con la sana crítica, las cuales llevaron a la juez al convencimiento de que la custodia debía otorgarse a la madre del niño.

Impugnación<sup>40</sup>:

---

<sup>39</sup> Folios 45 y 46 del cuaderno principal.

<sup>40</sup> Folios 64 y 65 del cuaderno principal.

21. *Mario* impugnó la decisión del *a quo*, por considerar que no se tuvieron en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a la acción de tutela. En ese sentido, se cuestionó que se hubiera excluido, como padre del niño, de los cuidados personales de su hijo, que la audiencia en la que dictó el fallo no se enmarcó dentro del régimen legal y de la lucha incesante de un padre por ver reestablecidos los derechos del menor de edad.

Segunda instancia: Sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el primero (1º) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

22. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la anterior providencia, con sustento en que se valoraron los testimonios, el informe pericial de psicología forense del niño e incluso la preclusión por el punible de acto sexual con menor de catorce (14) años, los cuales sustentaron la decisión de optar por negar la solicitud de custodia y cuidado personal, al considerar que la madre ha proporcionado unas condiciones personales y afectivas que benefician al niño, sin desconocer que para el crecimiento personal de éste era indispensable el acompañamiento de su padre, motivo que llevó al juzgador de instancia a fijar un régimen de visitas a favor de este último. La decisión que se reprocha se motivó de forma adecuada y se soportó en una interpretación razonada, que con independencia de ser compartida por la parte demandante, no es arbitraria. Esta circunstancia descarta la intervención del juez de tutela.

## **E. ACTUACIONES ADELANTADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN**

23. Mediante auto del veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017)<sup>41</sup>, proferido por el Magistrado Sustanciador<sup>42</sup>, se ofició (i) al ICBF –Regional Atlántico- para que valorara a *Pedro*, con el fin de determinar su situación psico-afectiva y las consecuencias que en su estado emocional y psicológico le han causado las disputas que, en torno a su custodia y las visitas, han tenido sus padres. Del mismo modo, se ofició (ii) a la Fiscalía General de la Nación para que informara en qué etapa se encuentra el proceso en contra de *Isabel* por el presunto delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, así como el proceso que se sigue en contra del señor *Mario* por el presunto delito de violencia intrafamiliar.

Finalmente, (iii) se invitó a rendir concepto a distintas facultades de Ciencias Sociales, Psicología, Sociología, Trabajo Social y Antropología, así como a distintos centros de estudios especializados, con el fin de que de que precisaran – entre otros- los criterios que en la actualidad determinan la existencia de una

---

<sup>41</sup> Folio 17 a 18 del cuaderno de Revisión.

<sup>42</sup> El inciso primero del artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional –Acuerdo 02 de 2015- dispone que “[c]on miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

familia, la reconfiguración de la familia tradicional o “nuclear” y sus distintas formas de vinculación familiar, los efectos que en la relación con los hijos tiene la destrucción de la imagen de uno de los padres y si, en su concepto, existe el denominado “Síndrome de Alienación Parental”, así como los efectos que ha tenido el cambio del concepto de la familia en el rol que ejercen los padres y las madres en su relación con los hijos.

24. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, Regional Atlántico<sup>43</sup>, manifestó que de acuerdo con la información reportada por la psicóloga Liliana Pautt de la Ossa, a quien se le delegó la realización de la valoración de *Pedro*, dicha valoración tuvo lugar el veintinueve (29) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Como resultado de ella se expuso el siguiente análisis:

*“Pedro es un niño en etapa escolar que se encuentra atravesando por un proceso madurativo del desarrollo en el cual se están cimentando conceptos y estructuras que tiene una repercusión importante en el área personal, familiar y social.*

*A lo largo de su crecimiento ha recibido la atención y disposición de las figuras parentales, quien[es] se han preocupado de sus cuidados, no obstante en el transcurso de su vida ha pasado tempranamente por sucesos avasalladores de conflicto interparental con exposición de acontecimientos estresantes que no ha alcanzado a asimilar ni integrar en su campo experiencial, por lo tanto en su estructura de memoria de recuerdos referentes al hecho central de conflicto entre sus padres reaparecen de manera intermitente para interferir especialmente en su capacidad de atención y concentración y conductas de negativismos y resistencia a la autoridad paterna.*

*Como factores generativos tememos que el núcleo familiar donde se haya Pedro está constituido por miembros que conviven con vínculos familiares significativos de afecto y solidaridad mutua, al igual que cuenta actualmente con suficiente red de apoyo social e institucional, con suficiente apropiación de recursos para el bienestar socioeconómico de la familia y el afrontamiento de problemas inherentes al ciclo familiar y personal de sus miembros”.*

Como hallazgos y conclusiones la psicóloga dispone que *Pedro* es “(...) una víctima indirecta del conflicto interparental, en el contexto de la problemática de violencia intrafamiliar, por la exposición crónica a la serie de eventos estresantes que han tenido ocurrencia en el proceso de disputa, lo que ha influido en el funcionamiento y desempeño académico del niño así como en conductas de negativismos y resistencia a la autoridad paterna (...)”. En consecuencia, se recomienda que el niño se vincule a un proceso psicoterapéutico para el manejo del impacto negativo de los estresores asociado a procesos externos identificados – como el conflicto interparental-. En similar sentido, se le recomienda a ambos

---

<sup>43</sup> Folios 58 a 64 del cuaderno de Revisión.

padres la intervención psicoterapéutica que les permita llevar de una manera más solidaria, equilibrada y adaptativa, la relación entre ellos, la responsabilidad de protección al menor de edad y el ejercicio de la crianza del hijo en común.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación<sup>44</sup> informó que la investigación en contra del demandante por el presunto delito de violencia intrafamiliar se encuentra asignada a la Fiscalía Primera Delegada antes los Jueces Municipales y Promiscuos y se encuentra en etapa de indagación. Mientras que la denuncia interpuesta en contra de *Isabel* por los delitos de fraude a resolución judicial y ejercicio arbitrario de la custodia fue archivada, el diecisiete (17) de febrero de dos mil diecisiete (2017), por atipicidad en la conducta. Se anexa la copia de la decisión de archivo y el informe rendido por el juez en el proceso que se sigue en contra del demandante.

25. En relación con la restante información solicitada por esta Corporación, se recibieron los conceptos de los siguientes intervinientes: (i) el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, (ii) el Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, (iii) la Universidad de Manizales, (iv) el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional, (v) el Departamento de Antropología de la Universidad Nacional, (vi) la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas, (vii) el Instituto Colombiano de Antropología e Historia y (viii) el Colegio Colombiano de Psicólogos. Estas intervenciones pueden consultarse en el acápite de anexos de esta sentencia.

26. Por último, debe decirse que después de poner a disposición durante tres (3) días las pruebas recibidas, se recibió un oficio de la Asistente Social del Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla, en el que se reitera la existencia de dos informes realizados en las visitas sociales efectuadas en la residencia del demandante y del demandado –los cuales fueron referenciados en los fundamentos 15.1 y 15.2 de esta providencia-.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **A. COMPETENCIA**

27. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del auto del veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de la Corte, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

### **B. CUESTIONES PREVIAS -PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-**

28. La Corte Constitucional ha estructurado una línea jurisprudencial uniforme en materia de procedencia de la acción de tutela contra las providencias dictadas por

---

<sup>44</sup> Folios 34 a 54 del cuaderno de Revisión.

las autoridades judiciales. Dicha labor ha tomado en consideración la importancia de lograr un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial y la prevalencia y efectividad de los derechos fundamentales<sup>45</sup>.

De esta forma, en la sentencia C-590 de 2005 la Corte realizó una tarea de sistematización y unificación de los criterios que venía aplicando la jurisprudencia constitucional para efectos de definir si procedía o no la acción de tutela contra una decisión judicial. Para ello, estableció un listado de exigencias de procedencia, a saber: (i) los requisitos generales de procedencia, de naturaleza procesal, y (ii) las causales específicas de procedibilidad, de naturaleza sustantiva.

29. Así, previo al análisis del objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a (i) la legitimación por activa y por pasiva, (ii) la relevancia constitucional del asunto, (iii) el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa, (iv) la observancia del presupuesto de inmediatez, (v) la incidencia en la decisión cuando se alegue una irregularidad procesal, (vi) que el actor hubiere identificado los hechos que dieron origen a la violación y que, de haber sido posible, se hubiere alegado oportunamente tal cuestión en las instancias y, finalmente, (vii) que la sentencia impugnada no sea producto de un proceso de tutela. A continuación, se verificará si la acción de tutela interpuesta por *Mario* es procedente:

29.1. *Legitimación por activa:* *Mario* interpuso acción de tutela acorde con el artículo 86 de la Carta Política<sup>46</sup> que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá acudir a la acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre. Con todo, debe precisarse que el accionante también adujo haber interpuesto el amparo para proteger los derechos de su hijo, quien siendo menor de edad, se encuentra representado legalmente por sus padres.

29.2. *Legitimación por pasiva:* El Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla (Atlántico) es una autoridad pública y, como tal, resulta demandable en un proceso de tutela, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991, en la sentencia C-590 de 2005 y en la jurisprudencia uniforme de esta Corporación.

29.3. *Relevancia constitucional:* El asunto sometido al análisis de esta Corporación cuenta con una evidente relevancia constitucional toda vez que, además de involucrar el derecho fundamental al debido proceso del accionante, conlleva de fondo una discusión relativa al desconocimiento de los derechos fundamentales y el interés superior de un menor de siete (7) años de edad, en los términos expuestos en el artículo 44 de la Constitución.

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-395/16.

<sup>46</sup> El artículo 86 de la Constitución Política dispone que: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)”.

29.4. *Agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa:* La Sala observa que se satisface el requisito de subsidiariedad por cuanto la providencia judicial atacada fue dictada en un proceso de única instancia, que no admite recurso alguno. Aunado a lo anterior y no obstante que las decisiones relativas a la custodia y las visitas no hacen tránsito a cosa juzgada material -como así se explicará más adelante- frente al riesgo inminente e irreversible que puede existir en contra de los derechos de un niño es necesario que la Corte se pronuncie.

Tampoco le es indiferente a esta Corporación que el proceso de fijación de custodia y de visitas se hubiere extendido desde el siete (7) de mayo de dos mil catorce (2014) -fecha de la interposición de la demanda- hasta el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016) -momento en el que se profirió la cuestionada providencia-. Conforme a ello, incluso con la posibilidad que tiene el demandante de acudir de nuevo al trámite de un nuevo proceso para resolver este tema, luce desproporcionado someter los derechos de los niños a una espera injustificada que se puede extender por casi dos (2) años más. En estos términos todos los recursos ordinarios y extraordinarios, que eran procedentes, fueron agotados por el accionante.

29.5. *Inmediatez:* El presupuesto de inmediatez presupone que la acción de tutela se interponga en un término razonable desde la afectación del derecho<sup>47</sup>. En este caso, se tiene que *Mario* presentó acción de tutela el veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)<sup>48</sup> contra la providencia, dictada en audiencia, el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Es decir, que transcurrieron cuatro (4) meses desde el momento en el que se consumó la presunta afectación de los derechos fundamentales del actor y del niño y la interposición de la tutela estudiada. Por lo anterior, esta Sala considera que el tiempo acaecido entre la providencia que originó el presente trámite y la interposición del amparo de tutela es razonable.

29.6. *Que la irregularidad procesal haya sido decisiva o determinante en la providencia contra la que se promueve la acción de tutela:* Este requisito se encuentra plenamente satisfecho, pues los criterios de valoración de las pruebas constituyeron la razón por la cual el juez accionado adoptó la decisión de negar la custodia en favor del demandante, quien en sede de tutela alega que la postura del operador judicial es constitutiva de un defecto fáctico por indebida valoración probatoria. Además, como se explicará más adelante – Sección G- la Corte en

---

<sup>47</sup> La Constitución no prevé un término de caducidad para presentar la acción de tutela. En el artículo 86 se indica que puede ser interpuesta “(...) en todo momento y lugar”. Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado que el presupuesto de inmediatez es necesario para declarar que la acción de tutela es procedente. Esta exigencia presupone que el accionante acuda a la acción de tutela en un término razonable desde que se produjo el hecho en el que funda la violación del derecho. No obstante, esta exigencia debe ser analizada en atención a la proporcionalidad entre los medios y fines, derivados de las circunstancias fácticas expuestas en la acción de tutela, sin que pueda exigirse de antemano un término máximo para la interposición, como así se explicó en la sentencia SU-961/99. En similar sentido, en la sentencia SU-391/16 se reiteraron algunos criterios que deben guiar al juez para evaluar el cumplimiento de este presupuesto de procedencia, tales como (i) la situación personal del peticionario, (ii) el momento en el que se produce la vulneración, (iii) la naturaleza de la vulneración, (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela y (v) los efectos de la tutela.

<sup>48</sup> Folio 9 del cuaderno principal. Acta individual de reparto.

materia de control de decisiones judiciales cuenta con una facultad mayor para pronunciarse en relación con los derechos de los niños.

29.7. *Que la parte accionante hubiere identificado razonablemente los hechos generadores de la vulneración, los derechos que se vieron comprometidos y se haya alegado en el proceso judicial tales circunstancias:* El accionante indicó que el Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla (Atlántico) vulneró su derecho fundamental al debido proceso y el interés superior del niño, como consecuencia de supuestamente haber dejado de valorar ciertos medios probatorios y de la deficiente valoración probatorio de otros, que hubieren determinado que la custodia de su hijo debería haberse fijado a su cargo.

29.8. *Que la sentencia impugnada no sea de tutela.* La sentencia cuestionada fue proferida en desarrollo de un proceso de única instancia de fijación de custodia y regulación de visitas, por lo cual también se acredita este requisito.

### **C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN**

30. En esta oportunidad le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si el Juzgado Primero Oral de Familia de Barranquilla, con ocasión de la sentencia proferida el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), en la cual no se accedió a las pretensión de la demanda que buscaba fijar la custodia y los cuidados personales de su hijo menor de edad a cargo del padre, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso del accionante y el interés superior del niño tras incurrir en un defecto fáctico.

Con la finalidad de resolver el anterior problema jurídico, en la presente sentencia se referirá a (i) el defecto fáctico y su desarrollo jurisprudencial (Sección D), (ii) a la familia y sus nuevas realidades, así como a las reglas jurisprudenciales relativas al derecho a tener una familia y no ser separado de ella (Sección E), (iii) al derecho al amor desarrollado por la Ley 1098 de 2006 y el interés superior del niño (sección F) y (iv) al alcance de la revisión constitucional de las sentencias que definen la custodia del menor de edad (Sección G). Luego de ello, la Corte procederá a resolver la situación planteada por el accionante (Sección H).

### **D. EL DEFECTO FÁCTICO COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA ESPECÍFICA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**

31. Una vez que se han verificado los presupuestos generales de procedencia de la acción contra providencias judiciales, le corresponde al juez constitucional determinar si se ha configurado un defecto específico. No obstante, antes de analizar si tal cuestión tiene lugar –lo cual se analizará en el caso concreto- es necesario referirse al alcance del defecto fáctico, en consideración a que, como así

se ha expuesto desde la sentencia C-590 de 2005, éste analiza el respaldo probatorio de la decisión judicial y, en particular, fue el alegado por el accionante<sup>49</sup>.

32.1. La evolución jurisprudencial ha terminado por caracterizar e individualizar las expresiones de dicho defecto en los procesos judiciales. En la sentencia T-261 de 2013, que se refirió a los derechos de los niños, niñas o adolescentes, la Corte indicó que el defecto fáctico busca garantizar que las decisiones se adopten de acuerdo con el material probatorio que se ha recaudado en el proceso. En consecuencia, es posible advertir su presencia en los siguientes eventos: (i) cuando el juez, sin justificación alguna, deniega la práctica de una prueba, (ii) cuando no se valora una prueba existente, (iii) se efectúa una valoración que es, a todas luces, arbitraria o caprichosa o (iv) no se valora, en su integridad, el material probatorio<sup>50</sup>. Sin embargo, en los términos de esa providencia, “(...) [e]n todos esos casos, el interesado tiene la carga de demostrar que la prueba que no se decretó, no se valoró o se evaluó irrazonablemente era definitiva para la solución del proceso”.

32.2. En la sentencia T-309 de 2014, al retomar algunos presupuestos ya desarrollados por la Corte, se precisó que -al margen de la ocurrencia de un defecto fáctico- la valoración del juez de tutela, en principio, (i) debe ser reducida en virtud del respeto al juez natural y a su autonomía, y debe considerar que (ii) las diferencias en la valoración que pueden surgir de la apreciación de una prueba no pueden calificarse, *per se*, como errores fácticos. En efecto, “[e]l juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no sólo es autónomo sino que sus actuaciones están amparadas por el principio de la buena fe, lo que le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y salvo hechos que acrediten lo contrario, que la valoración de las pruebas realizadas por aquél es razonable y legítima”. En consecuencia, para la procedencia del defecto fáctico se requiere un error (iii) ostensible, (iv) flagrante y (v) manifiesto que, a su vez, (vi) cuente con una incidencia directa en la decisión, ya que el juez de tutela no puede convertirse en una instancia evaluadora de la actividad del juez ordinario<sup>51</sup>.

32.3. En la sentencia T-241 de 2016, en similar sentido, se indicó que existen diversas modalidades de este defecto, las cuales pueden traducirse en una dimensión positiva y en otra negativa. La primera corresponde a las acciones valorativas o acciones inadecuadas del juez frente al material probatorio, mientras que, la segunda surge cuando se presentan omisiones en el decreto, práctica o valoración de las pruebas. Con sustento en lo expuesto, se presentó una sistematización de las posibles causales del defecto fáctico:

---

<sup>49</sup> Sin embargo, se debe aclarar que en la providencia de la referencia también se hizo alusión a otras causales de procedencia específica de la acción de tutela contra decisiones judiciales como los defectos: (i) orgánico, (ii) procedimental absoluto, (iii) material o sustantivo, (iv) error inducido, (v) decisión sin motivación, (vi) desconocimiento del precedente y (vii) violación directa de la Constitución.

<sup>50</sup> Este último supuesto, fue incluido en la parte teórica del defecto fáctico en la sentencia T-612 de 2016.

<sup>51</sup> En la sentencia T-587/15 se indicó, en desarrollo de lo anterior, que “[a]l juez constitucional, en cambio, solo le corresponde conocer de violaciones o amenazas a los derechos fundamentales derivadas de las actuaciones judiciales, sin involucrarse en las controversias propias del litigio y, además, solo en caso de que hayan sido alegadas al interior del proceso sin éxito”.

“(…) es posible aclarar, que cuando se trata de la dimensión positiva del defecto fáctico pueden presentarse dos hipótesis concretas: (a) por aceptación de prueba ilícita por ilegal o por inconstitucional y (b) por dar como probados hechos, sin que exista prueba de los mismos. Por su parte, la dimensión negativa tiene lugar en tres situaciones: (i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes, (ii) por valoración defectuosa del material probatorio y (iii) por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella”.

32.4. Finalmente, debe hacerse referencia a la sentencia T-675 de 2016, en la cual se conoció una acción de tutela contra una medida provisional de emergencia que reubicó a una niña en medio familiar y en la que se dispuso que, de cualquier forma, en aquellos eventos en donde se puedan ver comprometidos los derechos de un niño, niña o adolescente, se debe recurrir al interés superior, de manera que “(…) “[e]n caso de duda en la forma cómo debe satisfacerse dicho interés, los funcionarios administrativos y judiciales, según la jurisprudencia, deben realizar las consideraciones fácticas y jurídicas sobre la materia, para lo cual cuentan con un amplio margen de discrecionalidad, siempre que busquen adoptar una decisión acorde con los criterios de índole general delineados por la Corte Constitucional”.

## **E. EL DERECHO FUNDAMENTAL A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA**

33. El artículo 44 de la Constitución dispone como un derecho fundamental de los niños el de “*tener una familia y no ser separado de ella*”. Para comprender esta disposición es necesario estudiar el concepto de familia, el cual fue adoptado en el inciso 1° del artículo 42 de la Carta Política en los siguientes términos:

*“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye 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”<sup>52</sup>.*

La anterior definición parece referirse a lo que se ha entendido por “familia nuclear”. Sin embargo, con el segundo enunciado –esto es la voluntad responsable de conformarla- se amplía esta noción a una comprensiva de otras formas familiares. En efecto, la evolución de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia constitucional es apenas lógica en virtud del carácter sociológico de la noción de familia, la cual se encuentra permeada por el tiempo y el contexto en el que se analice.

---

<sup>52</sup> El artículo 22, de la Ley 1098 de 2006 –Por el cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia- desarrollo el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella en los siguientes términos: “[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. // Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

Así, el derecho a tener una familia, como enunciado normativo, cuenta con una íntima vinculación con la sociedad y con su evolución como núcleo de ella. Si la Constitución debe ser la mayor muestra de un derecho que responda a las necesidades reales de la población de un país, es claro que ella no puede ser inmune al cambio y el concepto de familia no es la excepción pues, tal vez, como ninguna otra institución, es sensible a los cambios y a la conformación de la sociedad. En la sentencia C-577 de 2011, se reconoció esta realidad al estudiar las acusaciones presentadas en contra de la expresión “*un hombre y una mujer*” contenida –entre otras disposiciones– en el artículo 113 del Código Civil. En esa oportunidad la Corte reconoció que en una sociedad plural no puede existir un único concepto excluyente de familia.

En atención a lo expuesto, la Corte considera relevante ocuparse de analizar (i) la protección internacional de la familia y la comprensión que de ella se ha tenido en contextos internacionales; (ii) la necesidad de mantener el vínculo entre el menor de edad y ambos padres cuando exista una recomposición de la familia nuclear y, por último, (iii) la forma en la que el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella se ha interpretado por la Corte Constitucional.

34. La protección de la familia fue contemplada en el artículo 11.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos<sup>53</sup>, en donde se indica que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, ni en su familia. A partir de lo anterior, y en el amparo que de forma internacional se le ha dado como núcleo básico de la sociedad<sup>54</sup>, distintos comités internacionales han concluido que no es posible dar una definición de ella por no existir un modelo unívoco<sup>55</sup>.

34.1. El Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 19<sup>56</sup>, en relación con la familia, indicó que no es posible atribuirle una definición única, dado que ella puede variar en cada Estado e incluso en las regiones del mismo. Por tanto, en sus informes los Estados Partes “(*...*) *deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las*

---

<sup>53</sup> Por medio de la Ley 16 de 1972, se aprobó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”.

<sup>54</sup> Al respecto ver el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 6° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>55</sup> Sin embargo, es necesario precisar que los siguientes referentes no hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, pero sí ilustran la interpretación que se le ha dado a los diferentes tipos de familias.

<sup>56</sup> El Comité de Derechos Humanos fue creado al amparo de los artículos 28 y subsiguientes del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Este Comité supervisa su cumplimiento a partir de (i) los informes que presentan los Estados Partes, (ii) examina las denuncias de otros Estados y de particulares frente a supuestas infracciones y, finalmente, (iii) de la adopción de Observaciones Generales.

*prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”.*

Con sustento en la definición amplia que adopte cada Estado, este Comité indicó que deben prohibirse todos los tratos discriminatorios en relación con los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, de la custodia de los niños, los gastos de manutención o de pensión alimentaria, frente al derecho a la visitas así como en relación con la pérdida y la recuperación de la patria potestad. Todo esto en aras de respetar el interés primordial de los niños. Tal circunstancia, explica porque se precisó que es deber de los Estados Parte proteger a los niños en los casos de rupturas en las relaciones entre sus padres:

*“En particular, los Estados Partes deberían incluir en sus informes información sobre las normas adoptadas para dar a los niños la protección necesaria en caso de disolución del matrimonio o de separación de los cónyuges”.*

34.2. En similar sentido, debe tenerse en consideración que la Observación General No. 7 del Comité de los Derechos del Niño se pronunció frente a la realización de éstos en la primera infancia y, en especial, al tema de “las tendencias sociales y la función de la familia”. Al respecto se indicó que existe una reestructuración de la sociedad, de las prácticas del matrimonio y de la paternidad (maternidad) que pueden repercutir en los niños más pequeños:

*“En algunos países y regiones, las actitudes sociales cambiantes en relación con la familia, el matrimonio y la paternidad están repercutiendo en las experiencias de primera infancia de los niños pequeños, por ejemplo tras las separaciones y reconstituciones familiares. Las presiones económicas también influyen en los niños pequeños, por ejemplo, cuando los padres se ven obligados a trabajar lejos de sus familias y sus comunidades. En otros países y regiones, la enfermedad y muerte de uno o de ambos padres u otro pariente debido al VIH/SIDA es ahora una característica común de la primera infancia. Estos y muchos otros factores repercuten en las capacidades de los padres para cumplir con sus responsabilidades en relación con los niños. Con carácter más general, durante períodos de rápido cambio social, las prácticas tradicionales pueden ya no ser viables o pertinentes a las circunstancias parentales y estilos de vida actuales, pero sin que haya transcurrido tiempo suficiente para que las nuevas prácticas se asimilen y las nuevas competencias parentales se entiendan y valoren”.*

De lo anterior se desprende que, grandes cambios están influyendo en la reconfiguración del carácter de la familia. Tales modificaciones adquieren significativa relevancia para el Derecho y, en esa medida, deben reflejarse en la adopción de nuevas aproximaciones.

35. Frente a la inexistencia de un modelo único y a la recomposición de la familia se presentan nuevos retos para la sociedad, el Estado y los padres en relación con sus hijos. Entre estos desafíos, se encuentra el hecho de que en la ruptura de los

vínculos afectivos entre los padres se deba velar porque el niño conserve las relaciones con los dos, en igualdad de condiciones. En la Observación General No. 17 del Comité de los Derechos del Niño<sup>57</sup>, se indicó que “[e]n caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres”. No obstante, ello debe complementarse con la Observación General No. 7 de este Comité que ya había indicado que para la realización de los derechos de los niños en la primera infancia se debían respetar las funciones parentales y la supremacía de los padres, circunstancia que implica reconocer que ellos tienen la obligación primordial de promover el desarrollo y el bienestar del niño, lo cual lleva consigo la obligación de no separar a los niños de sus padres:

*“Ello implica la obligación de no separar los niños de sus padres, a menos que ello vaya en el interés superior del niño (art. 9). Los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación. Las situaciones que probablemente repercutan negativamente en los niños pequeños son la negligencia y la privación de cuidados parentales adecuados; atención parental en situación de gran angustia material o psicológica o salud mental menoscabada; la atención parental en situación de aislamiento; la atención que es incoherente, acarrea conflictos entre los padres o es abusiva para los niños; y las situaciones en las que los niños experimentan relaciones interrumpidas (inclusive separaciones forzadas), o en las que se les proporciona atención institucional de escasa calidad. El Comité apremia a los Estados Partes a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los padres pueden asumir responsabilidad primordial de sus hijos; a apoyar a los padres a cumplir con sus responsabilidades, en particular reduciendo privaciones, interrupciones y distorsiones que son dañinas para la atención que se presta al niño; y a adoptar medidas cuando el bienestar de los niños pequeños pueda correr riesgo (...).”*

En consecuencia, los dos padres tienen obligaciones comunes con la crianza y el desarrollo del niño. Esto lleva implícito el reconocimiento de que los padres y las madres deben cuidar a sus hijos en pie de igualdad. Se debe reconocer que las prácticas y los modelos familiares son variables y cambiantes, pero ello no debe afectar a los niños pequeños dado que “(...) cada una de estas relaciones puede hacer una aportación diferenciada a la realización de los derechos del niño consagrados por la Convención y que diversos modelos familiares pueden ajustarse a la promoción del bienestar del niño”.

36. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella y, en especial, sobre esta

---

<sup>57</sup> Éste es el órgano que supervisa el cumplimiento de la Convención de los derechos del niño, según lo dispuesto en los artículos 43 y subsiguientes.

disposición constitucional en el contexto de los cambios que ha experimentado la familia, su concepto y las distintas realidades<sup>58</sup>.

36.1. En la sentencia T-500 de 1993 se estudiaron dos casos de hijos de padres separados, en donde esta Corporación indicó que en estos escenarios las obligaciones de los padres adquieren una intensidad superior “(...) *pues en ese momento el menor requiere de mayor atención y comprensión de sus padres, para no resultar perjudicado por el conflicto de ellos*”. En ese sentido, se resaltó que pese a esta ruptura el niño conserva su derecho fundamental a tener su familia y los padres deben poner en funcionamiento todos los mecanismos a su alcance para materializar este derecho, siendo reprochables las conductas tendientes a tomar a “(...) *sus hijos como instrumento de manipulación y destrucción recíproca, olvidando que perjudican al menor*”.

Del mismo modo, en la sentencia T-115 de 2014 la Corte se pronunció frente a una madre que le impedía a su ex pareja visitar a sus hijos menores de edad –pues incluso éste desconocía el domicilio de ellos, su contacto, el colegio en el que estudiaban, entre otros-. En esta ocasión, se resaltó la importancia de las visitas en favor del padre que no detenta la custodia, después de precisar que la separación entre ellos altera la dinámica del niño y su desarrollo. Por tanto, cualquier decisión que involucre a los niños o adolescentes debe consultarse en un diálogo abierto entre la estructura familiar modificada y diferenciar con absoluta claridad que cualquier conflicto entre los padres no debe afectar a los niños:

*“(...) los progenitores deben evitar todo comportamiento que quebrante o debilita los vínculos familiares, tales como aquellos que paralicen el contacto y la comunicación libre y directa entre sus miembros, o los que privilegien la exposición deslucida o degradante de uno de ellos, como quiera que este tipo de contextos generan graves grietas en la unidad familiar, impidiendo el desarrollo integral de los hijos en el marco de la protección constitucional a los derechos de la infancia”<sup>59</sup>.*

36.2. Además de la ruptura en la relación de los padres, la Corte ha determinado que el derecho fundamental de los niños a no ser separados de su familia se debe respetar con independencia de la consanguinidad o no existente entre los padres y los hijos. En la sentencia T-278 de 1994 se conoció el caso de una niña a quien su

---

<sup>58</sup> En la sentencia T-587/98 la Corte Constitucional se refirió a la gravedad de separar a un menor de edad de su familia, en los siguientes términos: “Puede sostenerse que los derechos que se ven afectados al impedir que un menor tenga una familia no se limitan a los enunciados en el mencionado artículo 44 de la Constitución. La negación de tan importante derecho puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal (C.P. art. 14), dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales (C.P. art. 16). //La violación del derecho fundamental de una persona a tener una familia, apareja una degradación tal del ser humano que resulta incompatible con el principio de dignidad protegido por el artículo 1º de la Carta. Por estas razones, siempre que se respeten las normas básicas de convivencia, la decisión de separarse o de no constituir un núcleo familiar sólo puede ser personal. De otra forma, se estaría convirtiendo al sujeto en un mero instrumento de los caprichos estatales y se le estaría privando de un factor determinante de su más íntima individualidad”.

<sup>59</sup> En similar sentido ver la sentencia T-012/12.

madre biológica entregó a una pareja -con fundamento en que no la había podido registrar a causa del fallecimiento del padre-. También se indicó, por parte de la madre, que si la niña se acostumbraba a la pareja podría ser adoptada por ellos. Sin embargo, cinco (5) años después, la madre biológica de la niña –pese a que para ese momento contaba con diez años e identificaba a la pareja como sus verdaderos padres- reclamó su entrega y una defensoría de familia de Bogotá le concedió la razón. En dicha providencia, la Corte Constitucional, con sustento en el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella, concluyó que dado que la niña se sentía plenamente realizada como persona al lado de su familia de crianza y quienes constituyen para ella sus verdaderos y únicos padres, se debía dejar a la menor de edad –de forma transitoria- al cuidado y la protección de este hogar, mientras que la jurisdicción de familia toma una decisión de carácter definitivo respecto de su situación<sup>60</sup>.

36.3. En similar sentido, se ha precisado que esta protección en favor de los niños o adolescentes también comprende las familias extendidas, como así se dispuso por esta Corporación en el caso de una abuela que fue separada de su nieta -a quien cuidó desde su nacimiento- por cuanto los otros abuelos de la niña solicitaron su custodia. De esta manera, en la sentencia T-041 de 1996 se advirtió que “[e]n el Estado Social de derecho que rige en Colombia, la protección consagrada en la Carta Política para la familia como institución básica de la sociedad, no se reduce al amparo de una sola forma de tal institución; si, como en el caso que se examina, la familia nuclear no existe, la familia extendida que venga a llenar ese vacío merece igual protección porque cumple, para con los menores, con las funciones que le corresponden a aquélla. Así, para la protección del derecho de la menor se confirmará, como ya se dijo, lo resuelto en la segunda instancia, como mecanismo provisional, y sólo mientras el juez de familia decide sobre la guarda de la menor”.

36.4. También esta Corte ha determinado que el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella incluye a las “familias monoparentales” y a las “familias ensambladas” –estas últimas con independencia de la orientación sexual de los padres-. En la sentencia SU-696 de 2015 la Corte se pronunció en favor de la solicitud de amparo de una familia homoparental, conformada por dos ciudadanos colombianos que se residenciaron en Estados Unidos y que, con el fin de construir una familia, se realizaron un procedimiento de fertilización *in vitro* -en la cual los óvulos de una mujer donante fueron fertilizados con los espermatozoides de los dos actores-. Producto de lo anterior, la pareja tuvo dos hijos que fueron registrados en su lugar de residencia, sin embargo el Consulado colombiano no expidió los registros civiles de nacimiento en su favor, ni tampoco accedieron a esta petición distintas notarías por no existir una norma que les autorizara registrar a dos menores de edad como hijos de padres homosexuales. Para esta Corporación tal situación les impidió a los niños y a los padres conformar una familia y puso en riesgo su derecho a no ser separada de ella:

---

<sup>60</sup> En la sentencia T-705/16 se afirmó que “(...) en el ordenamiento jurídico colombiano se reconocen diferentes formas de conformar familia ya sea a través de vínculos naturales o jurídicos, entre ellas, encontramos las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos, las ensambladas que son aquellas donde “uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, y las que surgen a través del matrimonio o de la unión marital de hecho”.

*“(...) la mora injustificada en realizar dicho trámite representó una violación directa y contundente a la dignidad, personalidad jurídica y al derecho a tener una familia de los niños. Al negarse a proceder con la inscripción, y hasta tanto el juez de tutela de primera instancia tomó la acertada decisión de proteger sus derechos fundamentales y ordenar que se realizara el procedimiento notarial, Bartleby y Virginia estuvieron expuestos a una posible expulsión del país junto a sus padres por encontrarse en una situación migratoria irregular. Este procedimiento administrativo, se hubiera producido por una omisión deliberada impulsada por prejuicios intolerables en cualquier Estado Constitucional hacia los niños que forman parte de familiares diversas y representó una amenaza cierta contra la estabilidad del núcleo familiar, el interés superior de los derechos de los menores de edad, en especial su derecho a tener una familia y no ser separado de la misma”.*

Por su parte, en la sentencia C-071 de 2015, al conocer de la constitucionalidad de las normas que regulan la adopción, la Corte declaró exequibles las expresiones demandadas de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. De modo que, con apoyo en el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, se consideró lo siguiente:

*“En estos eventos la falta de reconocimiento jurídico del vínculo de filiación conllevaría un déficit de protección del derecho de los integrantes del núcleo familiar a tener una familia y no ser separados de ella, así como de los demás integrantes del núcleo familiar. Como ya se explicó, el artículo 42 de la Constitución reconoce y protege a la familia conformada por la decisión responsable de hacerlo, una de cuyas modalidades es la que se integra entre personas del mismo sexo. En esa medida, cuando un menor ha crecido con el acompañamiento de su madre o padre biológico y se encuentra debidamente acreditada su adaptación en el entorno descrito, impedir la consolidación jurídica del vínculo filial conduciría a desconocer el derecho del menor a tener una familia y, sobre todo, a no ser separado de ella. Una interpretación en este sentido no sería más que un vano esfuerzo por tratar de negar una inocultable realidad (...)”.*

37. Debe concluirse 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.

En el escenario descrito, la Corte Constitucional ha concluido 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<sup>61</sup>.

## **F. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AMOR DEL NIÑO, EL INTERÉS SUPERIOR Y SU MATERIALIZACIÓN EN LA LEY 1098 DE 2006**

38. El artículo 44 de la Constitución dispone que, entre los derechos fundamentales del niño, se encuentra el derecho al amor: “[s]on derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, **el cuidado y amor**, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (...)” (énfasis añadido).

A continuación la Corte identifica algunas de las principales posiciones *ius fundamentales* que se adscriben a la cláusula constitucional que reconoce el derecho de los niños a ser cuidados y amados y que, a su vez, han sido concretadas en distintas disposiciones de la Ley 1098 de 2006<sup>62</sup>. Las normas contenidas en dicha ley, considerando los intereses que protegen son -según lo dispuesto por el artículo 5° de esta ley- de orden público y de carácter irrenunciable.

**38.1. El derecho al amor implica que los padres deben abstenerse de maltratar a sus hijos.** La Corte Constitucional desde sus primeras providencias se refirió a la vinculación de la dignidad humana con el derecho fundamental al amor. En la sentencia T-339 de 1993 se resolvió la acción de tutela presentada por un menor de edad, dirigida a evitar que el padre lo continuara golpeando, de manera que le brindara los cuidados requeridos. En esta providencia, sin hacer alusión explícita a este derecho, se concluyó que el maltrato es un agravio a la dignidad humana inadmisibles, que a su vez es producto de la violencia endémica del país:

*“Sin embargo, el Estado, y especialmente la familia, pues es allí donde se originan los conflictos que engendran el empleo de la violencia contra los niños, están llamados a extirpar esos factores disolventes, atentatorios de la institución, y que en últimas se traducen en situaciones de violencia en contra de los menores. //En la medida en que una sociedad permita que sus niños crezcan en un ambiente de violencia y agresión contra ellos, será imposible erradicar estas degradantes prácticas en las generaciones venideras, que por ser fruto de ese ambiente, incorporarán en su personalidad y en su conducta, el hábito de la violencia que, fatalmente, emplearán contra sus propios hijos”.*

---

<sup>61</sup> Este derecho, como así se indicó en la sentencia T-044/14, no es absoluto y está sujeto a limitaciones, por ejemplo, cuando (i) existen claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del niño o la niña, (ii) existen antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia o (iii) frente a las circunstancias en las cuales el artículo 44 de la Carta ordena protección, esto es por abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Asimismo, debe considerarse que las razones abstractas, como los riesgos existentes frente la visita de un menor de edad a su madre recluida en un cárcel no son suficientes para desconocer su derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella, tal y como se indicó en la sentencia T-408/95.

<sup>62</sup> “Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia”.

En similar sentido, el inciso primero del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006 dispone que “[l]os 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”.

### **38.2. La paternidad y la maternidad exigen un compromiso constante en función del niño, niña o adolescente y, en particular, el deber de recepción en su favor.**

En la sentencia T-503 de 1994 se estudió el caso de un menor de edad que fue entregado a una persona distinta a su familia con el compromiso de que pagaría la educación de la madre del niño y entregaría unas medicinas que le habían sido recetadas. Sin embargo, con el paso del tiempo, la niña fue sustraída de cualquier contacto con su familia biológica y fue bautizada y registrada como hija de la señora que había asumido su cuidado. Ante esta situación, la abuela de la menor de edad acudió a una comisaría de familia con el fin de recuperar a su nieta, sin que esto fuera posible y, en consecuencia, interpuso, entonces, la acción de tutela de la referencia debido a que se había “arrepentido” del abandono.

La Corte hizo referencia al derecho fundamental al amor, a partir del concepto de “la maternidad en función del menor de edad”, que implica un acto continuo de voluntad dirigido al bienestar del hijo y, en ese sentido se concluyó que de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, es la primera vez que se le da al amor el tratamiento de objeto jurídico protegido. Todo niño tiene derecho a ser tratado con amor y, en ese sentido, “(...) si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la **actitud** debida conforme a derecho”.

En consecuencia, la primera manifestación del derecho al amor es el deber de recepción de sus padres frente a sus hijos, de modo que los primeros deben ser maestros de la vida, brindar asistencia, cuidado especial y ayuda. A su vez, según se indicó, los padres no pueden agredirlos, ni abandonarlos -presupuesto que comprende el abandono moral y espiritual<sup>63</sup>-. En efecto, si bien en el caso objeto de estudio se dispuso la improcedencia de la acción de tutela por estar en trámite un proceso ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se advirtió que a los niños no se les puede dar un tratamiento similar al de un objeto:

*“(...) la menor ha sido víctima del abandono, tanto material como afectivo, por parte de su madre, quien al "regalar" a la niña, como si fuera un objeto, incumplió los deberes propios de la madre, señalados en*

---

<sup>63</sup> Al respecto se indicó que. “(...) dentro de las obligaciones de no hacer de los padres, se destacan las de no abandono y no agresión. En torno a la primera, hay que decir que no se refiere solamente al abandono físico, sino también al moral y al espiritual, por cuanto el hombre es una unidad vital que comprende potencias físicas (relativas al cuerpo), morales (relativas a sus virtudes y valores) y espirituales (relativas al cultivo de la intelectualidad y a su actitud trascendente). En cuanto a la no agresión, significa que el deber de corrección tiene un límite en el derecho a la vida (prohibición del aborto) y en el derecho a la integridad física, moral y espiritual del menor”.

*esta Sentencia, y que están consagrados en la Constitución Política (arts. 42 y 44). No tiene justificación moral alguna el incumplimiento del deber de recepción y sobre todo cuando -como en el caso sub examine- se desatiende a la propia hija, con quien se tiene un vínculo natural, por complacer a un eventual compañero sexual, que no es el padre de la criatura. La vida y la dignidad de la menor exigen un compromiso serio y efectivo, no sometido a las contingencias del capricho de la madre biológica”<sup>64</sup>.*

El artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 se refiere, en relación con esta dimensión a la “*responsabilidad parental*”, según la cual existe una obligación inherente, compartida y solidaria del padre y la madre dirigida a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, con el fin de “*(...) lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos*”.

**38.3. La familia es un poder dignificante que es anterior a cualquier influencia de la sociedad.** Más adelante, en la sentencia T-178 de 1994, esta Corporación se pronunció frente a un caso similar, en el que una niña de cinco años fue entregada a dos personas, quienes a partir de ese momento fueron reconocidos por la niña como sus padres, por haber pasado casi toda la vida con ellos. La menor de edad, por conducto de un representante de la Defensoría del Pueblo, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separada de ella, así como al amor por cuanto ha sido amenazada de ser separada de quienes considera como sus verdaderos padres, para ser entregada a su madre biológica. En consecuencia se solicitó que, entre tanto se tramita su declaratoria de abandono, sea entregada en adopción a las personas que durante todo este tiempo le han dado todos los cuidados y el amor que ha requerido.

La Corte amparó los derechos de la niña al cuidado y al amor, a ser escuchada y a ser tenida en cuenta. Para llegar a esta conclusión se refirió al papel dignificante de la familia que permite formar personas conscientes como células vivas de un organismo pensante, complejo y poderoso, que se manifiesta a través de cada uno de sus miembros. El poder dignificante de la familia supone que es allí donde se reconoce, se identifica y se estructura el modo de ser de las personas concretas:

*“La familia como poder dignificante, tiene la capacidad de formar la conciencia de los individuos en los verdaderos alcances de los que constituye la inmensa fuerza de su naturaleza humana. Es pues, en el*

---

<sup>64</sup> Con sustento en las consideraciones de esta providencia, en la sentencia T-110 de 1995 la Corte concluyó, frente a un supuesto caso de abandono, que materialmente éste no se dio pues “*(...) a pesar de haber entregado a su hija YY el mismo día de su nacimiento ocurrido el 3 de julio de 1989 al cuidado de los cónyuges AA, quizás apremiada por calamitosa situación económica, el desespero y la impotencia para proporcionarle los medios materiales necesarios para su subsistencia, no desmayó en sus esfuerzos para recuperar físicamente a su hija, y fue así como pasados sólo 10 días de haberla depositado en el hogar de la mencionada familia, intentó insistentemente por todos los medios en integrarla al seno familiar. // Los esfuerzos de la madre en el sentido indicado no fructificaron, porque desde un comienzo los peticionarios de la tutela le ocultaron el paradero de la menor, y la retuvieron indebida e ilegalmente, no obstante existir una orden judicial que había ordenado su entrega. Además, la negligencia y extralimitación de funciones de algunas autoridades administrativas de familia impidieron el cumplimiento de la decisión judicial que ordenó la entrega de la menor a su madre”.*

***ámbito familiar en el que se reciben las bases de la realización y por ende la futura felicidad del ser humano. // El día en que las personas se decidan a ser lo que están llamadas a ser, de una manera consciente y decisiva, el ser humano logrará ser digno de su destino. Pero especialísimamente, ese cambio lo deben dar todos los padres y madres de familia, porque en sus manos está la formación de la personalidad de cada uno de sus hijos. De esa manera, los niños y jóvenes serán lo que sus progenitores decidan para ellos: ese es el poder de formación y de educación que tienen por derecho propio***”.

A partir de lo anterior, se resaltó que los niños requieren para su crecimiento del cuidado, del amor y del apoyo de sus padres, o de lo contrario se crecerá en un ambiente de soledad y desamor, que les impedirá potenciar sus capacidades y su personalidad. En este contexto, “[e]s inconcebible la vida de un ser humano, al que no se le brinda el más mínimo sentimiento o expresión de amor o cariño. El amor se constituye en el presupuesto fundamental y esencial de la vida humana: no sólo a la persona se le debe amar, sino que debe tener la oportunidad de expresar y manifestar su amor hacia quienes lo rodean”. En efecto, procrear implica la obligación, por parte de sus progenitores, de brindarle amor al niño para su formación “(...) aún después de la crisis, ruptura o separación de la pareja”. Sostuvo entonces la Corte que “[e]n esos momentos de dificultad, de crisis, es cuando el niño requiere del mayor apoyo y amor de sus padres para evitar traumas en su desarrollo emocional”<sup>65</sup>.

**38.4. El desprecio que pueda llegar a sentir un padre por sus hijos no lo libera de sus obligaciones constitucionales y legales.** En la sentencia T-041 de 1996 este Tribunal se pronunció frente a un conflicto por el cuidado personal y la custodia de un menor de edad, que se suscitó entre los abuelos maternos -que la han cuidado desde su nacimiento- y los abuelos paternos, quienes mediante un requerimiento del ICBF, obligaron a que la entrega de la niña se diera en su favor. Sostuvo la Corte que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella implica que, con independencia del desamor e, incluso, la animadversión que el padre pueda llegar a sentir por la madre y su hijo, jurídicamente no pasan de ser circunstancias lamentables que no los liberan de la obligación de asistir y proteger al niño, así como los contenidos prestacionales derivados de tal obligación.

Después de declarar el abandono de ambos padres en relación con la menor de edad, advirtió esta Corte que la efectividad de los derechos de la niña, quien venía sufriendo de las consecuencias negativas de la falta de contacto físico directo con su padre –desde el nacimiento- y con su madre –desde el momento en que ésta la abandonó<sup>66</sup>- debía suplirse a través del régimen de visitas, en el que ambos deberán actuar en el contacto con su hija como si el amor estuviera presente:

---

<sup>65</sup> Según se dispuso en el artículo 1º de la Ley 1098 de 2006, esta normatividad tiene como finalidad, garantizar que los niños, niñas y adolescentes crezcan en el seno de una familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, en donde prevalecerá la dignidad humana.

<sup>66</sup> Indicó este Tribunal: “[s]i desde la perspectiva constitucional, nada obsta para que una mujer cuya relación de pareja terminó hace más de tres años pueda concurrir voluntariamente a conformar otra familia con diferente cónyuge, ello no puede implicar que la terminación del vínculo anterior, o la constitución del nuevo, afecten la

*“(…) Al respecto, la Sala debe señalar que la ley prevé, para aquellos casos en los que uno o ambos padres residen en lugar distinto a sus hijos, el derecho a exigir del juez o acordar con quien tiene la guarda de los menores, un régimen de visitas. Pero ese no es un derecho únicamente de los padres, sino también de los hijos, quienes no deben ser privados de manera absoluta del contacto directo con sus progenitores, sino en aquellos casos en que el juez de familia o el penal, juzguen que se justifica legalmente tal medida.*

*En este caso la Corte ordenará, de manera especial, al Defensor de Familia, que adelante las actuaciones o procesos que sean necesarios para definir con ambos padres de XXXX, el régimen de visitas que deberán cumplir, advirtiéndoles que el trato con la niña debe respetar en toda ocasión el derecho que ella tiene al amor de sus padres; si ellos, o alguno de ellos, por la razón que fuere, no sienten ese amor en su relación filial, deben actuar en su contacto con la niña, como si ese sentimiento estuviera presente, pues si bien el deber de solidaridad y el respeto por la dignidad humana de las personas obliga a todos a dar a los demás un trato considerado, en tratándose de los hijos, el deber de asumir responsablemente la paternidad, implica el de hacer efectivos todos y cada uno de los derechos de los niños, haciéndolos prevalecer sobre los de todos los demás”.*

Con el fin de garantizar en todo momento la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 11 de la Ley 1098 de 2006 prescribe que, salvo las normas sobre legitimidad en la causa para ciertas acciones judiciales o de procedimientos administrativos, *“(…) cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”.*

**38.5. Son contrarias a la Carta las conductas que someten a un menor de edad a situaciones anormales de tristeza.** En similar sentido, en la sentencia T-715 de 1999, esta Corte se pronunció en torno a la acción de tutela interpuesta por una pareja que, desde hacía cinco años, había tenido bajo su cuidado a una niña –a quien habían recibido cuando apenas contaba con cinco meses de nacida- con la aquiescencia de la madre, del Estado y en calidad de hogar amigo. Con posterioridad, la niña se mantuvo a su cargo, pero en calidad de un hogar sustituto, en el que –según se indicó- le habían conferido una verdadera familia brindándole afecto y cariño. La madre de la niña era una joven sordomuda que, debido a su situación económica, había autorizado que ella estuviera bajo el cuidado de la pareja. A pesar de ello, en su favor se había establecido un régimen de visitas que le habría permitido construir un vínculo con la menor de edad. Pese a lo expuesto, el ICBF -a través de una defensoría de familia- decidió retirar, de forma intempestiva a la niña del cuidado de la pareja prohibiéndose cualquier

---

*permanencia de la filiación respecto de los hijos habidos en la unión previa, pues “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (art. 44 C.P.)”.*

acercamiento y afectando los vínculos establecidos. No obstante que se indicó que la niña sería entregada a la madre, esto no se dio y, por el contrario, fue ubicada en un hogar de paso.

En la providencia de la referencia se consideró que el Estado debe proteger a los menores de edad las veces que sean requeridas. Se indicó que la niña, en el caso objeto de revisión, no podía ser retirada de forma intempestiva de la que fue su familia por más de cinco (5) años, pues la autoridad administrativa no se encuentra investida de potestad sobre la vida y los derechos de los niños, con mayor razón si no existían razones de peso para tomar esta determinación. Se concluyó por esta Corporación que “(...) *se afectan los derechos del niño y de las personas que le prestan solidaridad si se producen situaciones anormales de tristeza y desconcierto*”. Consideró la Corte que, el derecho al amor de la niña fue trasgredido pues fueron varios los años en los que ella permaneció con la pareja, con el visto bueno del ICBF. En consecuencia, fue atribuible a la institución no haber tomado las determinaciones en el momento oportuno y, por el contrario, el comportamiento que se le cuestiona a esta institución, la cual fue adoptada como la “solución”, terminó por causarle un daño mayor a la niña:

*“Fueron varios los años que la niña permaneció con los A-B, con el visto bueno del ICBF, es pues culpa de la Institución no haber tomado las determinaciones en el momento oportuno. Ocurrió lo previsible: la menor gozó de gran afecto y de buenas condiciones donde los padres sustitutos, se crearon lazos muy fuertes, lo cual constituyó, a la hora de la verdad, un hogar de hecho para la menor y una relación afectiva cada vez mayor entre la pareja A-B y la niña L. Esta deficiencia administrativa por parte del ICBF permitió que con el paso del tiempo, la niña se formara la imagen de una familia que le otorgaba amor y cuidado y era apenas natural que creyera que ese era su hogar. // Cuando abruptamente se la separa de la pareja A-B, (así fuera un hogar sustituto), tal comportamiento violenta los derechos de la niña porque el rompimiento, además de inhumano, significó la violación al derecho fundamental a la imagen de una familia, a no ser separado de ella y al cuidado y al amor que el artículo 44 de la C. P. consagra como parte de los derechos fundamentales del niño”<sup>67</sup>.*

Así, no debe perderse de vista que en la definición de maltrato infantil, adoptada por el inciso 2 del artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, se incluye no sólo el

---

<sup>67</sup> Del mismo modo, debe relacionarse la existencia de otras providencias que se han referido, de forma tangencial, al tema: (i) en la sentencia T-412/00 se estudió el caso de un padre que, en cumplimiento del régimen de custodia compartida, se había traído a su hijo menor –pues su residencia era Estados Unidos- y le informó a la madre, ciudadana estadounidense y residente en este país, que no la devolvería –lo cual devino en una disputa de derecho internacional y en una controversia sobre la custodia del menor-; (ii) en la sentencia T-246/16 se analizó el derecho al amor, de forma sucinta, como uno de los fundamentos para la realización de las visitas de los niños en favor de las personas privadas de libertad; (iii) en la sentencia C-174 de 2009 se consideró que la licencia de paternidad es efectivamente conducente para que el padre le pueda brindar cuidado y amor a su pequeño hijo, y en ese sentido “(...) *Luego, la idea de que el padre se involucre activamente en la crianza de las hijas o hijos brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, es fundamental para su desarrollo armónico e integral, que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (arts. 42 y 44 de la Constitución)*”. En similar sentido ver la sentencia C-382/12 y T-190/16.

perjuicio, castigo, abuso o humillación física, sino también la violencia psicológica, la que podría cobijar aquellas situaciones en donde, de forma intencional, se somete al menor de edad a situaciones anormales o extraordinarias de tristeza.

**38.6. *El derecho al amor de los menores de edad es un mandato jurídico de la Constitución de 1991.*** En la sentencia T-129 de 2015, esta Corporación se ocupó con amplitud del derecho fundamental al amor. En dicha oportunidad, se trató una acción de tutela interpuesta contra el ICBF, con ocasión de que un miembro de la Policía Nacional recibió de la madre biológica a un menor de edad que se encontraba en mal estado. A pesar de que el Policía llamó a la Patrulla de Infancia y Adolescencia, con insistencia, como esta nunca llegó, el accionante -con su cónyuge- estuvo al cuidado del niño algunos meses, luego de lo cual, solicitó su adopción. No obstante, esta pretensión fue negada por el Comité de Adopciones en consideración a que el actor “*no era idóneo moralmente para adoptar, porque había incumplido de manera grave sus deberes como Policía al no haber entregado al niño, en la primera oportunidad a la Patrulla de Infancia y Adolescencia*”. Se concluyó que el accionante no actuó como un agente dirigido a mantener el orden público, sino como una persona que quería satisfacer sus deseos de ser padre y quien, a su vez, no tenía los suficientes ingresos económicos, ni contaba con vivienda propia. En consecuencia, se ordenó la entrega del niño y su remisión a un hogar sustituto.

Al momento en que la Corte Constitucional se pronunció, ya había transcurrido más de dos años y el menor de edad seguía al cuidado de la pareja que la había recibido inicialmente, en virtud de distintos recursos judiciales. Con sustento en el derecho fundamental al amor, a la idoneidad moral y social en los procesos de adopción y al derecho a no ser separado de la familia, se concluyó que (i) no existía prueba que acreditara que la pareja quisiera apropiarse del niño, pues su propósito fue cuidarlo, tanto así que lo mantuvieron en contacto con su madre hasta que ella desapareció, (ii) no era cierto que existiera una falta de idoneidad moral para adoptarlo y, por el contrario, como lo indicaron los conceptos de los especialistas, se le garantizó una verdadera familia. En consecuencia se dispuso que, al momento de evaluar quién o quiénes deberían ser los adoptantes del niño, habría tener en cuenta su interés superior y realizar todas las gestiones para que, en la medida de lo posible, se mantengan los lazos con esta pareja y darle prioridad en el proceso de adopción<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> En esta providencia, en relación con el derecho al amor, se precisó que: “3.1. *A pesar de no existir un consenso sobre el significado del amor, debido a la multiplicidad de definiciones determinadas en su mayoría por la experiencia personal, hay un acuerdo tácito respecto a su presencia en nuestras vidas y su impacto determinante en las relaciones sociales. En ese sentido, puede aseverarse su existencia sin importar que no pueda enmarcarse dentro de una definición de carácter positivo.// Desconocer la presencia del amor en nuestra sociedad y su impacto en las relaciones jurídicas, no sólo es incoherente sino contraevidente, basta con observar fenómenos como el matrimonio, la unión solemne, los divorcios, la adopción, el aborto, la eutanasia y el maltrato animal, que apelando a valores de diversa índole para su justificación o rechazo, se han desarrollado también a partir de premisas sobre el amor propio, amor a las demás personas, amor a la naturaleza, amor a una concepción particular de la vida, o amor a una idea. // 3.2 Aunque muchos de los actos desarrollados en nombre del amor, no tienen una justificación o consecuencia jurídica, ello no implica que el Derecho deba mantener una distancia respecto al mismo con el propósito de mantenerse depurado de cualquier apreciación valorativa que afecte la recta impartición de justicia. Si la dignidad, el respeto y la confianza, son principios justificados a partir de valores, no hay razones suficientes para que el amor no sea una máxima de optimización de las relaciones sociales (sin imponerse de manera absoluta y descontextualizada), toda vez que también es un valor.//Ciertamente podría exponerse que el amor no tiene fundamento alguno y por lo tanto no puede dársele la categoría de valor, como se le daría a la vida, a la dignidad, a la honestidad, a la solidaridad o a la libertad, sin embargo esto constituiría una falacia argumentativa ya que estos*

39. En suma este Tribunal, a través de diferentes salas de revisión, ha reconocido que el derecho al amor -artículo 44 de la Constitución- implica (i) un deber de recepción de los padres en la relación con sus hijos en su calidad de maestros de la vida, (ii) el respeto de los niños, como seres humanos, quienes deben ser escuchados y tenidos en cuenta en las decisiones que los afecten y con el ideal de potencializar su conciencia, la inmensa fuerza de la naturaleza en su formación y su identidad, (iii) el desamor e incluso la animadversión que siente un padre o una madre por su hijo no lo libera de sus obligaciones de protección y cuidado y (iv) las autoridades administrativas no se encuentran investidas de la facultad sobre la vida y los derechos de los menores, por lo cual no es posible que ellas den lugar a situaciones anormales de tristeza. Se trata de un derecho con el poder de transformar ciertas relaciones jurídicas.

### **G. LA POSIBILIDAD EXCEPCIONAL DEL JUEZ DE TUTELA, EN VIRTUD DEL INTERÉS SUPERIOR, DE VALORAR AQUELLAS SENTENCIAS QUE DEFINEN LA CUSTODIA Y LAS VISITAS DEL MENOR DE EDAD**

40. El régimen de custodias y visitas en el ordenamiento jurídico colombiano 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<sup>69</sup>.

En adición a ello, el artículo 23 de Ley 1098 de 2006 dispone que “[I]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

---

*valores tampoco tienen justificación alguna sino que se asumen, como ha sido expuesto por Bobbio “el fundamento de derechos de los que sólo se sabe que son condiciones para la realización de valores últimos es la apelación a dichos valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, se asumen: lo que es último, justamente por su carácter de tal, no tiene fundamento alguno”*”.

<sup>69</sup> El artículo 256 del Código Civil dispone lo siguiente: “[a] padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes”.

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<sup>70</sup>. Según ha sido precisado por este Tribunal:

*“(...) cada uno de los padres tiene derecho a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos; y tiene, además la facultad de desarrollar su relación afectiva como la considere pertinente, siempre y cuando no lesione los intereses prevalentes del menor. Por esta razón, cada uno de los cónyuges debe respetar la imagen del otro frente a sus hijos, no debe aprovecharse de su situación de privilegio, frente a aquel que no tiene la tenencia del menor, para degradarlo y menospreciarlo, olvidando que su función es buscar el desarrollo integral de los hijos”<sup>71</sup>.*

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.

41. El artículo 21 de la Ley 1564 de 2012<sup>72</sup> advierte que es competencia de los jueces de familia, en única instancia, conocer de “3. *De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios*”. Antes de su expedición y de su entrada en vigencia era el Decreto 2272 de 1989<sup>73</sup> el que establecía esta competencia, el cual se complementaba con el numeral quinto del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual deberían tramitarse mediante el proceso verbal sumario aquellas controversias relacionadas con este tema, sin perjuicio de las atribuciones que le correspondían al Instituto Colombiano del Bienestar Familiar.

41.1. En la sentencia C-718 de 2012 la Corte Constitucional, en vigencia del anterior régimen, conoció de una demanda de inconstitucionalidad en contra del trámite que en única instancia se había dispuesto para la fijación judicial de la custodia, las visitas y la protección legal de los niños, niñas y adolescentes. Afirmaba el demandante que se había desconocido el principio de doble instancia, en un proceso que cuenta con una gran trascendencia para los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y de la familia. La Corte declaró la exequibilidad de las expresiones acusadas, después de considerar que la definición de este proceso como de única instancia se enmarca en la libertad de configuración del legislador. Así, pese a que la norma acusada estableció que la providencia que decida de fondo sobre los procesos de custodia, cuidado personal y

---

<sup>70</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-500/93.

<sup>71</sup> *Ibíd.*

<sup>72</sup> Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

<sup>73</sup> Por el cual se organiza la Jurisdicción de Familia, se crean unos Despachos judiciales y se dictan otras disposiciones.

régimen de visitas no puede ser apelada, la realidad es que las disposiciones demandadas contemplan otros recursos, acciones u oportunidades procesales para garantizar el derecho a la defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia. Adicionalmente para la Corte, según se explicó en la sentencia C-269 de 1998, las providencias que se dictan en procesos de jurisdicción voluntaria –como el proceso objeto de estudio- no hace tránsito a cosa juzgada material, por lo cual el juez de instancia mantiene su competencia y puede modificar la sentencia proferida:

*“Es claro entonces que, la sentencia que establece la custodia, visitas y permiso de salida del país de niños, niñas y adolescentes, no tiene carácter definitivo, pues como ya se señaló no hace tránsito a cosa juzgada material, y por ende puede ser revisada y modificada en cualquier momento, por el juez de instancia que conoció el proceso dado que éste mantiene su competencia para esos efectos”.*

41.2. En virtud de lo anterior, en los procesos de fijación de custodias, visitas y cuidado de personal de los niños, niñas o adolescentes se debe considerar que, pese a que las providencias proferidas sean de única instancia, ellas no hacen tránsito a cosa juzgada material. Este postulado se entiende de una mejor manera si se tiene en cuenta que este proceso no es uno de partes orientado a un objeto, sino a una persona que, por expresa disposición de la Constitución, goza de una especial protección constitucional.

42. Previo al pronunciamiento judicial existe la carga de acudir a la conciliación sobre este tema, en los términos del artículo 40 de la Ley 640 de 2001<sup>74</sup>. Si lo anterior es infructuoso, es decir si no existe un acuerdo entre las partes, el Defensor de Familia o la Comisaria de Familia pueden definir el régimen provisional de custodia, visitas y alimentos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 100 del Código de Infancia y Adolescencia, que estipula la existencia de un procedimiento administrativo a cargo de estas autoridades dirigido a garantizar el seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento establecidos en el ordenamiento. Es necesario precisar que la decisión provisional adoptada deberá ser remitida al Juez de Familia para homologar el fallo.

Lo anterior, sin perjuicio de las demás medidas de protección y restablecimiento de derecho en favor de los menores de edad que, según se estableció en el Código de Infancia y Adolescencia<sup>75</sup>, buscan restaurar la dignidad e integridad de los niños, de las niñas y de los adolescentes. Estas facultades legales contemplan la adopción de las siguientes posibilidades: (i) la amonestación con asistencia obligatoria a cursos pedagógicos, (ii) el retiro inmediato del niño, niña y adolescente de la actividad que amenace, vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en las que se pueda encontrar, (iii) su ubicación inmediata en un nuevo medio familiar o en centros de emergencia -en los casos en los que proceda la ubicación en los hogares de paso-, (iv) la adopción, (v) cualquier otra medida que garantice la protección

---

<sup>74</sup> Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

<sup>75</sup> Medidas de Restablecimiento de los Derechos. Artículo 50 y subsiguientes. Capítulo II de la Ley de Infancia y Adolescencia.

integral de los niños, niñas y adolescentes y, finalmente, (vi) la posibilidad de promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a las que hubiere lugar.

43. La aplicación de las anteriores medidas administrativas y judiciales deben responder al principio de interés superior dispuesto en el inciso 3° del artículo 44 de la Constitución, según el cual “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. En el artículo 8° del Código de Infancia y Adolescencia se definió este principio como “(...) *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*”. Además, se estipula que (i) las normas contenidas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad hacen parte integral de este código y determinarán que se aplicará, en todo caso, la norma más favorable al interés superior<sup>76</sup>, (ii) se tendrá en consideración que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes prevalecerán los derechos de éstos, en especial si existe un conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier persona<sup>77</sup> y (iii) el derecho a la integridad personal de los menores de edad implica la proscripción de toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona<sup>78</sup>.

43.1. En la sentencia T-510 de 2003 se instituyeron una serie de criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor de edad en cada caso. Entre estos presupuestos se encuentran los siguientes: (i) *la garantía del desarrollo integral del niño o adolescente* que predispone que, como regla general, es necesario asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético y la plena evolución de su personalidad; (ii) *la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor de edad*, que incluye la satisfacción de los derechos a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el derecho a tener una familia, entre otros; (iii) *la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos*, entre los que se cuentan los abusos y las arbitrariedades, las condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico por desconocer, en general, la dignidad humana en todas sus formas<sup>79</sup>; (iv) *la provisión*

---

<sup>76</sup> Artículo 6° del Código de Infancia y Adolescencia.

<sup>77</sup> Artículo 9° del Código de Infancia y Adolescencia.

<sup>78</sup> Artículo 18 del Código de Infancia y Adolescencia.

<sup>79</sup> De conformidad con el artículo 20 del Código de Infancia y Adolescencia o Ley 1098 de 2006 los derechos de los niños, niñas o adolescentes comprenden los derechos de protección contra (i) el abandono físico, emocional y psicoactivo de los padres, (ii) su explotación económica, (iii) el consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización, (iv) la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad, (v) el secuestro, la trata de personas, la esclavitud o la servidumbre, (vi) las guerras y los conflictos armados internos, (vii) el reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley, (viii) la tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria, (ix) la

de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor de edad, circunstancia que incluye el deber de proveerle al niño una familia en la cual los padres cumplan con sus deberes derivados de su posición y así le permita desenvolverse en un ambiente de cariño, comprensión y protección; (v) *la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno –filiales*, las cuales no pueden limitarse a mejores condiciones económicas, sino a verdaderas razones que hicieren temer por su bienestar y, por último, (iv) *el equilibrio con los derechos de los padres*, que fue definido por esta Corporación en los siguientes términos:

*“Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo (...)<sup>80</sup>.*

43.2. Con el fin de satisfacer el interés superior del niño, niña o adolescente<sup>81</sup> y sus facetas en los procesos de fijación de custodias y visitas -en particular en aquéllos en donde se evidencie un verdadero peligro para la integridad del menor y sus

---

situación de vida en calle, (x) los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin, (xi) el desplazamiento forzado, el trabajo que pueda afectar la integridad física del menor o interferir con su educación, (xii) el maltrato infantil, (xiii) el contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, las minas antipersonales, entre otros.

<sup>80</sup> Esta providencia fue reiterada, de forma más reciente, en la sentencia T-557/11.

<sup>81</sup> El artículo 8 de la Ley 1098 de 2006 definió al interés superior del niño, niña o adolescente como “(...) *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*”. Esta misma normatividad prescribe que existe una prevalencia de estos derechos: “[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. //En 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”.

derechos- el juez constitucional puede, excepcionalmente, valorar de forma integral la providencia que la define.

Los artículos 3.1 y 3.2 de la Convención Sobre los Derechos de los niños disponen que todas las instituciones –públicas o privadas- de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos en todas las medidas que afecten a los niños deben atender, de forma primordial, al interés superior del menor de edad y asegurar su protección, cuidado y bienestar. En similar sentido, en el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dispone que todo niño tiene derecho -sin discriminación de ningún tipo- a las medidas de protección que a su edad requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. Esta última cuestión se encuentra estipulada, en términos muy similares, en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En aquellas decisiones que los afecten -tal como lo es el proceso de regulación de custodia y de visitas y las acciones de tutela que las cuestionen- existe el deber de asegurar la aplicación de las normas legales que los protegen (prohibición de defecto sustantivo) así como la garantía que ampara el interés superior del menor de edad (prohibición de violar la Constitución) con sustento en la infracción del deber de proteger el interés del niño o adolescente. La posibilidad del juez constitucional que conoce de una acción de tutela en contra de una providencia judicial que define la custodia y las visitas es amplia en consideración (i) al objeto del proceso, (ii) al interés superior y (iii) los efectos graves e irremediables de ciertas decisiones que pueden ir en detrimento de sus derechos.

El amplio deber y margen de las autoridades administrativas y judiciales para determinar la primacía de los derechos del menor de edad en cada caso fue desarrollado en la sentencia T-808 de 2006. En esta oportunidad, se estudió una acción de tutela que cuestionaba una decisión judicial por incurrir en un defecto fáctico, frente a lo cual esta Corporación concluyó que la falta de valoración de ciertas pruebas puede dar lugar a un defecto sustancial por no haber tenido en cuenta el interés superior del niño como criterio para valorar íntegramente las pruebas aportadas. Dijo la Corte:

*“(...) se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e*

*irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos*”<sup>82</sup>.

44. En síntesis, el interés superior y su expresión en este tipo de procesos puede justificar que excepcionalmente, siempre y cuando se verifiquen rigurosamente las causales generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, el juez de tutela adopte decisiones que podrían incidir en la sentencia que resuelve la custodia y las visitas del menor, con el fin de proteger un derecho fundamental. Al respecto, 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.

## **H. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO**

45. Tal y como quedó planteado, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el Juzgado Primero Oral de Familia de Barranquilla, con ocasión de la sentencia proferida el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016) -en la cual no se accedió a las pretensión de la demanda que buscaba fijar la custodia y los cuidados personales de su hijo menor de edad a cargo del padre- vulneró los derechos fundamentales al debido proceso del accionante y el interés superior del niño tras incurrir en un defecto fáctico.

Asimismo, en los términos en los que se precisó en el acápite precedente, es necesario determinar si la decisión del juez que se estudia incurrió en un defecto fáctico o en uno sustantivo por desconocimiento de las normas legales que protegen al niño y, en especial, por vulnerar el artículo 44, referido al interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, la Corte realizará una evaluación integral de la providencia y de los hechos que dieron origen a ella.

46. Con el fin de abordar el problema jurídico propuesto, esta Corporación (i) se referirá, a partir del material probatorio, a la relación existente entre los padres de *Pedro* de siete (7) años de edad. Luego de ello, la Corte se ocupará de (ii) definir si en la providencia objeto de estudio el Juzgado Primero Oral de Barranquilla incurrió en un defecto fáctico, en uno sustantivo o en una violación directa de

---

<sup>82</sup> Sentencia T-808/06 que reiteró lo dicho en las sentencias T-510/03 y T-397/04.

Constitución, por desconocimiento del interés superior del menor de edad. Finalmente (iii) la Corte establecerá, después de realizar un juicio ponderado acerca de las condiciones del niño, niña o adolescente, si procede adoptar decisiones complementarias con el fin de amparar sus derechos.

47. De la circunstancias, en extenso transcritas en los antecedentes de esta providencia, es posible inferir que el conflicto suscitado entre *Mario* e *Isabel* se ha proyectado por fuera de su órbita personal y ha afectado al menor de edad, al extremo de interferir en la realización de sus derechos fundamentales y afectar el interés superior del niño (art. 42), la dignidad humana (art. 1º) y a tener una familia y no ser separada de ella (art. 44). Es usual que las relaciones de pareja se enfrenten a dificultades y a rupturas definitivas, como así sucedió entre las partes. No obstante, no es posible que el dolor o los sentimientos negativos entre ambos conduzcan a olvidar que la paternidad y la maternidad no cesan y que se trata de un acto continuo de voluntad dirigido al bienestar del niño. La familia, como así se advirtió, es un organismo poderoso formador de la conciencia humana.

47.1. En ese sentido, debe indicarse que los reiterados incumplimientos en las visitas –acordadas o fijadas de forma provisional o definitiva-, la existencia de una serie de denuncias penales mutuas, entre las que se cuenta la del delito de acto sexual abusivo que se siguió en contra del demandante<sup>83</sup> e, incluso, los episodios de violencia verbal y física, que han sido presenciados por su hijo, denotan que el niño ha sido utilizado como un objeto para canalizar las disputas de los padres. Ello desconoce el interés superior de *Pedro* quien, pese a su corta edad, se ha visto expuesto a constantes conflictos verbales y jurídicos en torno a él. Como así se indicó, no basta con que los padres cumplan con brindarle las condiciones materiales de existencia a su hijo, sino que se debe reconocer que en medio de todos estos desencuentros por la regulación de la custodia y la fijación de las visitas existe un ser humano con un proyecto de vida en formación, que además no le pertenece a sus padres por ser un fin en sí mismo y, por tanto, no puede ser tratado como un bien objeto de discordia o de aprehensión.

La recomposición de las relaciones familiares deberá impactar, en la menor medida posible, en los niños. En tiempos de crisis, es necesario velar por su interés prioritario, antes que por los intereses particulares de los adultos y, es por esto que no se puede condicionar la relación del niño con ninguno de sus progenitores a menos que se demuestre la existencia de un peligro para él. En efecto, la felicidad de un niño se ve limitada cuando, pese a estar con uno de sus padres, no puede estar con el otro o se ve enfrentado a la destrucción de su imagen. La felicidad de los niños no puede supeditarse a los caprichos de sus padres, él tiene derecho al cuidado de ambos y esto incluye, por supuesto, la realización efectiva de las visitas con su padre.

47.2. No ha sido suficiente el cuidado que, en este caso, le han dado los padres a su hijo. De las pruebas, se puede extraer que la vulneración al derecho al amor de *Pedro* se dio, no obstante que tanto *Isabel* y *Mario* manifiestan un sentimiento de

---

<sup>83</sup> Frente a la cual se declaró su preclusión, como así se precisó en los antecedentes de la demanda.

amor profundo por su hijo. Las disputas verbales y físicas, así como la exposición de circunstancias íntimas para denunciar al padre del niño por un supuesto delito de violencia sexual en contra del niño ha afectado su derecho fundamental al amor, de conformidad con la sentencia T-715 de 1999, que dispuso que se afectan los derechos de los niños cuando se producen en ellos situaciones anormales de tristeza y desconcierto. El deber como padres debe ser exteriorizado y ello implica, en el caso estudiado, la obligación de éstos de sobrellevar una relación cordial, no por ellos, sino por una persona en formación de apenas siete (7) años.

47.3. Por último, debe advertirse que distanciar a un hijo de su padre es ignorar los deseos más profundos de un niño de formar una relación constante con él y, a su vez, ignorar el derecho del menor de edad a tener una familia y a no ser separado de ella. No deben desconocer las autoridades y los padres que el niño afirmó anhelar más tiempo con su padre. Así quedó expuesto en el informe pericial de psicología forense realizado a Pedro, en el que se da cuenta de sus palabras, indicando que “(...) quisiera verlo a él 100 horas porque dos horas es muy poquito (...) mi papá no está de acuerdo con las dos horas que lo veo y mi mamá sí, yo tampoco estoy de acuerdo. Mi papá me dijo que las cosas se van a arreglar, él en su casa ya me tiene una camita y mis juguetes, cuando todo se arreglé yo viviré con él”<sup>84</sup>.

48. Le corresponde a esta Corporación determinar si el Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barraquilla incurrió en la decisión proferida, el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016) -que resolvió fijar la custodia en favor de *Mario* y de regular las visitas del padre del niño-, en un defecto fáctico<sup>85</sup>, en sustantivo<sup>86</sup> o en una violación directa de la Constitución<sup>87</sup> por desconocimiento del interés superior del menor de edad. El demandante cuestionó esta providencia, tras aducir que (i) sin fundamentos de hecho o de derecho se hizo un pronunciamiento denegatorio de sus pretensiones y (ii) se dejaron de valorar ciertos medios probatorios como el informe de la visita social realizada al niño, la certificación expedida por el Juez Coordinador, que indicaba que se iba a realizar audiencia de imputación en contra de la demandada por el presunto punible de ejercicio arbitrario de la custodia, entre otros, aunado al desconocimiento del interés superior de éste por no incluir en la regulación de las visitas ciertas fechas especial como el día del padre y los cumpleaños. Así, en la acción de tutela se cuestionó la parcialidad de la juez por la escogencia “caprichosa” de los medios de pruebas y de los testimonios a practicar.

---

<sup>84</sup> 277 a 281 del cuaderno de anexos.

<sup>85</sup> La sentencia T-261 de 2013 indicó que una decisión judicial podría incurrir en un defecto fáctico en los siguientes eventos: “i) cuando el juez deniega, sin justificación, la práctica de una prueba; ii) cuando deja de valorar una existente y iii) cuando la valora de manera caprichosa o arbitraria. En todos esos casos, el interesado tiene la carga de demostrar que la prueba que no se decretó, no se valoró o se evaluó irrazonablemente era definitiva para la solución del proceso”.

<sup>86</sup> En similar sentido, la anterior providencia caracterizó el defecto sustantivo en los siguientes términos: “(...) es el que tiene lugar cuando la providencia respectiva contiene errores derivados de una equivocada interpretación o aplicación de las disposiciones jurídicas en el caso sometido a conocimiento de la autoridad judicial. En últimas, el defecto aparece cuando la decisión examinada se aparta ostensiblemente del régimen jurídico vigente para la materia de que se trate, sin ello implique una autorización para cuestionar la pertinencia o la validez de los argumentos planteados por el juez ordinario”.

<sup>87</sup> Este Tribunal ha sostenido “resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados” (T-090 de 2017).

48.1. Pese a lo expuesto por el demandante, la Corte se abstendrá de declarar la existencia de un defecto fáctico en la providencia cuestionada con sustento en las siguientes consideraciones.

48.1.1. En primer lugar, lejos de haber incurrido en este defecto específico, se advierte que el juzgado accionado decretó, de oficio, una gran cantidad de pruebas que al momento de tomar la decisión fueron muy relevantes. Así sucedió con el informe de visita social realizado al demandante y con el informe de visita social efectuado en la residencia de la demandada en el que se confirmó el distanciamiento entre el niño y su padre y en donde, además, se pudo establecer que el menor de edad convive con una familia extensa y un núcleo familiar unido favorable a su desarrollo integral, así como el informe pericial de psicología forense realizado al niño en el que se manifestó su interés de pasar más tiempo con su padre. Dichas pruebas tuvieron por objeto no sólo adoptar una mejor decisión en favor del niño, sino también conferirle la posibilidad de que pudiera opinar acerca de su situación como garantía de la dignidad humana.

48.1.2. Una segunda razón, se relaciona con la circunstancia de que fue en la misma providencia cuestionada en la que se destacó la importancia del derecho a las visitas en favor del padre y del niño y de la necesidad de reestablecer el vínculo entre ambos, de conformidad con el material probatorio recopilado. Esta conclusión se extrae de todo el material probatorio que obra en el proceso e implica la valoración de los diversos medios de pruebas.

Igualmente, la razón para no decretar algunos testimonios consistió en que no se acreditó su necesidad. Por último, debe advertirse que tampoco existió una defectuosa valoración probatoria dado que la providencia cuestionada, de una parte, tuvo en consideración la preclusión por el supuesto delito de acto sexual con menor de catorce (14) años en favor del demandante y, de otra, pese a la existencia de argumentos basados en estereotipos, el juzgador se abstuvo de tenerlos en consideración. En consecuencia, la Corte negará el amparo de los derechos fundamentales invocados por *Mario*.

48.1.3. Así, no le asiste razón al demandante al indicar que la providencia incurrió en un defecto fáctico por no haber valorado ciertos documentos, entre los que se mencionan los siguientes: (i) la denuncia en contra de *Isabel* que es tramitada por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia, (ii) la certificación del juez coordinador, que indicaba que se iba a realizar una audiencia preliminar en el anterior proceso, (iii) un documento doctrinario relativo al síndrome de alienación parental, (iv) un escrito –en respuesta a una solicitud del accionante– en el que la Procuradora 5 Judicial de Familia de Barranquilla indica que, de comprobar la necesidad, estaría dispuesta a intervenir en beneficio del niño y (v) la decisión del Tribunal Superior de Barranquilla, en la cual se confirma la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito, que declaró la preclusión del acto sexual abusivo con menor de catorce años.

En efecto, pese a que el demandante indica que estos documentos fueron aportados oportunamente al proceso y que ellos se adjuntaron a la acción de tutela de la

referencia<sup>88</sup>, la realidad es que (i) éstos no cuentan con el sello de recibido por parte del juzgado accionado y, (ii) no obstante que su contenido se enunció en los alegatos de conclusión -como así lo advierte el juzgador de la referencia en la contestación a la acción de tutela-, no existe certeza de que ellos se hubieran entregados<sup>89</sup>.

El actor indicó que debía dejar constancia, en el sentido de que entre los documentos que fueron autorizados con copia auténtica por el juzgado accionado no se encontraban otros que, pese a ser aportados en sus alegatos, no fueron entregados. Por tanto, según se adujo, era necesario incorporarlos en este proceso. Sin embargo, considera la Corte que dicha circunstancia no fue demostrada. De cualquier forma, considera esta Corporación que, si en gracia de discusión se aceptara la debida incorporación del material probatorio, el demandante omitió demostrar que la valoración de tales documentos hubiera llevado al Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barraquilla a adoptar una decisión diferente. Con sustento en lo anterior, no es posible declarar la existencia de un defecto fáctico en su dimensión positiva o negativa.

Por último, en relación con la supuesta “escogencia caprichosa” de los testimonios que se iban a recibir y la interrupción al apoderado del demandante en el curso de la audiencia, concluye la Corte que el juzgado accionado, al amparo de la autonomía judicial relativa que ampara su actividad, consideró que algunas preguntas no eran necesarias, como tampoco lo era el decreto de más de dos (2) testimonios para un mismo hecho. En esta misma dirección, tampoco puede la Corte indicar que la providencia cuestionada hubiera omitido, en la fijación de las visitas, determinar qué sucedería con los días especiales –como cumpleaños, días del padre y festividades- por cuanto tal solicitud no hizo parte de las pretensiones de la demanda ordinaria.

48.2. Ahora bien, frente al presunto defecto por desconocimiento del interés superior del niño, esta Corporación encuentra que la razón de la decisión para dejar la custodia a cargo de la madre se sustentó, no en la incapacidad moral del demandante, sino en la red familiar sólida que lo rodea en la casa de su madre y en que la variación de ella podría ir en detrimento de niño, por tratarse de un cambio intempestivo que podría afectar su estabilidad emocional. Al respecto se debe considerar que, en la decisión adoptada se llamó la atención a las partes para dar estricto cumplimiento a la regulación de las visitas *so pena* de hacerse acreedores a las sanciones del artículo 230 A del Código Penal, referido al ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. Con esta determinación se dio una solución integral a la problemática del niño dado que si bien se dejó la custodia en favor de la madre, con el fin de no alterar la estabilidad emocional y familiar construida

---

<sup>88</sup> Folios 361 a 366 del cuaderno de anexos.

<sup>89</sup> La titular del juzgado accionado, en relación con este tema, indicó lo siguiente: “(...) *con respecto a los documentos que no aparecen en el expediente y se aportaron a la audiencia al analizar el audio de la misma se denota que manifiestan que se aportaron en la etapa de alegatos de conclusión pero los mismos no fueron entregados. Diferente a lo que sucedió con el documento de la parte demandada que fue entregado en el interrogatorio de parte, el cual aparece en el expediente. Se le recuerda al accionante que esa audiencia terminó a las 12:35 p.m. estando en el receso el despacho judicial y se pudo haber cometido un error por su parte*”. Folio 4 del cuaderno principal.

durante estos años, se hizo un fuerte llamado al cumplimiento de las visitas, entendiendo que ellas no sólo protegen al padre que no tiene la custodia, sino al niño, niña o adolescente y a su interés prioritario.

48.3. No obstante lo expuesto y a que, en general, la providencia cuestionada abordó cuidadosamente la problemática del niño, debe concluirse que un juicio detallado debió haber conducido al Juzgado Primero de Familia Oral del Circuito de Barranquilla a requerir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a efectos de que activara sus competencias e hiciera un adecuado seguimiento al presente asunto a fin de que el interés superior del menor de edad y los derechos fundamentales al amor – cuyo alcance ha sido delimitado en varias disposiciones de la Ley 1098 de 2006- así como a tener una familia y a no ser separado de ella, fueran plenamente realizados. Con mayor razón si, como así lo dispuso la psicóloga delegada por el ICBF, el niño es “(...) *una víctima indirecta del conflicto interparental, en el contexto de la problemática de violencia intrafamiliar, por la exposición crónica a la serie de eventos estresantes que han tenido ocurrencia en el proceso de disputa, lo que ha influido en el funcionamiento y desempeño académico del niño así como en conductas de negativismos y resistencia a la autoridad paterna (...)*”<sup>90</sup>.

En ese sentido, las disputas suscitadas entre los padres no deben interferir en la realización del interés superior del menor. De modo que, el Bienestar Familiar podrá sugerir, proponer u ordenar la adopción de las medidas que, en el marco del cumplimiento de la sentencia que fijó la custodia y el régimen de visitas y de sus competencias<sup>91</sup>, puedan asegurar la realización efectiva de los derechos del niño y su protección integral<sup>92</sup>. En consecuencia, la Corte dispondrá complementar la providencia cuestionada con el fin de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adopte, de requerirse, cualquier medida necesaria para garantizar los derechos del niño que en esta oportunidad se amparan. Esta adición de la sentencia encuentra fundamento en el artículo 44 constitucional al prever que *el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*.

Por último, deberá la Corte instar a los padres a que, en primer lugar, cumplan con sus obligaciones y, en segundo término, asistan a las terapias familiares, dado que ellas buscan proteger al niño del conflicto suscitado entre ellos. Como se explicó en esta providencia, las relaciones familiares con el niño han sido utilizadas para canalizar los conflictos existentes entre ellos y en la valoración psicológica que se le realizó al menor de edad, se concluyó que los vínculos afectivos entre los padres lo están afectado. La Corte recuerda que los padres deben enaltecer tal distinción e

---

<sup>90</sup> No se puede perder de vista que el artículo 39.9 de la Ley 1098 de 2006 dispone que es una obligación de la familia con los niños, niñas y adolescentes “[a]bstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida”.

<sup>91</sup> Artículo 50, 51, 52, 53 y subsiguientes de la Ley 1098 de 2006.

<sup>92</sup> El inciso 1° del artículo 7 de la Ley 1098 de 2006 preceptúa que “[s]e entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el 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”.

impedir que sus conflictos impacten en los derechos prevalentes de un niño de siete (7) años.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

49. Le correspondió a la Sala Tercera de Revisión determinar si el Juzgado Primero Oral de Familia de Barranquilla, con ocasión de la sentencia proferida el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), en la cual no se accedió a las pretensión de la demanda que buscaba fijar la custodia y los cuidados personales de su hijo menor de edad a cargo del padre, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso del accionante, así como los derechos de custodia y visitas y el interés superior del niño tras incurrir en un defecto fáctico. Del mismo modo, le correspondió a esta Corporación determinar si el análisis efectuado en la providencia cuestionada se realizó a la luz del interés superior del niño y, por tanto, si existió un defecto material por desconocimiento del artículo 44 de la Constitución.

50. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

- (a) Es imperativo reconocer 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 estos aspectos a considerar se encuentra la necesidad de conservar la relación entre el hijo y ambos padres.
- (b) A partir del interés superior del niño, niña o adolescente, del derecho al amor (art. 44 C.P.) y de las obligaciones específicas de la Ley 1098 de 2006, la jurisprudencia constitucional ha concluido que a la cláusula constitucional que reconoce el derecho de los niños a ser cuidados y amados se adscriben, al menos, las siguientes posiciones *ius fundamentales*: (i) el derecho al amor implica que los padres deben abstenerse de maltratar a sus hijos, (ii) la paternidad y la maternidad exigen un compromiso constante en función del niño y, en particular, el deber de recepción en su favor, (iii) la familia es un poder dignificante que es anterior a cualquier influencia de la sociedad, (iv) el desprecio que pueda llegar a sentir un padre por sus hijos no lo libera de sus obligaciones constitucionales y legales y, finalmente, (v) son contrarias a la Carta las conductas que someten a un menor de edad a situaciones anormales de tristeza.
- (c) El interés superior y su expresión en este tipo de procesos puede justificar que excepcionalmente, siempre y cuando se verifiquen rigurosamente las causales generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, el juez de tutela adopte decisiones que podrían incidir en la sentencia que resuelve la custodia y las visitas del niño, con el fin de proteger un derecho fundamental. Al respecto, 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.

51. La Sala concluyó que se deben tutelar los derechos fundamentales a la dignidad humana, al amor y a tener una familia en favor de *Pedro* y es por esto que, pese a que en la providencia cuestionada no se evidenció la existencia de un defecto fáctico -en los términos expuestos por el accionante-, se dispondrá complementarla con el fin de requerir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a efectos de que active sus competencias para hacer un adecuado seguimiento al presente asunto y garantizar que los derechos fundamentales del menor de edad a la dignidad humana, al amor, a tener una familia y a no ser separado de ella sean plenamente realizados. De modo que, el Bienestar Familiar podrá sugerir, proponer u ordenar la adopción de las medidas que, en el marco del cumplimiento de la sentencia que fijó la custodia y el régimen de visitas, puedan asegurar la realización efectiva de los derechos del niño.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

**Primero.- PROTEGER** el derecho a la intimidad del peticionario, el niño y de su madre, por lo cual sus nombres no podrán ser divulgados y el presente expediente queda bajo estricta reserva, y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados. La secretaria general de la Corte Constitucional y el secretario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que decidió en primera instancia el presente caso, deberán garantizar esta estricta reserva.

**Segundo.- REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia por la Sala Séptima de Decisión Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016), que a su vez fue confirmada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del primero (1º) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales de *Pedro* al amor –cuyo alcance ha sido precisado en la Ley 1098 de 2006-, a la dignidad humana, al interés superior del menor de edad, a tener una familia y a no ser separada de ella y **NEGAR**, por las razones expuestas en esta providencia, los derechos invocados por *Mario*.

**Tercero.-** En consecuencia, **COMPLEMENTAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Oral de Familia de Barranquilla, en el sentido de **REQUERIR** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a efectos de que active sus competencias para hacer un adecuado seguimiento al presente asunto y garantizar los derechos fundamentales del niño a la dignidad humana, al amor, a tener una familia y a no ser separado de ella.

**Cuarto.- INSTAR** a *Isabel* y a *Mario* para que cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales y, además, asistan a las terapias familiares que han sido propuestas, con el fin de canalizar sus controversias evitando afectar el interés superior de su hijo.

**Quinto.-** Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO  
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO  
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO  
Magistrada  
*Con salvamento parcial de voto*

ROCÍO LOAIZA MILIÁN  
Secretaria General (E)

## ANEXO 1

### **Intervenciones solicitadas y recibidas por esta Corporación en Sede de Revisión**

#### **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-<sup>93</sup>**

54.1. Esta institución plantea que en el documento denominado como “Lineamientos Técnicos para la Inclusión y Atención a la Familias”, se determinó que el concepto de familia es polisémico y, por tanto, encierra múltiples sentidos, pues su definición acude a los fundamentos de la vida misma, esto es a los vínculos entre los seres humanos. La familia es una unidad ecosistémica de supervivencia y de construcción de solidaridades de destino. Este concepto resulta coherente con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación y los pronunciamientos de órganos internacionales de Derechos Humanos, dado que se ha indicado que no existe un modelo único de ella.

Frente a los cambios en la construcción de la familia se tiene que en la reciente Encuesta de Demografía y Salud –ENDS 2015-, realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social y Profamilia, se encontró que un tercio de los hogares del país se encuentran ocupados por familias nucleares biparentales –esto es ambos padres e hijos-, un 9.8% por parejas sin hijos, un 12.8 % por familias extensas biparentales –es decir con el jefe sin cónyuge, pero con los hijos solteros y casados y otros parientes-, un 2.9% que corresponden a parejas sin hijos pero conviven con junto con otros familiar y, finalmente, en un 4.5 % de los hogares se vive con el jefe o la jefe de hogar con otros parientes. Es decir que, el reto que impone la realidad de distintas tipologías de familias es su inclusión y su atención bajo los principios de equidad y universalidad, de conformidad con la Ley 1361 de 2001, sin discriminación alguna.

La familia como sistema se ha transformado de un modelo patriarcal tradicional y ha evolucionado en otros tipos de ellas, tales como la familia (i) monoparental, (ii) la extensa –constituida por una agrupación numerosa de miembros caracterizada por tres generaciones en adelante-, (iii) recompuesta o reconstituida –conformada por parejas que tuvieron vínculos anteriores y que culminaron en una ruptura-, (iv) unipersonal, (v) singularizada –la cual se encuentra dispuesta por una pareja sin hijos y sin intención de procrear-, (vi) homoparental –que es aquella conformada por una pareja del mismo sexo-, (vii) de crianza, (viii) fraterna –un grupo de hermanos solos- y (ix) comunitaria – constituida por varias personas que, sin estar unidas por un vínculo de consanguineidad o afinidad, se distribuyen los gastos y los roles-. En efecto, esta realidad exige que las personas encargadas del cuidado de los menores de edad acepten lo diferente y no estigmaticen aquello que no encaja en lo tradicional o en lo conocido.

---

<sup>93</sup> Folios 58 a 64 del cuaderno de Revisión. Interviene la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, Luz Karime Fernández.

Ahora bien, sobre el Síndrome de Alienación Parental se precisó que el mismo no ha sido reconocido por la Organización Mundial de la Salud. Sin embargo, la exposición de los niños, niñas y adolescentes a hechos de violencia atentan con su salud física, psicológica, sexual, entre otras y, en ese contexto, todo acto que causa un daño a la integridad del menor de edad es considerado un hecho de violencia contra éste. Finalmente, respecto al cambio en el rol de la mujer se precisó que la capacidad de ser cuidadoras de los hijos no es exclusiva de las mujeres, razonar en sentido contrario implica recurrir a un estereotipo de género, que desconoce el avance en la construcción de relaciones igualitarias entre hombres y mujeres.

### **Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes<sup>94</sup>**

54.2. Algunas aproximaciones teóricas al concepto de familia sugieren que ella es uno de los microsistemas sociales que hacen parte de la comunidad y que el funcionamiento físico, social y psicológico de los individuos está influenciado por las diferentes relaciones que se establecen en estos contextos y en las distintas etapas de la vida. Esto explica por qué existen diferentes aproximaciones a esta noción y, en particular, la presencia en Colombia de distintas estructuras familiares diversas que obedecen al contexto social, regional y étnico. El vínculo actual de las familias no se limita a un fenómeno natural, sino también a las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo y cariño. En consecuencia, además de la familia tradicional –conformada por una pareja heterosexual que se une con sus hijos-, también existen las familias no tradicionales tales como las monoparentales, las extensas, reconstituidas, parejas del mismo sexo, entre otras, las cuales son descritas de forma detallada.

El Síndrome de Alienación Parental implica que una separación marital puede llevar a la destrucción de la imagen de uno de los padres frente a los hijos, si los adultos involucran a los hijos de forma inadecuada en sus problemas. Esto lleva a que la figura ausente –sea padre o madre- se visualice como la culpable del estrés traumático que experimentó la familia o de eventos frustrantes sufridos por la misma. Esta cuestión, a largo plazo, hace que los niños acumulen rabia hacía el progenitor alienado e, incluso, lleguen a experimentar problemas afectivos como la depresión, la asunción de roles que no le corresponden al niño y dificultades, al llegar a la adultez, para establecer relaciones de confianza con personas significativas como la pareja o los amigos. Sin embargo, esta situación puede prevenirse si las figuras parentales reciben orientación psicológica sobre (i) cómo manejar constructivamente sus conflictos con su expareja, (ii) cómo pueden compartir las responsabilidades del cuidado y apoyo emocional de sus hijos y (iii) cómo pueden apoyar la adaptación de ellos al proceso de separación marital.

Así, con independencia de los conflictos existentes, los padres deben tener como meta el desarrollo óptimo y el bienestar psicológico de sus hijos, aunado a que – en la medida de lo posible- exista una co-parentalidad para el fortalecimiento del niño,

---

<sup>94</sup> Folios 65 a 74 del cuaderno de Revisión. Intervienen las señoras Sonia Carillo, Karen Ripoll y el señor Carlos Hermosa.

niña o adolescente y se eviten, de esta manera, los eventos traumáticos y la separación injustificada de uno de los padres, los cuales pueden generar sentimientos de tristeza y desesperanza.

### **Universidad de Manizales<sup>95</sup>**

54.3. La familia ha sufrido en las últimas décadas una transformación estructural y significativa, por lo que reconocer sólo un tipo de familia sería una postura excluyente de la diversidad. En esta realidad, el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella debe interpretarse como su derecho de ser cuidado en un contexto en donde existan relaciones afectivas. Como la familia se caracteriza por la heterogeneidad existen ciertos retos como la construcción de vínculos que garanticen el desarrollo de sus miembros, el cuidado y la protección del menor de edad y de adultos conscientes de su rol dentro de la familia en donde se prioricen los intereses del niño.

De modo que, la separación entre el niño o adolescente y uno de sus padres, debe verse como una situación que –si no tiene una justificación- violenta al niño y le puede traer confusiones cognitivas frente a la ausencia de su progenitor, cuestión que –a su vez- puede llevar a generarle un mayor dolor en medio de la confusión.

### **Departamento de Psicología de la Universidad Nacional<sup>96</sup>**

54.4. Entre los criterios que permiten interpretar el artículo 44 de la Constitución, se tiene que la familia debe garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, los padres deben involucrarse en los diferentes dominios de sus vidas y su relación debe darse dentro de un contexto de confianza mutua. Esto implica una serie de retos para las distintas definiciones de familia (nuclear, extendida, monoparental, homoparental, ensamblada y de crianza) y la aceptación del roles. Los padres han ampliado y asumido funciones domésticas que en un pasado se encontraban delegadas, en su mayoría, a las mujeres. Mientras que, las mujeres se han vinculado al mercado laboral y en algunos casos se han convertido en las únicas proveedoras del hogar.

Pese a que el Síndrome de Alienación Parental no ha sido reconocido por la comunidad de psicólogos y psiquiatras por no hacer parte de los manuales de diagnóstico más conocidos –como lo es el DSM V-, es claro que la destrucción de la imagen de uno de los padres afecta, en mayor medida, a los niños de edad preescolar porque en este período de desarrollo la figura de los padres es importante para la formación de su identidad. La separación injustificada puede configurar un tipo de maltrato psicológico en aquellos eventos en los cuales a los menores de edad no se les brinda información correcta y tiempo para procesar la separación.

### **Departamento de Antropología de la Universidad Nacional<sup>97</sup>**

---

<sup>95</sup> Folios 75 y 78 del cuaderno de Revisión. Presenta intervención el señor Ricardo Celis Pacheco y aparece suscrita por el señor Jaime Alberto Carmona Parra.

<sup>96</sup> Folios 79 a 84 del cuaderno de Revisión. Interviene el señor Eduardo Aguirre Dávila.

54.5. Cuando se hace alusión a la familia, de forma usual, se hace referencia a aquella unidad social compuesta por los padres e hijos, unida por un vínculo matrimonial religioso o civil –familia nuclear heterosexual-. Sin embargo, esta unidad ideal rara vez existe en la vida cotidiana actual y posiblemente tampoco fue frecuente en épocas pretéritas. Tanto en el pasado, como en la actualidad, la familia nuclear heterosexual sólo ha existido como una de las tantas formas familiares.

El origen de la familia se remonta a la época del imperio romano, cuando el término se utilizaba para designar el grupo conformado por la servidumbre, además de las mujeres, los hijos y los animales que un hombre poseía como su propiedad. Todo esto, en medio de una estructura patriarcal clásica. No obstante, los estudios demuestran que aquello a lo que llamamos familia en la actualidad ha sido un segmento de estructuras sociales que han experimentado grandes transformaciones, de acuerdo con los cambios de la sociedad y las condiciones socioeconómicas y culturales específicas de cada región. Así, una de las características de la familia colombiana es la diversidad en la tipologías que ha ido adquiriendo a lo largo del tiempo, de allí que algunos historiadores hubieren ligado esta noción a la existencia de un sentimiento.

Las transformaciones estructurales y funcionales de la familia se han evidenciado en los siguientes ámbitos: (i) el cambio en el tamaño de las familias, pues de familias muy numerosas a principios del siglo XX, se pasó a tener unidades más pequeñas; (ii) la familia extensa y patriarcal perdió vigencia en amplias zonas del país debido al cambio económico y cultural; (iii) se lograron relaciones más igualitarias entre los miembros de la familia, a partir de los niveles de escolaridad logrados por la mujer, su inserción en el mercado laboral, la conciencia de sus derechos y la homologación de las edades entre los cónyuges, dejando atrás la sumisión impuesta a la mujer por la cultura y la religión; (iv) transformación en la división sexual del trabajo al interior de la familia, pues al convertirse la mujer en proveedora económica se rompieron las estructuras de poder en el seno familiar, así como la especialización de ella en las funciones del hogar -no obstante que esto terminó por generar una sobrecarga en la mujer y en ser una fuente de conflicto-; (v) la familia con jefatura femenina; (vi) el madresolterismo que, pese a considerarse un fenómeno reciente, es un hecho de cuyos vestigios existen desde la conquista y la época colonial; (vii) el renacer de la unidad domestica extensa, que se originó a partir del debilitamiento de la familia nuclear y del amparo que se le dio a muchas mujeres que –por múltiples causas- se encontraban solas y sin recursos ante la responsabilidad del hogar, las cuales fueron acogidas con sus hijos en la casa de los padres o de la familia más extensa; (viii) la desaparición jurídica de los “hijos naturales” que tanto avergonzaba a la sociedad y (viiii) la violencia intrafamiliar, que en los últimos años del siglo XX adquirió unas dimensiones alarmantes.

Después de un profundo estudio de los tipos de familia –reconstruidas o ensambladas, monoparentales, extendidas y de crianza-, se analiza el Síndrome de Alienación Parental con el fin de concluir que se trata de una forma específica y

---

<sup>97</sup> Folios 85 a 93 del cuaderno de Revisión. Interviene la profesora asociada Ximena Pachón Castrillón.

sutil de maltrato infantil, que en los últimos años ha cobrado gran importancia en razón al gran número de parejas que deciden ponerle fin a su relación. Al respecto se precisó que “[e]n estas situaciones, los niños/as quedan atrapados en la telaraña de los problemas de los adultos, –disputas por la guarda, la patria potestad y la custodia- incidiendo sus padres en que tomen partido en conflictos ajenos, en crisis que no entienden y forzándolos a que se inscriban en facciones antagónicas”. De manera que, ante el incremento de separaciones, los padres tienen que lidiar más seguido con este tipo de situaciones, sin que por ello se pueda concluir que la madre está en mejor posición para cuidar a los hijos.

Los cambios en la familia han transformado los roles de los padres y de las madres en su relación con sus hijos. Así, los hijos han dejado de ser un asunto solo de las mujeres, para convertirse en una responsabilidad compartida en la que los padres han asumido muchas tareas. La figura paterna de antaño, distante y autoritaria, se ha ido transformando en una amable con los hijos y respecto de la cual se puede estructurar una relación más horizontal.

### **Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas<sup>98</sup>**

54.6. La familia es una forma particular de organización social, estructurada en torno al parentesco y a los vínculos afectivos. Sus transformaciones hacen visible una tensión entre el ordenamiento legal, social y cultural vigente y la exposición de otras maneras de actuar y de pensar sobre el matrimonio, la reproducción, la filiación, el ser padre o madre, la división de trabajo, la crianza y el cuidado, así como respecto a las condiciones de convivencia. La familia no es, por lo tanto, una organización fija, inmutable, natural y heredada que preestablece, ella expresa procesos de construcción, de tensión y reconfiguración. Reconocer un único modelo de familia llevaría a que, consigo, se niegue y se excluya la diversidad que la caracteriza en sus dinámicas internas y externas. En este contexto, los niños son seres humanos en proceso de formación a quienes la práctica y el cuidado les deben fomentar su desarrollo, es decir que la familia debe potenciar la formación de sus capacidades sociales e individuales.

Los cambios demográficos, económicos, políticos y culturales –tales como la disminución de la natalidad, de la mortalidad y la fecundidad, el aumento de la movilidad humana mediante migraciones y desplazamientos, la mayor educación y alfabetización, la diversidad sexual, étnica y cultural- han influido en la reconfiguración de las relaciones familiares. La supuesta ruptura del concepto de “familia” -que para la visión tradicional se asocia a una pérdida de valores- ha llevado a adoptar distintos conceptos del amor, la sexualidad, el erotismo y, por supuesto, de la maternidad y de la paternidad. Asimismo, se ha reconocido que no existe una única vía para constituir familia: con pareja o sin ella, heterosexual u homosexual, estable o no, con la finalidad o no de procreación y con material genético propio o con la mediación del “alquiler de vientre” y la decisión de la adopción. Por tanto hacer una familia hoy, comporta un proceso de interacción

---

<sup>98</sup> Folios 94 a 106 del cuaderno de Revisión. Interviene la señora Gloria Inés Sánchez Vinasco.

complejo entre la tensión de un modelo tradicional y de otras lógicas que exceden la familia nuclear.

La relación con sus padres y su idealización les brinda confianza e identidad a los menores de edad, quienes transitan en su existencia por una continua angustia por perder a sus referentes significativos –estos son el padre y la madre-. En consecuencia, la separación injustificada de los padres, sí constituye una forma de maltrato en contra de los niños, niñas o adolescentes pues le puede generar sentimientos de angustia y abandono, así como afectar, en un futuro, su trayectoria vital. En similar sentido, el Síndrome de Alienación Parental –propuesto por el psiquiatra estadounidense Richard Garner- o el abordado por la socióloga colombiana Ana Rico de Alonso -como Síndrome de Medea-, se asocia con un estilo manipulativo en contra del hijo en el que se culpa al otro padre de todo lo sucedido y el menor de edad se utiliza como un trofeo a ganar en la lucha entre la pareja. Por el contrario, los cambios en la familia deben conducir a pensarla desde un enfoque de derecho, de construcción de ciudadanía y de democracia.

### **Instituto Colombiano de Antropología e Historia<sup>99</sup>**

54.7. No existe un modelo, ni una definición universal de la familia. Las dinámicas familiares y su construcción varían de conformidad con la cultura, el momento histórico, los contextos regionales, urbanos o rurales, las formas de producción, las clases sociales, y las etapas del ciclo vital de esta institución. La forma de establecer los vínculos de pareja y la filiación, entre otras, son construcciones culturales. La familia es una realidad compleja -confluyen elementos de tipo afectivo, moral, cultural, social y económico-, relacional pues no sólo se sustenta en sus vínculos con su interior, sino con el exterior- y dinámica, en razón de que su conformación y el papel de los miembros cambia con la edad, los conflictos y las transformaciones sociales, económicas, políticas y culturales del contexto. Así, dada su importancia, si en ella se atenta contra un menor de edad, la sociedad y el Estado están en la obligación de protegerlo.

A pesar de la imposición de un modelo de familia durante la colonia, que privilegiaba la lineación patrilineal y el mayorazgo, los cuales eran necesarios para controlar la tierra, los recursos y la tributación a la Corona Española, así como en el “modelo” impuesto durante la República de la familia nuclear –el que fue influenciado por la religión-, en la geografía colombiana han persistido distintas uniones y maneras de establecer la filiación, con herencias provenientes de los pueblos indígenas, africanos, europeos, gitanos, sirios-libanés y mestizos. Uno de los ejemplos de esta amplia diversidad está en el caso de la *exogamia lingüística* entre los pueblos amerindios del amazonas, “*en el que sus miembros consideran que las personas que hablan su mismo idioma son consanguíneas y, por lo tanto, deben casarse con personas que hablen lenguas distintas, de lo contrario cometerían incesto (...)*”.

---

<sup>99</sup> Folios 107 a 123 del cuaderno de Revisión. Interviene el señor Carlos Andrés Meza.

La violencia también ha influido en los cambios en la composición de la familia colombiana, pues la sociedad pasó de ser, en su mayoría, rural a urbana y sobre muchas mujeres –a causa de la muerte de sus parejas- recayó una gran responsabilidad. La globalización llevó a la flexibilización de las obligaciones laborales del empleador y, además, se dio un mayor control de la natalidad y un aumento en la expectativa de vida. Aunado a lo anterior, con sustento en distintos factores la separación y el divorcio se empezaron a considerar como opciones válidas, se reconocieron los derechos –en pie de igualdad- entre hombres y mujeres y se visibilizó la diversidad sexual. Así, el gran reto para las familias y el Estado en relación con ellas es reconocer su gran heterogeneidad.

Además de referirse a los distintos tipos de familia y, en términos generales, a la discusión acerca de la existencia del Síndrome de Alienación Parental así como a la equidad de las relaciones de la pareja, se consideró que la separación puede implicar un proceso de elaboración del duelo que trae consecuencias emocionales, psicológicas y sociales debido al aislamiento y la suspensión de la relación afectiva y filial.

### **Colegio Colombiano de Psicólogos<sup>100</sup>**

54.8. El concepto de familia se relaciona con los vínculos que genera. El criterio que permite identificar la existencia de una familia es la estructuración de la misma desde sus miembros y la expresión de afectos y cuidados entre quienes la integran. Así, ella no se constituye sólo por vínculos de consanguineidad, sino por los vínculos afectivos que se estructuran entre los miembros como los sentimientos de pertenencia, reciprocidad e interdependencia y por compartir un proyecto vital individual y colectivo. No obstante, con independencia de la vinculación familiar, se debe garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños estipulados en el artículo 44 de la Constitución.

Para referirse a los elementos que identifican a la familia se debe diferenciar entre la composición familiar –que alude a distintos vínculos como la nuclear, monoparental o extensa- y al funcionamiento familiar. Esto último que se refiere a las diversas pautas de interrelación, reglas, límites, roles, creencias y cultura, a través de las cuales la familia organiza su cotidianidad. De modo que, a partir de estos dos criterios se pueda definir a la familia de una perspectiva estructural, funcional o evolutiva. Con todo, el reto está en realizar un análisis de la realidad familiar desde la dinámica, el funcionamiento y el contexto y no desde su composición.

Después de hacer alusión a las relaciones establecidas entre los diferentes conceptos de familia, se hace alusión a los efectos del Síndrome de Alienación Parental que comporta la destrucción de la imagen de uno de los padres ante los hijos y que puede afectar la salud psicológica del niño, quien puede experimentar sentimientos de abandono, indefensión, rechazo y estados de ansiedad y depresión, los que incluso pueden conducir a patrones patológicos, al abuso de sustancias

---

<sup>100</sup> Folios 124 a 144 del cuaderno de Revisión. Presenta la intervención la señora Claudia María Sanín Velásquez.

psicoactivas, pensamientos suicidas, trastornos de ansiedad y angustia o a la falta de control de esfínteres. Sin embargo, frente a este Síndrome se considera que es controversial en Colombia y en el mundo, pues existe la discusión sobre si debe considerarse como una enfermedad puesto que no se encuentra incluido en los manuales de la OMS y existe discusión acerca de sus causas. Con independencia de lo expuesto, se considera una forma de maltrato psicológico y emocional que se presenta en niveles leves, moderados y agudos. En consecuencia, se recomienda en estos casos un seguimiento por expertos al desarrollo del niño con el fin de restituirle los derechos vulnerados.