Sentencia T-443/18

Referencia: Expediente T-6.800.754

Acción de tutela presentada por *Pedro* en nombre propio y en representación de su hija menor de edad *Laura* contra el Cabildo Central Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe

Asunto: El interés superior del menor de edad como límite al derecho fundamental de autonomía de los Pueblos Indígenas

Procedencia: Juzgado Tercero Penal con Función de Conocimiento de Palmira (Valle)

Magistrada sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2018 por el Juzgado Tercero Penal con Función de Conocimiento de Palmira (Valle), que confirmó la decisión adoptada el 7 de diciembre de 2017 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Florida (Valle), dentro de la acción de tutela promovida por *Pedro* contra el Cabildo Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe.

El asunto llegó a esta Corporación por remisión que hizo el Juzgado Tercero Penal con Función de Conocimiento de Palmira (Valle), en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. El 27 de junio de 2018, la Sala número seis de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para revisión[1].

[1] La Sala de Selección Nº 6 de 2018 fue integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Carlos Bernal Pulido. En el numeral cuarto del Auto del 27 de junio de 2018, se indicó que la selección para revisión

Aclaración previa

Con fundamento en el artículo 62 del Acuerdo 02 de 2015[2] (Reglamento de la Corte Constitucional), y en razón a que en el presente caso se estudiará la situación de una menor de edad, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de su futura publicación, el nombre de la niña y el de sus familiares.

En consecuencia, para efectos de identificar a las personas, y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, se utilizarán nombres ficticios[3]. En esa medida, esta Sala de Revisión emitirá dos copias de esta sentencia, con la diferencia de que, en aquella que se publique, se utilizarán los nombres ficticios de las partes.

I. ANTECEDENTES

El 23 de noviembre de 2017, el señor *Pedro* interpuso acción de tutela en nombre propio y en representación de su hija menor de edad *Laura* contra el Cabildo Indígena Central *Kwe'sx Yu Kiwe*, al considerar vulnerado su derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella. Lo anterior, con fundamento en los siguientes:

A. Hechos

1. El accionante afirma que es miembro y residente del Resguardo Indígena *Kwe'sx Yu Kiwe*, el cual se encuentra ubicado en la comunidad Las Guacas del municipio de Florida, Valle.

2. Señala que de una relación íntima consentida con la señora *Paola* (q.e.p.d), nació el 10 de diciembre de 2012, su hija *Laura*, quien actualmente cuenta con 5 años de edad[4] y siempre ha residido en la vivienda de sus abuelos maternos.

3. Menciona que el 19 de febrero de 2017, falleció la madre de su hija por causa de un accidente de tránsito[5]. En consecuencia, el 5 de marzo de 2017, se llevó a cabo una conciliación voluntaria ante el *Cabildo Local* de la comunidad de Las

---

del expediente de la referencia fue motivada por el criterio denominado - *exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental*-, el cual se encuentra consagrado en el artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015.

[2] Acuerdo 02 de 2015. Artículo 62. Publicación de providencias. En la publicación de sus providencias, las Salas de la Corte o el Magistrado sustanciador, en su caso, podrán disponer que se omitan nombres o circunstancias que identifiquen a las partes.

[3] La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores de edad implicados en procesos de tutela, ha sido adoptada –entre otras- en las siguientes sentencias: T-270 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa, T-731 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, T-268 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido, T-384 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

[4] En folio 12 del cuaderno principal obra copia autenticada del registro civil donde consta que la menor de edad nació el 10 de diciembre de 2012.

[5] En folio 13 del cuaderno principal obra registro de defunción de la señora Jessica Fernanda Trochez Pito, donde consta que falleció el 19 de febrero de 2017.

Guacas para definir lo relativo a la custodia de la menor de edad. En dicha conciliación, el accionante y los abuelos maternos llegaron a los siguientes acuerdos: *"i) la custodia queda entre los abuelos maternos y el padre biológico, ii) la convivencia con la menor de edad queda una semana para el padre biológico y una semana para los abuelos maternos, iii) el vestuario y los gastos escolares de la menor de edad se compartirá entre las dos partes, iv) la niña definirá a los 12 años de edad en qué residencia permanecerá de manera definitiva"*[6].

4. El accionante indica que, posteriormente los abuelos maternos se retractaron de lo acordado y, en consecuencia, acudieron al *Cabildo Central* para que, como autoridad mayor, definiera lo relacionado con la custodia de su hija. En esa medida, mediante acta del 10 de agosto de 2017, la Gobernadora Mayor resolvió lo siguiente:

> *"Artículo 1: concede la custodia de la niña Laura a la señora Rosalba por cuatro años. Artículo 2: debe garantizar el cuidado de la niña con relación a riesgos y peligros, debe suministrar los alimentos a horas precisas, salud, estar pendiente de que duerma bien, estar pendiente de la salud de la niña en caso de enfermedad, aseo personal de la niña. En la educación estar pendiente cuando entre a estudiar, orientar con buenos modales. Estar pendiente de los registros y controles médicos. Artículo 3: la señora Rosalba debe permitir que el Pedro se lleve la niña durante el día y la lleve nuevamente en horas de la tarde. De la misma forma permitir que el señor Pedro esté en su casa un fin de semana si lo considera. Artículo 4: el señor Pedro debe aportar las cuotas de $80.000 mil en alimentación, salud, educación, vestuario, recreación. Puede verla todos los días, llevarla para su casa durante el día y en la tarde debe llevarla nuevamente a la casa de su abuela. Lo mismo puede hacer llevarla para el pueblo o de paseo, pero en la tarde de llevarla nuevamente a la casa de la abuela"*[7].

5. Inconforme con la decisión anterior, el 26 de septiembre de 2017, el actor presentó una petición ante el despacho del *Cabildo Central*, mediante la cual solicitó la custodia definitiva de su hija[8]. Para tal efecto, presentó certificado de buena convivencia y de ingresos económicos[9]. No obstante, mediante comunicación del 6 de octubre de 2017, la Gobernadora Mayor del Cabildo le negó la custodia definitiva de su hija menor de edad. Para fundamentar su

---

[6] Folios 62 y 63 del cuaderno Corte.
[7] Folio 18 del cuaderno principal.
[8] Folios 20-24 ib.
[9] En folio 34 del expediente se observa una certificación del 26 de septiembre de 2017 expedida por el Gobernador Local de la Comunidad Indígena Las Guacas, mediante la cual señala que el accionante *"es indígena del pueblo Nasa y actualmente se encuentra en el censo de la comunidad indígena Las Guacas, su convivencia con los habitantes es muy buena no ha tenido ningún problema por convivencia, además tiene muy buena colaboración en eventos, trabajos comunitarios del cabildo central de asentamiento Kwe'sx Yu Kiwe del Municipio de Florida, Valle."* Por su parte, en folio 35 se observa una constancia de ingresos económicos expedida por la compraventa de café J.R, en la cual se indica que el accionante tiene vínculos comerciales con dicha empresa y recibe semestralmente por cosecha de café el monto de $6.000.0000.

decisión, determinó que por el bienestar de la niña, la custodia debía ser entregada a sus abuelos maternos, pues cuando la madre falleció la menor de edad permanecía con ellos. Además, le reiteró al accionante que podía visitar a su hija y que en cuatro años el asunto de la custodia podría revisarse nuevamente[10].

6. El 12 de octubre de 2017, el accionante interpuso recurso de reposición contra la decisión anteriormente referida. Sin embargo, el 31 de octubre de 2017 recibió una llamada telefónica por parte de la Gobernadora, mediante la cual le manifestó que reiteraba la respuesta dada en la comunicación del 6 de octubre de 2017, relacionada con el otorgamiento de la custodia a los abuelos maternos.

7. Inconforme con la decisión tomada por el Cabildo Central Indígena Nasa *Kwe'sx Yu Kiwe*, el accionante presentó acción de tutela al considerar que se desconoció la garantía constitucional de desarrollo armónico e integral de los menores de edad y se vulneró su derecho fundamental y el de su hija a tener una familia y no ser separado de ella. En particular, advirtió que la autoridad indígena accionada no tuvo en cuenta que la menor de edad reside en una vivienda con hacinamiento familiar, la cual únicamente cuenta con dos habitaciones para ocho personas.

8. Por otra parte, destacó que él en compañía de su compañera permanente, su hijo de 3 años de edad y su padre de 62 años de edad, está en condiciones de ofrecerle a su hija el amor, cuidado y los medios necesarios que requiere para lograr su desarrollo armónico e integral.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 23 de noviembre de 2017, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Florida (Valle) admitió la acción de tutela y corrió traslado al Cabildo accionado para que se pronunciara sobre los hechos objeto de controversia[11].

A. Respuesta del Cabildo Nasa Kwe'sx Yu Kiwe

Mediante comunicación del 29 de noviembre siguiente, la Gobernadora Mayor del Cabildo Nasa Kwe'sx Yu Kiwe únicamente se pronunció para señalar que el accionante violó sus compromisos como padre de la menor edad, sin especificar a qué situación en particular se refería. Por otra parte, invitó al juez de tutela a trabajar de manera conjunta y coordinada en la resolución del caso.[12]

B. Sentencia de primera instancia[13]

[10] Folios 25-27 del cuaderno principal.
[11] Folio 36 ib.
[12] Folio 39 ib.
[13] Folios 44-49 ib.

Mediante sentencia del 7 de diciembre de 2017, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Florida (Valle) declaró **improcedente** la acción de tutela formulada por el accionante, al considerar que el mecanismo de amparo constitucional no puede utilizarse para controvertir decisiones de las autoridades indígenas. Además, tampoco se demostró la existencia de un perjuicio irremediable. Por otra parte, precisó que no se cumplió con el requisito de inmediatez, pues el actor presentó la acción de tutela dos años después de la ocurrencia de los hechos.

C. Impugnación[14]

Inconforme con la decisión adoptada, el accionante impugnó la respectiva sentencia. Señaló que sí existe un perjuicio irremediable que afecta los derechos de su hija menor de edad, el cual se configura por: (i) la evidente desprotección en la que ella se encuentra y (ii) la ruptura del vínculo familiar por exceso de autoridad supraconstitucional indígena.

D. Sentencia de segunda instancia[15]

El Juzgado Tercero Penal con Función de Conocimiento de Palmira (Valle), a través de fallo del 14 de febrero de 2018, **confirmó** la decisión de primera instancia. Para ello, reiteró que no se acreditó la existencia de una situación de vulnerabilidad que torne procedente la acción de tutela.[16]

E. Actuaciones en sede de revisión

1. Mediante Auto proferido el **17 de agosto de 2018**[17], la Sala Sexta de Revisión **vinculó** al presente proceso a quienes actualmente tienen la custodia de la menor de edad, esto es, a **sus abuelos maternos Rosalba y Saúl**, para que, si lo estimaban pertinente, se pronunciaran sobre los hechos de la tutela. Además, con el objeto de precisar la situación actual de la menor de edad les solicitó resolver el siguiente cuestionario:

- ¿Hace cuánto tiempo la niña *Laura* vive con ustedes?
- Describan las características de su vivienda familiar y especifiquen cuántas personas residen en ella.
- Describan cómo es la relación de la niña *Laura* con todas las personas que residen en la vivienda familiar.
- Precisen si la niña *Laura* actualmente cuenta con servicios de salud y educación. Especificar cuáles son.
- ¿Con qué frecuencia la niña *Laura* se ve con su padre?

[14] Folio 51 ib.
[15] Folios 4-7 del cuaderno de segunda instancia.
[16] Folios 56-65 ib.
[17] Folios 12-17, Cuaderno Corte.

En ese mismo Auto, la Sala decretó la práctica de una **diligencia de inspección judicial** con el acompañamiento del equipo psicosocial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en la oficina del Cabildo Central *Kwe'sx Yu Kiwe*, así como en la vivienda del accionante y de los señores *Rosalba* y *Saúl*, con el propósito de (i) propiciar un espacio de diálogo con la Gobernadora Mayor del Cabildo Indígena *Kwe'sx Yu Kiwe* para conocer cómo funciona el trámite de regulación de custodia de menores de edad en su comunidad, y en particular cómo se surtió dicho proceso en el caso de la niña *Laura*, (ii) escuchar la opinión de la menor de edad, de conformidad con el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia[18], y (iii) conocer el entorno familiar, social y cultural en el que se desenvuelve la menor de edad.

Por último, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 64 del Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015[19], suspendió los términos para fallar el presente asunto, mientras se recaudaba la información solicitada, se practicaba la diligencia de inspección judicial y se analizaban las pruebas obtenidas.

2. A través de oficio del **27 de septiembre de 2018**[20], la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho de la Magistrada sustanciadora los siguientes documentos: (i) oficio del 24 de agosto de 2018, enviado por la Gobernadora Mayor, mediante el cual los abuelos maternos responden las preguntas formuladas por la Sala, (ii) el acta de la inspección judicial radicada el 26 de septiembre de 2018, y (iii) el informe del 10 de septiembre de 2018, realizado por un trabajador social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en relación con el acompañamiento surtido a la diligencia de inspección referida.

---

[18] Artículo 26. Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta. Al respecto, el Comité de Derechos del Niño, órgano autorizado para interpretar la Convención, en su Observación General Nº 12 sobre *"el derecho del niño a ser escuchado",* establece que debe darse al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, por ejemplo, en cuestiones de custodia. Además, precisa que es necesario tener en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. No obstante, deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, pues los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, motivo por el cual, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. A partir de ello, el Comité de Derechos del Niño desaconseja a los Estados partes que introduzcan en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

[19] Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015. *"Artículo 64. (…) En el evento de decretar pruebas, la Sala respectiva podrá excepcionalmente ordenar que se suspendan los términos del proceso, cuando ello fuere necesario. En todo caso, la suspensión no se extenderá más allá de tres (3) meses contados a partir del momento en que se alleguen las pruebas, salvo que por la complejidad del asunto, el interés nacional o la trascendencia del caso, sea conveniente un término mayor, que no podrá exceder de seis (6) meses, el cual deberá ser aprobado por la Sala de Revisión, previa presentación de un informe por el magistrado ponente."*

[20] Folio 81 cd. Corte.

3. En relación con las preguntas formuladas directamente a los señores *Rosalba* y *Saúl*, ellos respondieron el siguiente[21]:

- ¿Hace cuánto tiempo la niña Laura vive con ustedes?

  Respuesta: *"Desde el embarazo hasta la fecha de hoy, cinco años que tiene la niña."*

- Describan las características de su vivienda familiar y especifiquen cuántas personas residen en ella.

  Respuesta: *"Es una casa de material con piso de cemento rústico, tiene tres piezas y una sala y la cocina es de bareque, cuenta con agua potable, energía, baños adecuados. En la vivienda residen cuatro adultos, un adolescente y tres menores de edad."*

- Describan cómo es la relación de la niña *Laura* con todas las personas que residen en la vivienda familiar.

  Respuesta: *"Tiene una relación amigable con las personas que la rodean, de la casa y la escuela y la comunidad."*

- Precisen si la niña *Laura* actualmente cuenta con servicios de salud y educación. Especificar cuáles son.

  Respuesta: *"Salud, está en control de crecimiento y desarrollo, y cuando se enferma de gripa, se atiende con plantas medicinales de la región, está en control de odontología, es atendida en el Hospital Benjamín Gasca, tiene carné del régimen subsidiado AIC. Educación, se encuentra matriculada en la institución educativa IDEBIC, en la sede San José de las Guacas en el grado transición."*

- ¿Con qué frecuencia la niña *Laura* se ve con su padre?

  Respuesta: *"Cada ocho días, los fines de semana."*

4. El 31 de agosto de 2018, en las instalaciones del Cabildo Central *Kwe'sx Yu Kiwe*, en la escuela de la niña de *Laura*, así como en la vivienda del accionante y de los abuelos maternos, se llevó a cabo la respectiva inspección judicial. A continuación, se transcriben los relatos **más relevantes** que se acopiaron durante dicha diligencia (acta de la inspección judicial en folios 38 a 45 cd. Corte):

- ***Gobernadora Mayor:***

[21] Folio 23 ib.

"A nosotros nos llegó este caso en el mes de julio del año 2017, ahí fue cuando empezamos el proceso nosotros como comunidades indígenas, dentro del territorio, todos los casos jurídicos se amparan bajo la jurisdicción especial indígena, más cuando los comuneros pertenecen a nuestra organización // llega el caso primero donde el gobernador que es el de la comunidad de las Guacas, él lo toma como gobernador local, luego ya lo pasan acá porque no pudieron acordar allá, por lo que llega acá y lo que hicimos fue como autoridad indígena ir al territorio, a la comunidad a hacer una investigación del caso // luego ya con toda la información nosotros nos sentamos acá a revisar pues todo el proceso y ahí es donde se define darle la custodia a los abuelos, pues desde el momento del embarazo la muchacha siempre había convivido con los padres hasta el momento que fallece, entonces mirábamos que separar a un niño de una familia con la que ha estado ya, vive con ellos y separarlos y enviarlos a otro espacio pues para ellos iba a ser muy difícil, entonces por eso se miraba de que se quedará con los abuelos por un tiempo // Bueno así llevamos el proceso, le colocamos también una cuota al padre de $80.000 // ***Pregunta:*** *Gobernadora, ¿cuáles son las reglas o las normas de derecho indígena que ustedes suelen aplicar para los casos de custodia de menores de edad? cuál es el contenido de las normas de manera general, quizás algún procedimiento, si establecen alguna clase de preferencia para la determinación de la custodia de quién debe estar con los niños de la comunidad y qué otra información relevante sobre esas reglas podría usted darle a la Corte* ***Gobernadora:*** *No, yo creo que en el caso de las familias más que todo de los niños, digamos que las reglas en general es que la comunidad conozca el procedimiento, una madre, padre, si siempre hemos estado pendiente de los niños, nunca los hemos dejado, hemos estado con ellos, yo creo que eso es lo que hay que mirar, la responsabilidad que tenga, tanto el padre tanto la madre con esos niños, osea que allí no habría una regla que no porque usted es el papá, usted la mamá, entonces usted se queda con el niño, no, o porque usted es la abuela por parte de la mamá, porque es la abuela por parte del papá, no, sino mirando donde uno cree como autoridad y comunidad donde el niño puede estar mejor, es como ese espacio que miramos y también basado en los usos y costumbres de cada uno de nosotros, ejemplo a nosotros como comunidades indígenas, nosotros vivimos en los espacios de una casa, por ejemplo vivimos varias familias, donde están los hijos, hay ocasiones donde también viven los nietos y esa ha sido la constitución de nosotros, entonces no hay como las reglas, sino mirar el bienestar de las familias y del niño* ***Pregunta:*** *¿En las costumbres de ustedes cuántas personas viven en una casa, razonablemente?* ***Gobernadora:*** *En este momento las familias ya se han ido independizando pero si nos vamos a la historia de nosotros como pueblos indígenas, en mi casa nosotros somos seis hermanos y mis padres, nosotros todo el tiempo hasta hoy nosotros vivimos la mayoría en la misma casa donde vive mi padre, mi madre, con sus esposas, con sus nietos, unos ya se han independizado, pero ese es el uso y costumbre de que nosotros //* ***Pregunta:*** *¿Cómo se expresa para usted el mayor cuidado de un hijo, ustedes cómo describen a una mamá o un papá que esté cuidando bien a sus hijos?* ***Gobernadora:*** *Para mí, para nosotros el cuidado lo es todo, estar pendiente de*

ellos cuando están enfermos, estar pendientes no solamente en la vida, sino en el amor, en el afecto porque a veces muchos creemos que somos padres o madres responsables, les damos un bocado de comida, no, el amor y el bienestar de un niño es todo, tener más que todo afecto, el amor y el respeto // ***Pregunta:*** *Gobernadora, dentro de las pruebas que están en el expediente se señala que usted toma la decisión de asignar la custodia a los abuelos de la menor de edad, entre otras razones, porque se evidenciaba un incumplimiento por parte del padre en sus obligaciones con la niña. Quisiera que informe a la Corte o amplíe esas razones que usted tuvo en cuenta en ese momento* ***Gobernadora:*** *No, nosotros en ese momento no es que hayamos tenido en cuenta tanto el incumplimiento, sino que tuvimos más en cuenta que desde el momento de la gestación vivió con los abuelos, luego la niña nace y va creciendo allí, miramos las declaraciones del mismo compañero indígena Pedro, porque él nos manifestó que en ningún momento vivió con ella, fue una relación y que de allí pues la muchacha queda embarazada, también hicimos la pregunta de si él estuvo pendiente durante el embarazo, él manifiesta que no porque habían pues diferencias, que ellos no convivieron, entonces él le pasaba cuando él podía, él incluso allí en el expediente está que a veces le aportaba $20.000, a veces lo del pasaje para irse al control, hasta que llega un momento donde él se va y así lo manifiesta él mismo, entonces él se va y vuelve ya al tiempo, cuando ya la niña está a punto de nacer, entonces ella le dice que la ayude y él otra vez manifiesta de que en el embarazo le dio los pañales de la niña y una gallina, y de allí en adelante él cada 6 meses le daba una mudita de ropa a la bebé, entonces basados en todo eso, pues nosotros decíamos que cambiar la niña más que todo del espacio donde estaba, la niña se iba afectar porque es cierto, él era el papá osea nosotros miramos todo osea era el papá pero ella en el día feliz con el papá, él también lo manifestó, los abuelos lo manifestaron, que la niña se iba en el día con el papá y ella era feliz pero cuando llegaba la noche ya la niña empezaba que se quería ir de la casa porque ella ya veía que era de noche, entonces mirábamos que no era como viable pasarla de un lado a otro, entonces se toma la decisión de que estaba mejor con ellos* ***Pregunta:*** *Ustedes en el ordenamiento interno indígena que tienen, contemplan la custodia compartida o solamente una persona puede tener la custodia de la niña, o eventualmente dos personas podrían compartirla* ***Gobernadora:*** *Osea, nosotros también miramos esa parte y no lo mirábamos viable en este caso de que estuviera tiempo con los abuelos, un tiempo con el papá, porque primero la niña iba a estar allá e iba a estar acá // él podía ir todos los días a verla, hablar con ella, llevarla a pasear si había consentimiento de los abuelos* ***Pregunta:*** *En algunos casos ustedes han utilizado el apoyo de autoridades por fuera de la comunidad, quiero decir estatales, el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, Defensoría de familia o algún apoyo que ustedes hayan requerido en caso de custodia de menores de edad* ***Gobernadora:*** *En este caso de la niña nosotros no hemos acudido porque siempre se llega a esas instancias cuando, por ejemplo, algunos de los afectados coloca una demanda ante la institución como el ICBF o una comisaría de familia, pero cuando nos llegan los casos, nosotros*

como autoridades no lo remitimos allá, este caso, hasta el momento lo está manejando solamente como comunidades indígenas".

- ***Laura[22]:***

*"**Pregunta:** Y cómo pasas con tus abuelos, tú mamá y tu papá **LAURA:** mi mamá se murió **Pregunta:** Sí, yo sé pero ellos son como tu mamá y tu papá **LAURA:** Los quiero mucho **Pregunta:** ¿Si los quieres mucho? ¿Y a tu papá? ¿También lo quieres? **LAURA:** Está en la casa **Pregunta**: ¿Y cuál casa te gusta a ti? **LAURA:** La casa de mi mamita **Pregunta: ¿**Y te gusta ir a visitar a la casa de tu papá? **LAURA:** Si **Pregunta:** ¿Y qué tal es tu hermanito? ¿Te gusta estar con él? **LAURA:** Si me encanta // **Pregunta:** ¿Y qué tal la mamá de tu hermano? **LAURA:** Yo no sé **Pregunta:** ¿No sabes? ¿Será brava regañona? ¿O es querida? **LAURA:** Querida **Pregunta:** Es querida, qué bueno, ¿y ella te cuida? **LAURA:** Sí **Pregunta:** ¿Cuando estás en la casa de tu papá, tú con quién juegas, solita? **LAURA:** con Juancho **Pregunta:** ¿Y a qué juegas con Juancho? **LAURA:** Muñecas **Pregunta:** ¿Qué más juega contigo? **LAURA:** Balón **Pregunta:** Tú te quedas a dormir en su casa, y ¿te gusta quedarte a dormir ahí? ¿Más que con tu abuelita o menos? **LAURA:** Un poquito más **Pregunta:** ¿Y cómo es tú mamita contigo? **LAURA:** Bien **Pregunta:** ¿Y ella es regañona? **LAURA:** No **Pregunta**: ¿Y el papito? ¿Tampoco es regañón? **Niña LAURA:** No **Pregunta:** Y te consienten mucho, ¿cómo te consienten? Niña **LAURA:** Mucho // **Pregunta:** Bueno me dio mucho gusto hablar contigo me dio mucho gusto conocerte, que estés muy juiciosa, en la escuela tienes que estar juiciosa y estudiosa, ¿te puedo dar un abrazo? Qué rico abrazo, me encanta tu abrazo **Funcionaria ICBF:** ¿Tú con quién vives? ¿Con tu abuelita? Y con quién más **LAURA:** Con mi papito **Funcionaria ICBF:** ¿Cómo se llama tu papito? **LAURA:** Rosalba y Saúl **Funcionaria ICBF:** Quién te ayuda a hacer las tareas a ti **LAURA:** Yo solita **Funcionaria ICBF:** Y cuando tú no entiendes algo quién te ayuda hacer tareas **LAURA:** Sofía **Funcionaria ICBF:** ¿Te gusta mucho estar en la casa de tu abuelita? **LAURA:** no **Funcionaria ICBF:** En qué casa te gusta vivir más en la de tu abuelita o en la de tus papás **LAURA:** En la de ustedes **Funcionaria ICBF:** Y por qué quieres vivir en la de nosotros **LAURA:** Porque sí **Funcionaria ICBF:** No te gusta la casa de tu abuela **LAURA:** No **Funcionaria ICBF:** ¿Por qué no te gusta? **LAURA:** Sí me gusta // **Funcionaria ICBF:** Y tu papá ¿te gustaría vivir con él? **LAURA:** Sí **Funcionaria ICBF:** Ya me tengo que ir me das un abracito y te vas. Qué gusto conocerte.*

- ***Rosalba y Saúl:***

*"**Pregunta:** Bueno y el papá de Laura cómo ha estado en el tema de alimentos **ROSALBA:** Pues digamos que hasta ahorita él no ha aportado nada **Pregunta:***

[22] La Sala precisa que, en la diligencia de inspección judicial en donde se escuchó a la niña, estuvieron presentes dos servidores del Instituto de Bienestar Familiar, su profesora y sus abuelos.

¿Y desde cuando está peleando la custodia? ***SAÚL:*** *Desde que se murió la finada* ***Pregunta:*** *¿O sea desde que nació Mauren?* ***SAÚL:*** *Si ni siquiera espero un año que la finada muriera y ya nos estaba haciendo la guerra y pues como la niña siempre ha estado aquí, la finada toda la vida vivió aquí y tuvo la niña aquí también* ***Pregunta:*** *Y ustedes ¿Cómo ven el tema de que ella conviva con el papa? ¿Les parece bien?* ***ROSALBA:*** *Pues la verdad es que él a veces viene cada 8 días, los sábados que la viene a ver y la saca a pasear en el caserío y a veces en el pueblo* ***Pregunta:*** *Y ustedes por qué piensan que ella no está igual de bien con el papá?* ***ROSALBA:*** *Como la niña ha permanecido aquí yo me he acostumbrado con ella porque desde un principio ella nació aquí con nosotros yo me he acostumbrado mucho a la niña y pues como la mamá siempre me decía que yo tenía que cuidar a la niña* ***Pregunta:*** *Doña Rosalba el papá de Laura alguna vez vivió con ustedes en algún momento durante el embarazo de su hija o en algún momento* ***ROSALBA:*** *No la finada nunca vivió con el señor Pedro* ***Pregunta:*** *¿Cómo podría describir la relación de Laura con sus hijos más pequeños y con ustedes en general?* ***ROSALBA:*** *Pues ella es feliz jugando con los tíos ella se siente bien con los tíos* ***Pregunta:*** *Usted nos decía que don Pedro venía acá los fines de semana, los días sábados, él se queda acá con la niña en esta casa o se la lleva, más o menos cómo funcionan las visitas* ***ROSALBA:*** *No sólo es el día sábado y el a veces se la lleva por el caserío y por la nochecita la regresa aquí en la casa* ***Pregunta:*** *En alguna ocasión Laura se queda a dormir en la casa de su papá?* ***ROSALBA****: No, no porque yo le he dicho a él que yo se la mando más grande cuando ella ya tenga más experiencia y ya decida que quiere irse con él* ***Pregunta:*** *¿Tienen ustedes alguna clase de contacto con la esposa del señor Pedro?* ***ROSALBA:*** *No, con ella no* ***Pregunta:*** *Entonces cómo es su relación con el papá* ***ROSALBA:*** *Con él muy indiferente como él apenas me da el saludo y pues como yo soy una persona que no me gusta estar sentada ahí Charlando si me hablan respondo* ***ROSALBA:*** *Pedro nunca ha dado las cuotas que nos dijeron. La mamá de Pedro la inscribió en el Programa Familias en Acción y de eso me entrega de vez en cuando $60.000 para transporte de la niña".*

- ***Pedro y Julia (compañera permanente):***

"***PEDRO:****Mi nombre es Pedro de aquí de esta comunidad, miembro de esta comunidad de las Guacas y pues en el Cabildo yo vivo así, como ustedes podrán ver apenas estoy tratando de organizar la casita, soy agricultor y trabajó la tierra aquí en la finquita, eso es en lo que yo me desempeño, esas son mis labores y pues aquí les presento a mi compañera, a mi niño, este es mi papá que vive conmigo, también en este momento vive una hermanita conmigo de 13 añitos también nos está acompañando, en estos momentos ella ahorita no está…* ***Pregunta:*** *¿Y hace cuánto tiempo usted está tratando de tener la custodia de Mauren?* ***PEDRO:*** *Desde el 2017, como en mayo más o menos del 2017 cuando murió la mamá porque nosotros con los abuelitos hicimos un acuerdo verbalmente, pues así sobre cómo vamos a tener la niña y verbalmente hicimos un acuerdo, como que algo no les gustó y empezamos como en el*

proceso ***Pregunta:*** *¿Y qué será lo que no les gustó?* ***PEDRO:*** *No sabría que decirle, el problema empezó porque un día yo me llevé la niña, la traje y pues ella se quedaba conmigo, ella vino y se quedó conmigo acá un sábado y yo no sé, ella* (LA ABUELA) *bajo un sábado como a las 9 de la noche como arrebatármela, prácticamente ella estaba dormida y dijo que pues ella se llevaba la niña y la sacó así pues como ella estaba, descalcita y todo y pues se la llevó para la casa como a las 9 o 11 de la noche vino, a mí me dolió como sacó la niña de esa forma, yo no la tenía secuestrada ni mucho menos, pero me dolió la forma en la que ella la sacó, entonces de ahí fue que pues yo salí e hice el proceso con el Cabildo de las Guacas, pues aquí está el señor Gobernador a él le tocó eso, empecé el proceso con ellos y los abuelitos, proceso que hicimos con otro acuerdo, como una conciliación, ahí estaba el Gobernador, como que a los abuelos como que tampoco les gustó y ya se fueron para donde la señora Gobernadora a nivel central y ahí fue que ya empezó todo el proceso* ***Pregunta:*** ***Pregunta:*** *Don Pedro ¿cada cuánto usted visita a Mauren?* ***PEDRO:*** *Los fines de semana, pues yo la visito todos los fines de semana y pues a veces cuando voy para donde mi mamá que tiene una finquita por aquí, yo paso por el caserío por las tardes cuando yo voy para allá paso por allá y la saludó un ratico charlo con ella un ratico y otra vez para acá* ***Pregunta:*** *¿Trae usted la niña los fines de semana acá la casa o no?****PEDRO:*** *Yo no la traigo porque lo que pasa con la niña es que ella a veces quiere venir conmigo, pero pues yo a veces no la traigo por lo que tuvimos la dificultad con la abuela // cada vez que yo la venía a traer ella me decía que la mamita la regañaba, entonces ya fue como con ese temor de eso y ya en estos días y pues ya como que la niña fue creciendo un poco más, ya tiene más conocimiento y pues quiere vivir también con el papá y yo a veces la traigo y ella está aquí conmigo un rato pero no así de noche ni nada, un día máximo cuando mucho un día y ya, eso es todo* ***Pregunta:*** *Don Pedro aparte de la visita que le hace usted a la niña los fines de semana, usted comparte otros entornos con ella, digamos que por ejemplo la acompañe al médico o va a reuniones al colegio, pues del curso de la niña o algo por el estilo* ***PEDRO:*** *No señor eso sí no, a reuniones del colegio eso sí no, al médico cuando lo del accidente sí, todo el proceso lo hice yo cuando la niña sufrió el accidente con la mamá todo ese proceso lo hice yo hasta que terminó, controles, todo, hasta ahí lo hice yo y pues ahorita pues al respecto de acompañamiento en la escuelita no, eso no lo he hecho* ***Pregunta:*** *¿Quién de ustedes paga o la tiene afiliada a salud?* ***PEDRO:*** *Nosotros como indígenas, el Gobierno nos da pues el régimen de salud, el Gobierno nos lo costea, es pagado por el Estado, entonces la niña está afiliada a eso, a ese régimen* ***Pregunta:*** *¿Y por ejemplo los implementos para el colegio quién los paga?* ***PEDRO:*** *Eso se los di yo, lo que fue todo lo del vestuario para la niña, el maletincito, los cuadernos si no se los pude dar porque cuando yo se los iba a dar la profesora no les había dado todavía la lista de los útiles, entonces los abuelos se los compraron* ***Pregunta:*** *¿Y para la alimentación de la niña quién da?* ***PEDRO:*** *En eso sí yo no le sé dar* ***Pregunta:*** *¿Ósea que usted no le aporta nada a los abuelos?* ***PEDRO:*** *No señora, no le aporto* ***Pregunta:*** *Ellos nos dijeron* (los abuelos) *que la plata del seguro del accidente de la mamá de Laura se la pagaron a usted, ¿eso es cierto?*

PEDRO:*Sí señora pero yo tengo una parte no más, porque los abuelos me hicieron la guerra pues de eso, entonces me tocó darles la mitad, manejo la mitad de lo que le corresponde a la niña, a mí me tocó pues pararme duro porque pues a la niña le iban a dejar sin nada, entonces esa parte si la manejo yo y la tengo en una cuenta de ahorros por términos de creo 2 añitos y pues ahí tengo si usted gusta ver los documentos, la beneficiaria es la niña, eso está en un banco entonces yo manejo lo de la niña que son $6.000.000* ***Pregunta:*** *¿Don Pedro usted en algún momento convivió con Jessica?****PEDRO:*** *No señor, no pues nosotros tuvimos como se dice una relación así como un noviazgo pero así convivir con ella no* ***Pregunta:*** *Don Pedro ¿por qué es para usted importante que la niña esté con usted?* ***PEDRO:****Porque pues yo quisiera darle una mejor vida, como un mejor futuro y pues empezando quisiera eso, quisiera el bienestar para la niña, que pues ustedes mismos miraron como viven ellos, mientras que ustedes pueden ver que yo voy despacio pero voy tratando de organizar más, que tenga más, pues que sea más amplio todo, que ella se sienta más cómoda, quiero darle como ese futuro, como en educación, también sacarla osea que quiero lo mejor para la niña que esté con nosotros como familia, pues es que yo soy prácticamente el papá de la niña y tengo el derecho de que ella esté conmigo* ***Pregunta:*** *¿Y usted está de acuerdo?* (se le pregunta a la compañera permanente) ***JULIA:*** *Sí, yo desde un principio cuando yo me fui a vivir con él, yo sabía que él ya tenía la niña, yo fui clara con él y le dije que no había ningún problema de que si algún día él se traía a la niña yo con mucho gusto la tenía y le ayudaba a la niña y a él y pues también se lo dije a la mamá, que la niña siempre iba a ser bienvenida* ***Pregunta: ¿****Entonces hace cuánto que Laura no ha venido hasta casa?* ***PEDRO:*** *Como hace 8 días que estuvo aquí un rato* ***Pregunta:*** *¿ustedes dos hace cuánto conviven?* ***PEDRO:*** *Hace 4 años y medio vamos para 5 añitos".*

4.1. A partir de la inspección judicial realizada y los apartes anteriormente referidos, es posible resaltar los siguientes aspectos: (i) en la comunidad indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe no existe un procedimiento específico para resolver los casos de custodia de menores de edad. Dichos asuntos se resuelven en atención a las particularidades de cada caso; (ii) la comunidad contempla el régimen de custodia compartida; (iii) sólo se requiere la intervención del ICBF en asuntos de custodia de menores de edad indígenas, cuando los involucrados acuden directamente a dicha institución; (iv) la custodia de *Laura* fue asignada a los abuelos por cuanto existían vínculos afectivos recíprocos entre ellos y la niña; (v) la menor de edad reconoce como madre a su abuela materna; (vi) la niña disfruta compartir tiempo tanto con sus abuelos maternos, como con su progenitor y su hermanito *Juancho*; (vii) el accionante pretende la custodia de la niña porque quiere brindarle el cuidado y amor que ella requiere, así como una mejor opción para su futuro; (viii) existe un conflicto personal entre la abuela materna y el padre de *Laura* en razón de la custodia.

4.2. De otro lado, en el marco de la inspección judicial se verificaron las condiciones de entorno y vivienda de la menor de edad. Así, se pudo comprobar

que actualmente se encuentra escolarizada en el establecimiento educativo de la vereda Las Guacas. Asimismo, reside en una vivienda de condiciones aceptables de habitabilidad, la cual cuenta con los servicios básicos. En esta comparte su habitación con dos adultos. La vivienda del accionante, a pesar de estar actualmente en construcción, presenta también condiciones suficientes de habitabilidad y está dispuesta de manera adecuada. Incluso, se evidenció que en la misma se encuentra preparada un espacio independiente, dispuesto para la habitación de la niña. Por último, se constató que la vivienda de los abuelos se encuentra relativamente cerca a la del señor *Pedro.*

5. Ahora bien, en el concepto remitido por el trabajador social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que acompañó la inspección judicial, se indica lo siguiente:

> *"Desde el proceso de entrevista y verificación de derechos se encuentra un grupo familiar extenso por línea materna, donde las relaciones familiares se aprecian estables, en tanto las figuras adultas cuidadores se encargan del acompañamiento al proceso de la niña, elementos que aportan en la convivencia familiar.*
>
> *Teniendo en cuenta los aspectos referenciados en la entrevista, no se identifican aspectos que actualmente estén afectando la dinámica familiar, logra evidenciarse que el grupo familiar por línea materna satisface las necesidades de los integrantes de la familia, supervisa y acompaña los procesos de la niña. Los adultos son figuras importantes y significativas para la niña, especialmente la abuela materna, elementos que han aportado en la configuración de las relaciones familiares.*
>
> *Por tanto, y teniendo en cuenta los aspectos evidenciados en la entrevista y la revisión documental, no se identifican situaciones que actualmente estén afectando la dinámica de la niña, los abuelos maternos y cuidadores desarrollan estrategias parentales que han permitido y facilitado los procesos de corresponsabilidad para con la niña.*
>
> *De esta forma se identifica que el grupo familiar por línea materna reúne las condiciones afectivas, emocionales, psicológicas y de corresponsabilidad frente a los derechos de la niña, situación que no se evidencia en la figura paterna, pese a que se encuentra en la entrevista el intento por asumir la corresponsabilidad del rol paterno, sin embargo a lo largo de la etapa de la infancia de la niña, se identifica un rol paterno ausente, periférico y distante de los asuntos personales de la hija, dejando entrever la falta o ausencia de habilidades parentales del padre frente a las responsabilidad y compromisos que se deben asumir en el proceso de la crianza, el cuidado y la protección de la niña. Es por ello que se encuentra en el espacio familiar por línea materna que se encuentra las condiciones que permiten que la niña pueda continuar bajo la supervisión*

y el cuidado que han desarrollado los abuelos maternos junto con la red de apoyo como lo son las tías maternas.”.

De conformidad con lo anterior, el Instituto Colombiana de Bienestar Familiar recomendó que la niña *“continúe con los abuelos por línea materna, toda vez que han sido éstos quienes han garantizado los derechos integrales de la niña y le brindan un hogar estable y armonioso así como representan un vínculo afectivo estrecho, de apoyo y apego para la niña.”*[23]

6. Mediante oficio del **5 de octubre de 2018**, la Secretaría General de esta Corporación informó que dentro del término de traslado de las pruebas referidas anteriormente, no se recibió pronunciamiento alguno de las partes[24].

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1.- Cabe advertir que sobre la competencia y jurisdicción de los jueces de tutela para proteger derechos fundamentales de menores de edad pertenecientes a comunidades indígenas, se pronunciará la Sala *in extenso* en capítulo especial dedicado a ese punto. Sin embargo, por tratarse de una acción de tutela en trámite es claro que esta Sala de Revisión es competente para examinar las sentencias proferidas en este asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis

2.- De acuerdo con los hechos expuestos, la Sala Sexta de Revisión debe determinar si la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para cuestionar la decisión adoptada por la Gobernadora Central del Cabildo Indígena Nasa *Kwe'sx Yu Kiwe*, en el proceso de custodia adelantado en favor de la niña *Laura* de 5 años de edad.

Si la respuesta a la anterior cuestión es afirmativa, la Sala deberá abordar el siguiente problema jurídico: **¿**la Gobernadora Central del Cabildo Nasa *Kwe'sx Yu Kiwe* desconoció el derecho fundamental del accionante y de la niña Lauraa tener una familia y no ser separado de ella, así como el interés superior de la menor de edad, al otorgar la custodia a sus abuelos maternos y no a él**?**

3.- Para resolver lo planteado, la Sala adoptará la siguiente metodología. **Primero**, hará una breve exposición sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso que se analiza; **segundo**, se pronunciará sobre el alcance y límites de

[23] Folio 33 cd. Corte.
[24] Folio 82 cd. Corte.

la jurisdicción especial indígena; **tercero**, analizará el interés superior del menor de edad como límite a la jurisdicción especial indígena; **cuarto**, hará referencia al ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los menores de edad desde un enfoque que garantice el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como el derecho a tener una familia y no ser separados de ella; y **quinto**, resolverá el caso concreto.

Examen de procedencia general de la tutela

- Legitimación activa

4.- El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En desarrollo de esa norma superior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 además de la facultad de interposición directa por el afectado, previó la posibilidad que un tercero agencie los derechos del afectado y solicite su protección *"cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa"*.

De esa manera, existen eventos en los cuales se reconoce legitimidad en la causa por activa en la acción tutela, aunque la persona que promueva el amparo no sea el titular de los derechos. Por ejemplo, cuando la presentación de la acción de tutela se realiza por medio de (i) representantes legales -caso de los menores de edad, los interdictos y las personas jurídicas-, (ii) mediante apoderado judicial, (iii) a través de agente oficioso, y (iv) del Defensor del Pueblo o Personero Municipal.[25]

Particularmente, en el caso de los menores de edad, los padres pueden promover la acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales afectados o amenazados, debido a que ostentan la representación judicial y extra-judicial de los descendientes mediante la patria potestad[26].

En esta oportunidad, el señor Pedro interpuso de manera personal la acción de tutela como titular de los derechos fundamentales invocados. Además, actúa en defensa de los derechos e intereses de su hija menor de edad razón por la cual se encuentra legitimado para intervenir en esta causa.

-Legitimación pasiva

5.- Esta Corporación ha reconocido que las autoridades indígenas pueden ser parte pasiva dentro de una acción de tutela iniciada por un miembro de la comunidad. Esto ocurre en los eventos en que se cuestiona la constitucionalidad una decisión tomada por dichas autoridades (Asamblea General, Gobernador,

[25] Al respecto ver sentencia SU-377 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.
[26] Sentencia C-145 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Cabildo etc.) y que afecta a los comuneros indígenas[27].

Además, en el caso concreto, la acción de tutela contra el Cabildo Central Indígena Nasa *Kwe'sx Yu Kiwe*, es viable formalmente según el numeral 4° del artículo 42 del decreto 2591 de 1991[28], pues el comunero indígena *Pedro* se encuentra en estado de indefensión, debido a que no cuenta con otro mecanismo al interior de la jurisdicción especial indígena para debatir la decisión tomada por la respectiva Gobernadora.

Se reitera que, posteriormente esta Sala analizará la procedencia de la acción de tutela y la jurisdicción del juez constitucional para discutir decisiones de las autoridades judiciales indígenas.

-Inmediatez

6.- La procedibilidad de la tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Éste exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a ejercer este mecanismo *"en todo momento"* y el deber de respetar la configuración de la acción como un medio de protección *"inmediata"* de las garantías fundamentales. Es decir, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

Para verificar el cumplimiento del principio de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo trascurrido entre la supuesta violación o amenaza y la interposición de la tutela, es razonable. En el caso concreto, de acuerdo con el escrito de tutela, la presunta vulneración del derecho se generó el 31 de octubre de 2017, cuando la Gobernadora Central le confirmó al actor que la custodia quedaría a cargo de sus abuelos maternos, y la acción de tutela se interpuso el 23 de noviembre siguiente, es decir, veintisiete días después; lo que demuestra que en este caso se cumple con el requisito de inmediatez, pues la tutela se presentó en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración alegada.

-Subsidiariedad

7.- De manera reiterada, la Corte ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y

[27] Sentencia T-201 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.
[28] De conformidad con el numeral 4º del art. 42 del decreto 2591 de 1991, el estado de indefensión acaece o se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular, sea éste persona jurídica o su representante, se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración, a su derecho fundamental; estado de indefensión que se debe deducir, mediante el examen por el juez de la tutela, de los hechos y circunstancias que rodean el caso en concreto.

subsidiario, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos invocados, o cuando al existir otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En particular, esta Corporación ha señalado que es procedente la acción de tutela contra las decisiones adoptadas por las autoridades de una comunidad o pueblo indígena en ejercicio de sus Pedroibuciones jurisdiccionales autónomas. Ha explicado la Corte que ello es así por cuanto las comunidades y pueblos indígenas, a través de sus autoridades propias, *"ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social"*[29], es decir, los miembros de las comunidades indígenas ordinariamente se encuentran frente a sus autoridades propias en situación de subordinación[30] y especial sujeción[31].

También ha tenido en cuenta la Corte que en relación con las decisiones adoptadas por las autoridades propias de una comunidad o pueblo indígena, los afectados carecen de mecanismos efectivos de protección o instancias superiores a las cuales recurrir[32], así como de medios ordinarios de defensa judicial para controvertir los actos que consideren lesivos de sus derechos fundamentales[33].

Por lo tanto, al considerar que los miembros de las comunidades o pueblos indígenas se encuentran en situación de indefensión frente a las decisiones de las autoridades propias proferidas en ejercicio de su autonomía y poderes jurisdiccionales, la Corte Constitucional ha considerado que *"dentro de los límites que demanda el respeto a la diversidad étnica y cultural de la nación, la acción de tutela resulta de ordinario procedente para controvertir las decisiones de las autoridades indígenas"*[34].

En el asunto objeto de análisis, al dirigirse la acción de tutela que se revisa contra el Cabildo Central de la comunidad indígena Nasa *Kwe'sx Yu Kiwe*, con ocasión de decisión tomada dentro del proceso de custodia realizado respecto de la niña *Laura* de 5 años de edad, la Corte considera que dicha acción es procedente, en aplicación de las pautas jurisprudenciales descritas con anterioridad. En efecto, en relación con la decisión de la Gobernadora Central, el comunero *Pedro* la controvirtió con el mecanismo previsto al interior de esa jurisdicción indígena *–recurso de repocisión-*. No obstante, la Gobernadora reiteró la decisión relacionada con el otorgamiento de la custodia a los abuelos

[29] Sentencia T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
[30] Sentencia T-048 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[31] Sentencia T-1294 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
[32] Sentencias T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-048 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[33] Sentencias T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-811 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-1294 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.
[34] Sentencia T-048 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

maternos. En esa medida, el accionante se encuentra en una situación de subordinación y especial sujeción, pues no cuenta con un mecanismo adicional para controvertir la decisión de la Gobernadora ante su propia jurisdicción.

7.1.- De otra parte, es importante resaltar que esta Corporación en numerosas oportunidades[35] ha señalado que la protección de niños, niñas y adolescentes responde a un deber prioritario impuesto por el artículo 44 de la Carta Política[36]. Así, esta norma constitucional establece que "*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*", lo que implica que el Estado tiene la responsabilidad de velar por el interés superior de los menores de edad. Esto tiene concordancia con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales ratificados por Colombia para la protección de los niños, como la Convención de los Derechos del Niño de 1989. De esta manera, se pretende garantizar el desarrollo de todos los niños, niñas y adolescentes, y así ofrecerles condiciones de salubridad, dignidad y libertad para que se desarrollen armónica e integralmente.

Por esta razón, la regla de procedencia de la tutela como mecanismo de protección idóneo resulta ser más clara y evidente en los casos que involucren a personas en estado de indefensión, como lo son los menores de edad. Así, es preciso anotar que en virtud de los principios antes descritos el derecho a tener una familia y no ser separado de ella de los menores de edad es autónomo por lo que, para que proceda su protección, sólo es necesario demostrar que existe una amenaza cierta contra dicha garantía.

Entonces, al tratarse de un menor de edad, como quiera que es un sujeto de especial protección constitucional, el análisis de procedencia se atenúa en la medida en que la cláusula del interés superior del menor de edad obliga al juez a actuar de manera oportuna y eficaz y establece la prevalencia de sus derechos fundamentales. De conformidad con todo lo anterior, es procedente la acción de amparo constitucional de la referencia.

8.- Verificado el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la tutela, la Sala pasará a pronunciarse sobre el alcance y límites de la jurisdicción especial indígena.

---

[35] Ver, entre otras, Sentencia T-348 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas; T-573 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-863 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; y T-163 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[36] Constitución Política. Artículo 44. *"Son 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. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".*

Alcance y límites de la jurisdicción especial indígena. Reiteración de jurisprudencia

9.- La Constitución Política de 1991 en su artículo 1º consagra el carácter pluralista del Estado colombiano. Por su parte, el artículo 7º, concreta este principio al establecer que el Estado tiene el deber de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación, como corolario del principio de pluralismo. En desarrollo de estos dos artículos, la Constitución consagró, en su parte orgánica, la facultad de las autoridades indígenas para ejercer la jurisdicción y definió los alcances de su ejercicio. El artículo 246 Superior dispone:

> *"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional".*

Por su parte, el artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, establece el deber que tienen los Estados partes de respetar la jurisdicción especial indígena. Así mismo, de manera similar a como lo establece el artículo 246 de la Carta Política, dicho artículo 9.1 dispone que el deber de respeto hacia la jurisdicción especial indígena tiene como límite que dicha jurisdicción sea compatible con el sistema jurídico interno de cada Estado parte y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

10.- Ahora bien, esta Corporación ha precisado que el contenido normativo del artículo 246 Superior comprende: (i) la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias, (ii) la potestad de disponer de sus propias normas y procedimientos, (iii) la sujeción de los elementos anteriores a la Constitución y la ley, y (iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.[37] En esa medida, ha considerado que resulta "*una figura fundamental para un Estado pluralista que se funda en la autonomía de los pueblos indígenas, en la diversidad étnica y cultural, en el respeto al pluralismo y en la dignidad humana que permite el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre y cuando no sean contrarios a la Carta Política y a la Ley"*[38].

11.- Así las cosas, existen límites para el ejercicio de la autonomía de la jurisdicción indígena, la jurisprudencia de esta Corporación ha identificado los siguientes: *"por un lado, un núcleo duro, absoluto, según el cual, si un cabildo toma una decisión en contravía de determinados derechos fundamentales o del*

[37] Sentencia C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
[38] Sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

principio de legalidad, su determinación desborda el marco constitucional. Por otro lado, existe un segundo límite que previene a las autoridades de los pueblos tradicionales para que no tomen medidas arbitrarias y que vulneren los derechos fundamentales en tanto mínimos de convivencia social"[39].

Respecto del "*núcleo duro*", se debe entender que este tiene un carácter absoluto y que se transgrede cuando la medida resulta "*verdaderamente intolerable desde un consenso intercultural de la mayor amplitud posible*"[40]. En la jurisprudencia, se ha ubicado este consenso cultural en los derechos a la vida, las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas[41].

En lo que corresponde a los "*mínimos de convivencia social*", la Corte los ha identificado con los derechos fundamentales, al establecer que el ejercicio de la autonomía de las autoridades indígenas no puede implicar la afectación del núcleo esencial de los derechos de los miembros de la comunidad. Al respecto manifestó: *"En segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad"*[42].

Entonces, la jurisprudencia de la Corte al determinar el ámbito de protección que el Constituyente quiso fijar a los grupos étnicos, ha establecido que los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional[43].

12.-Así las cosas, con fundamento en la Constitución Política y en las normas internacionales que consagran el derecho a la identidad étnica y cultural, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y de promover su autonomía, preservar su existencia e impulsar su desarrollo y fortalecimiento cultural. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que el derecho fundamental a la diversidad e identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas no ostenta un carácter absoluto, y que encuentra límites constitucionales en los derechos humanos, las garantías fundamentales y, de manera relevante, en el principio del interés superior de los niños, como pasa a verse a continuación.

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes constituye un límite a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas

---

[39] Sentencia T-201 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.
[40]Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.
[41] Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
[42] Sentencias SU-510 de 1998 ya citada y T-903 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[43] Sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

13.- Respecto de los niños, niñas y adolescentes, el ejercicio de la autonomía de las autoridades indígenas no puede implicar la afectación de sus derechos fundamentales. Los menores de edad gozan de un estatus jurídico especial desde el punto de vista constitucional, por lo que han sido considerados sujetos de protección constitucional reforzada. Ese estatus jurídico implica, entre otras cosas, que sus derechos prevalecen respecto de los derechos de los demás, incluso los de las comunidades indígenas. Esto se explica porque el interés superior del menor de edad se determina con base en la situación especial del niño y no depende necesariamente de lo que los padres o la sociedad consideren mejor para ellos.

La obligatoriedad del interés superior del niño no encuentra excepciones de ninguna clase, ni siquiera tratándose de pueblos indígenas. Por ello, estos están obligados, en el marco de sus usos y costumbres, a garantizarles a los niños indígenas la protección especial que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen. Al respecto, esta Corporación ha señalado que "*la Constitución protege de manera especial el interés superior del menor indígena, el cual no solamente es vinculante para los jueces ordinarios, sino también para las propias comunidades indígenas y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica*."[44]

14.-La anterior interpretación tiene además sustento en la **Observación General Nº 11 sobre la Convención de los Derechos del Niño**[45], documento útil como parámetro de interpretación sobre el contenido y alcance de las garantías contenidas en el artículo 44 de la Constitución. La Observación se refiere precisamente a los niños indígenas y establece una serie de criterios muy importantes en relación con su interés superior:

(i) El numeral 30 establece que "*la aplicación del principio del interés superior del niño requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos*".

(ii) El numeral 31 establece que, "*al determinar cuál es el interés superior de un niño indígena, las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo".*

[44] Ver sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[45]Esta Observación se puede consultar en el siguiente enlace: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.GC.C.11_sp.pdf

(iii) El numeral 32 dispone que al existir diferencias entre el interés superior del niño considerado individualmente y el interés superior de los niños como grupo, en las decisiones administrativas y judiciales de un niño en particular, lo que se tratará es de determinar *"el interés superior de ese niño en concreto"*, y se advierte que, "*la consideración de los derechos culturales colectivos del niño forma parte de la determinación del interés superior del niño".*

15.- De otro lado, la regulación del interés superior del niño indígena a nivel nacional se establece en la **Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia** – que en el artículo 3º parágrafo segundo establece que, "*en el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política*". Asimismo, se indica en el artículo 13 de esa misma normativa que, "*Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización estatal*".

16.- En la jurisprudencia de esta Corporación se han analizado casos muy importantes en relación con la prevalencia del interés superior del menor de edad indígena:

En la Sentencia **T-030 de 2000**[46], se analizó el caso de unos niños gemelos de la comunidad indígena de los U'WA, quienes fueron entregados al ICBF por sus padres ya que no podían llevarlos a la comunidad debido a que en esta repudian los nacimientos múltiples por considerar que "contaminan" su comunidad, por lo que iban a ser dados en adopción. En este caso, la Corte Constitucional negó la petición para proceder a la adopción y ordenó constituir un grupo interdisciplinario para que bajo la coordinación de la Dirección Seccional del ICBF, Agencia Arauca, señalara el momento oportuno del traslado de los menores, recomendara los tratamientos a seguir, e ilustrara a la familia y a la comunidad U´WA sobre los cuidados de los niños, una vez éstos retornasen a su comunidad.

La Sentencia **T-1127 de 2001**[47] estudió el caso de un niño indígena Páez sometido a reclusión reservada por parte de los miembros del Cabildo de Talága por el robo de unas gallinas. En esta sentencia se estableció el derecho de la madre a entrevistarse y visitar periódicamente al menor de edad, con base en sus relaciones de afecto y la protección del núcleo familiar.

La Sentencia **T–617 de 2010**[48] reconoció la atribución constitucional de la que

[46] M.P. Fabio Morón Díaz.
[47] M.P. Jaime Araujo Rentería.
[48] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

son titulares los pueblos indígenas a la hora de conocer los casos que involucren posibles vulneraciones a los derechos de los niños pertenecientes a las comunidades. En esta providencia, la Corte ordenó que dicho caso fuera conocido por la jurisdicción indígena, no obstante se trataba de un posible delito de acceso carnal en una menor de catorce (14) años. La Corte dispuso en dicha ocasión que, *"En casos que involucren el bienestar de niños pertenecientes a comunidades indígenas, resulta conveniente puntualizar que, al determinar el alcance de los derechos de los niños indígenas, la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva 'occidental', la situación del menor indígena. Lo que debe tener presente el juez es el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991, pues constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia".*

La providencia **T-001 de 2012**[49] resolvió el caso de una menor de edad que a los 6 meses fue separada de su progenitora, quien vivía y trabajaba en Puerto Inírida y llevada a la comunidad indígena Yuri. Posteriormente, la madre de la niña acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y en compañía del Capitán de la Comunidad de Yuri acordaron que la menor de edad estaría bajo la custodia de sus abuelos paternos y que la madre la visitaría siete días al mes.

En esta sentencia se tomaron varias decisiones, entre otras, ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar iniciar de oficio las actuaciones pertinentes para realizar una nueva conciliación que garantizara el derecho de visita o de custodia de la madre en el término perentorio de un mes contado a partir de la notificación de la providencia.

En esta sentencia se concluyó que:

> *"cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica. En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio proinfans que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la jurisdicción nacional los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados*

[49] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

por la colectividad."

En la sentencia **T-466 de 2016**[50], con base en la primacía de los derechos de los niños en nuestro ordenamiento, se dispusieron órdenes encaminadas a solucionar la situación de emergencia que afrontan los niños Wayúu de La Guajira, debido a la situación de desnutrición, los problemas de atención en salud y la mortalidad infantil. En dicha providencia se hizo énfasis en las obligaciones de los adultos respecto de los niños, con énfasis en las responsabilidades que tienen en la procura de su bienestar las autoridades tradicionales, nacionales, departamentales y municipales.

17.- Del anterior recuento jurisprudencial, se puede concluir que la autonomía de los pueblos indígenas puede ser válidamente limitada cuando las autoridades del Estado tengan la certeza de que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños indígenas. Lo anterior, por cuanto la Constitución protege de manera especial el interés superior del menor indígena, el cual no solamente es vinculante para los jueces ordinarios, sino también para las propias comunidades indígenas y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica.

18.-Asimismo, la Corte advierte que una restricción de esta naturaleza es compatible con el autogobierno reconocido a las comunidades étnicas en sus territorios. Esto al menos por dos tipos de argumentos, que se derivan de las razones precedentes. En primer lugar, porque dicho autogobierno está supeditado a la Constitución Política, lo que implica que no puede tener un alcance tal que niegue la vigencia de los derechos fundamentales, comprendidos bajo una perspectiva intercultural. En segundo lugar, porque al tratarse de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 44 de la Constitución ofrece una fórmula de resolución de controversias, según la cual sus derechos tienen carácter prevalente, lo que resulta igualmente aplicable respecto del derecho al autogobierno.

19.- Visto lo anterior, pasa la Sala a referirse al régimen de custodia de los menores de edad desde un enfoque que atienda a su interés superior y su derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

El ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los menores de edad desde un enfoque que garantiza el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como el derecho a tener una familia y no ser separados de ella[51].

20.- Los artículos 5º y 42 de la Constitución consagran que la familia, en sus diversas formas de constituirse, es el núcleo fundamental de la sociedad y por

[50] M.P. Alejandro Linares Cantillo. Reiterada en la Sentencia T-080 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.
[51] Las siguientes consideraciones fueron retomadas parcialmente de la Sentencia T-384 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

ello corresponde tanto al Estado como a la sociedad ampararla y garantizar su protección integral. De allí que el texto superior impone el deber a los padres de sostener y educar a los hijos mientras sean menores de edad o estén impedidos.

Asimismo, la Carta Política consagra que, corresponde a la ley definir los lineamientos de la progenitura responsable (art. 42 inciso 8° Superior), siempre con la observancia de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en especial los derechos a tener una familia y no ser separados de ella, a la educación, al cuidado y al amor (art. 44 Superior).

21.- La progenitura responsable tiene una relación directa con el ejercicio de la patria potestad y con el deber de crianza y cuidados personales que los padres deben asumir frente a los hijos. Desde dicha figura se garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se hace efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

22.- Respecto de la **patria potestad**, el artículo 288 del Código Civil, la define como un conjunto de derechos que la ley le reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que como padres deben asumir. En particular, la patria potestad está conformada por poderes conjuntos que deben ejercer ambos padres, o a falta de uno de ellos le corresponde al otro, y refiere a la administración del patrimonio de los hijos, al usufructo de los bienes que les pertenecen, a la representación judicial y extrajudicial en todos los actos jurídicos que se celebren en beneficio de los hijos, y a la facultad de autorizar su desplazamientos dentro y fuera del país. Al respecto, esta Corporación ha reconocido que, *"los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado"*[52].

Entonces, la patria potestad se concibe como una institución jurídica de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal, de la cual se deriva que los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen con sus hijos, a menos que la patria potestad sea suspendida o terminada por decisión judicial cuando se presenten las causales legalmente establecidas.[53] A partir de ello, la patria potestad es reconocida en la actualidad no como una prerrogativa o derecho absoluto de los padres[54], sino como una institución instrumental que les permite a ellos garantizar los derechos de sus hijos y propender por el bienestar de los niños.

23.- Ahora bien, existen otros compromisos relevantes que deben asumir los padres en la progenitura responsable, entre ellos, el **deber de custodia y**

[52] Sentencia C-997 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
[53] Sentencia T-041 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
[54] Sentencia C-727 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

cuidado personal de los hijos menores de edad, lo que trae consigo el deber de educar, orientar, formar hábitos y costumbres.

Al respecto, en el Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006- se observan los siguientes preceptos relevantes: **(i)** el artículo 23, que instituye que los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos titulares del derecho a que sus padres de forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para el desarrollo integral, es decir, se establece la obligación de los padres de ejercer conjuntamente la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad, **(ii)** el artículo 14, que incluyó la figura de la responsabilidad parental la cual, además de ser un complemento de la patria potestad fijada por la legislación civil, instituye en cabeza de los padres las obligaciones de orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los hijos menores dentro de su proceso de formación, lo cual implica *"la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos",* y **(iii)** el artículo 10, que consagra el principio de corresponsabilidad, según el cual, la familia y por ende los padres, son los primeros llamados a garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes a través de su atención, cuidado y protección, con la debida concurrencia del Estado y la sociedad.

En esa medida, el deber de custodia y cuidado personal de ambos padres respecto de los hijos menores de edad, además de atender a los lineamientos de la progenitura responsable y a la igualdad de derechos y obligaciones entre los progenitores, responde de manera prevalente al principio constitucional del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, y del derecho que tienen a la unidad familiar[55].

Entonces, ese cuidado de los menores de edad debe ejercerse conjuntamente por los padres y a falta de uno de ellos le corresponde al otro. Excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites. No así la patria potestad, reservada a los padres[56]. Al respecto, el artículo 254 de Código Civil señala que se podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otras personas, con evidente preferencia hacia los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes.

24.- Ahora bien, el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos en el marco de la progenitura responsable, no se relaciona sólo con el interés superior del menor de edad, sino que también encuentra una base importante en el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella, que se concreta en su derecho a recibir amor y cuidado de la familia, por excelencia de sus padres, para así desarrollarse de manera integral. A partir de ello, cuando la jurisprudencia constitucional se ha referido

[55] Al respecto ver Sentencia T-348 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, ya citada.
[56] Al respecto ver Sentencia T-500 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía.

al tema de custodia y cuidado personal de los niños, ha orientado sus decisiones a la satisfacción del principio del interés superior del menor de edad y al derecho que les asiste a tener una familia y no ser separado de ella, sin dejar de lado las obligaciones que la progenitura responsable le impone a los padres[57].

25.- Por ejemplo, en control abstracto de constitucionalidad, esta Corporación en la sentencia **C-239 de 2014**[58] señaló que la custodia puede ser compartida y que el cuidado personal del niño corresponde tanto a sus padres como a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiares, social o institucional, o sus representantes, como lo prevé el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Además, precisó que ni la custodia ni el cuidado personal del menor de edad se otorga a los padres o a las personas que conviven con él en su provecho personal, sino en el interés superior del niño. En ese contexto, la Corte explicó que la decisión sobre la custodia y el cuidado personal del niño corresponde a un acto generoso y responsable al pensar en lo mejor para el menor de edad.

En igual sentido, la **Sentencia C-569 de 2016**[59] al referirse al marco normativo aplicable a la custodia de los menores de edad, precisó que la misma puede ser

---

[57] *Cfr.* Sentencia T-348 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[58] M.P. Mauricio González Cuervo. En esa oportunidad la Corte resolvió una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adicionó el artículo 230A al Código Penal Colombiano, tipificando el delito del ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El problema jurídico se circunscribió a determinar si la norma acusada *"al prever una pena de uno a tres años de prisión y de uno a dieciséis salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, para el padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre el que ejerce la patria potestad, cuando obre con el propósito de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, y al no prever la misma pena cuando esta conducta la realice el padre con el propósito de privar al otro padre del derecho de visitas, ¿vulnera los derechos a la igualdad de trato de los padres y el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, previstos en los artículos 13 y 44 de la Constitución?* La norma censurada fue declarada exequible, por el cargo analizado, estableciendo como regla de decisión que *"dar diferente protección penal a la situación del padre que tiene a su cargo la custodia y cuidado del hijo menor y a la situación del padre a quien corresponde el régimen de visitas al mismo, no implica una discriminación injustificada ni desconoce el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella".*

[59] M.P. Alejandro Linares Cantillo. Allí se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión *"que acredite vínculo de consanguinidad,* consagrada en el parágrafo 1° del artículo 153 de la Ley 1709 de 2014. Esa norma en su contexto consagra que los niños, niñas y adolescentes menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un Juez de la República ordene lo contrario. No obstante, en los casos en que se demuestre que el niño no puede permanecer en el establecimiento carcelario o es mayor de 3 años de edad, el juez está facultado para conceder la custodia del niño al padre o al familiar *"que acredite vínculo de consanguinidad"*. // En esa oportunidad, el problema jurídico se centró en determinar si ¿constituye una vulneración a los derechos a la igualdad, a la familia y a no ser separado de ella, y al interés superior de los niños, según dichos mandatos constitucionales se encuentran contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, exigir como condición para otorgar la custodia de las niñas y los niños que no pueden permanecer en los establecimientos carcelarios o cuando sean mayores de tres (3) años, la acreditación de vínculos de consanguinidad? // Al resolver el problema jurídico planteado, la Corte precisó que *"la responsabilidad principal en lo que respecta a la custodia, la crianza y la provisión de los medios económicos básicos para el bienestar de los niños, reposa en la familia. La familia, en este contexto, no puede entenderse solamente en su acepción tradicional, sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la que se inserte el niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada, esto es, no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad, sino que se extiende a otras estructuras, conformadas por vínculos jurídicos o naturales, que surgen a partir de la convivencia y que se basan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad"*. En ese sentido, encontró que la expresión censurada desconoció los derechos de los niños y las niñas a crecer en el seno de la familia sin importar su estructura, es decir, también las naturales y las de crianza, por ejemplo. De allí que declaró inexequible la locución demandada.

conciliada y compartida por los padres con fundamento en el interés superior de los niños y en el artículo 23 del Código de la Infancia y de la Adolescencia. No obstante, si no existe acuerdo entre las partes, el asunto debe ser definido por las autoridades administrativas y judiciales, siempre orientadas por el principio del interés superior del niño y la observancia de las condiciones fácticas a partir de las pruebas existentes.

26.- De otra parte, a través del control concreto de constitucionalidad, en la **Sentencia T-442 de 1994**[60], esta Corporación revisó una acción de tutela que fue presentada por el abuelo materno de un menor de edad contra un juzgado de familia que concedió la custodia del niño a los padres, quienes jamás habían asumido la progenitura responsable y generaban un desbalance emocional en el niño, según reportaban las pruebas recaudadas. En esa oportunidad, la Corte señaló que el interés superior de los niños y la opinión de éstos deben ser tenidos en cuenta en los eventos en que se presenten disputas entre quienes pretenden su custodia y cuidados personales.

Además, precisó algunas reglas que deben observarse en los asuntos en que sea necesario definir conflictos entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de los familiares que discuten su custodia y cuidado personal, las cuales consisten en: **(i)** para otorgar la custodia y el cuidado del menor de edad no se puede operar de manera mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar el bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente, **(ii)** en cada caso particular se deben analizar las circunstancias en que se encuentre el menor de edad en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado, **(iii)** la opinión del menor de edad, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento relevante en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente, y **(iv)** las pretensiones de quienes solicitan la custodia del menor de edad, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

Con la aplicación de las anteriores reglas al caso que en dicha ocasión se analizó, esta Corporación concluyó que el juez de familia ignoró la realidad probatoria objetiva que mostraba el proceso, por cuanto al asignar la custodia del niño a los padres *"le creó una situación de angustia, inestabilidad e indiferencia, que viola sus derechos constitucionales fundamentales",* máxime cuando se constataba que el niño tenía un fuerte lazo de afecto por sus abuelos maternos y que identificaba a la tía materna como mamá, con quienes manifestó querer permanecer en familia. En consecuencia, confirmó la decisión del juez de primera instancia constitucional, que había concedido el amparo tutelar.

[60] M.P Antonio Barrera Carbonell.

27. Del anterior recuento jurisprudencial se puede concluir que, las decisiones sobre la custodia y el cuidado personal de los menores de edad, se han centrado sobre todo en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y en el derecho que les asiste a tener una familia y a no ser separados de ella. En esa medida, en el curso de los procesos en los cuales debe decidirse sobre la custodia y el cuidado personal de los niños, la autoridad administrativa o el juez competente debe propiciar entre las partes la celebración de acuerdos de custodia compartida, si ello se reporta en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Incluso, si a pesar de no lograrse dicho acuerdo, la autoridad al evaluar el material probatorio en su conjunto, advierte del contexto familiar que ambas partes son idóneas para ejercer la custodia y el cuidado personal de los niños menores de edad, debe centrarse en fijar la custodia compartida y el cuidado personal a ambas partes para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, al cuidado y al amor, siempre con miras a garantizar el interés superior del menor de edad[61].

28.- Conforme a las consideraciones previamente expuestas, la Corte pasará a estudiar el caso concreto.

Caso concreto.

29.- Pasa entonces la Sala a analizar el caso concreto con el fin de determinar si el derecho fundamental a tener una familia del accionante y de la menor de edad *Laura*, así como su interés superior, fueron o no vulnerados por la Gobernadora del Cabildo Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe, al decidir que la custodia de la niña estaría a cargo de sus abuelos maternos, pese a que su padre expresó sus deseos de tenerla consigo y manifestó encontrarse en una situación económica estable y tener un hogar constituido.

30.- Desde el momento en el que el expediente llegó al Despacho, éste se encargó de desplegar una amplia actividad probatoria con el fin de establecer la situación que realmente se estaba presentando en relación con la menor de edad y su entorno familiar. En efecto, de la inspección judicial que se llevó a cabo, logró determinarse que desde el fallecimiento de la madre de la niña, la señora *Rosalba* ha intentado obtener la custodia de su nieta, bajo el argumento de que la niña ha vivido desde su nacimiento con ella y está acostumbrada a ese entorno familiar. En efecto, la Gobernadora Central le asignó la custodia a los abuelos maternos, con base en la premisa referida.

Asimismo, se evidenció que el señor *Pedro*, aun cuando no ha convivido con la menor de edad de manera permanente, tiene la real intención de brindarle el amor y cuidado que ella necesita para desarrollarse en forma plena y armónica.

[61] *Cfr.* Sentencia T-348 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

31.- A su vez, el Despacho en la inspección judicial decretada realizó una entrevista a la menor de edad con el debido acompañamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lo anterior, de conformidad con la normativa internacional[62], nacional[63] y la abundante jurisprudencia constitucional[64], que precisa que los niños y niñas deben ser escuchados y tienen el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todos los procesos que los afecten. En efecto, el Comité de Derechos del Niño, órgano autorizado para interpretar la Convención, en su Observación General Nº 12 sobre *"el derecho del niño a ser escuchado"*, estableció que debe darse al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, por ejemplo, en cuestiones de custodia.

A partir de ello, el Comité de Derechos del Niño desaconseja a los Estados partes que introduzcan en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente:

> *"El concepto del niño como portador de derechos está firmemente asentado en la vida diaria del niño desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente."*[65]

---

[62] Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, se han ocupado en establecer que todos los ciudadanos tienen derecho a ser escuchados, en el marco de los procesos judiciales en los que son parte. (e. j. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.1).
Tratándose específicamente de derechos de los niños, niñas y adolescentes, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se refiere al derecho a ser escuchado, más allá del trámite de procesos judiciales. Al respecto indica el artículo 12:
"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

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

[64] Ver sentencias: T-276 de 2012 M. P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub; T-115 de 2014 y T212 de 2014, en ambas, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-376 de 2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras. En sentencia T-844 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt, se indicó: *"Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente. // Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ´madurez´ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo".*

[65] Consultar la Observación General Nº 12 (1999), párrafo 21.

Con fundamento en lo anterior, el Despacho en la inspección judicial decretada le realizó una entrevista a la menor de edad con el debido acompañamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a partir de la cual concluyó que la niña tiene un vínculo afectivo muy fuerte con su abuela *Rosalba*, a quien reconoce como su autoridad materna y, al mismo tiempo, expresa felicidad y motivación cuando se le indica la posibilidad de pasar más tiempo con su papá y su hermano menor de edad, a quien identifica como *Juancho*.

32.-Ahora bien, en la parte considerativa de la presente providencia se desarrollaron diferentes temas que deben tenerse en cuenta para resolver el problema planteado. En primer lugar, se estableció que la autonomía de los pueblos indígenas puede ser limitada cuando las autoridades del Estado tengan la certeza de que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños indígenas. Lo anterior, por cuanto la Constitución protege de manera especial el interés superior del menor de edad indígena, el cual no solamente es vinculante para los jueces ordinarios, sino también para las propias comunidades indígenas y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica.

Llevado este argumento al caso analizado, la Corte considera importante evidenciar que de las pruebas recaudadas y, en especial, de la inspección judicial y los testimonios recaudados por la Magistrada ponente, se llega a la conclusión que no se evidencia que al interior de la comunidad étnica exista una práctica diferenciada en lo que respecta al ejercicio de la custodia parental. Por el contrario, tuvo oportunidad de demostrarse que sobre la materia, la comunidad étnica adelanta acciones análogas a las de la sociedad mayoritaria, basadas en la definición de la custodia en términos de vigencia del interés superior de la niña, sin que medien otras circunstancias propias del pueblo étnico. De allí que resulten plenamente aplicables los criterios anteriormente mencionados sobre el ejercicio de la custodia parental y su vínculo con la vigencia de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

33.-Por otra parte, se analizó el tema de la custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, se indicó que el cuidado de los menores de edad debe ejercerse conjuntamente por los padres, y que a falta de uno de ellos le corresponderá al otro. Además, se precisó que, excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites. Asimismo, se resaltó que ni la custodia ni el cuidado personal del niño se otorga a los padres o a las personas que conviven con él en su provecho personal, sino en el interés superior del menor de edad.

Adicionalmente, se indicó que la progenitura responsable tiene una relación directa con el ejercicio de la patria potestad y con el deber de crianza y cuidados personales que los padres deben asumir frente a los hijos. Desde dicha figura se

garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se hace efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

A su vez, se planteó la posibilidad de que en el curso de los procesos en los cuales se debe decidir sobre dichos asuntos, la autoridad o el juez competente pueden propiciar entre las partes la celebración de acuerdos de custodia compartida para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, al cuidado y al amor, siempre con miras a garantizar el interés superior del menor de edad.

34.- En el caso de *Laura* se entiende que, por las especiales circunstancias fácticas, el asunto de su custodia se esté definiendo entre sus abuelos maternos y su progenitor, pues ella tiene un fuerte vínculo afectivo con la señora *Rosalba*, al punto que la reconoce como su *"mamita"*. No obstante, la decisión de la Gobernadora Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe de entregar la custodia exclusivamente a los abuelos maternos vulnera los derechos fundamentales del accionante y de la niña a tener una familia y no ser separado de ella, así como su interés superior.

Lo anterior, en la medida en que los niños tienen derecho a estar bajo el cuidado de su progenitores y, por tanto, sólo pueden ser separados de ellos en virtud de su ineptitud 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 el presente asunto, se observa que el señor *Pedro* cuenta con los medios económicos y afectivos para brindarle estabilidad y un hogar constituido a su hija. Asimismo, no se evidencia que el padre tenga alguna condición particular que le reste idoneidad para el ejercicio del rol paterno o que ponga al riesgo los derechos de la menor de edad. En este sentido, es claro que la separación de la menor de edad de su progenitor implica la afectación de sus derechos.

Cabe aclarar que, si bien en el concepto emitido sobre el presente asunto, el ICBF señaló que el rol paterno del accionante ha sido distante y recomendó que la niña continuara con los abuelos maternos, para esta Sala dicha circunstancia se presentó en la medida en que, desde su nacimiento la menor de edad ha convivido con sus abuelos maternos y la decisión de la Gobernadora consistente en otorgarles la custodia exclusiva, no le ha permitido al actor desempeñar el rol de padre de manera integral. Además, es preciso resaltar que, a pesar de que el ICBF advirtió la lejanía del padre con su hija, también resaltó en el concepto presentado ante esta Corporación que el accionante tiene la intención de *"asumir la corresponsabilidad del rol paterno."*

Por otro lado, es pertinente evidenciar que, aun cuando en la entrevista realizada por el Despacho sustanciador, el actor admitió que no aportaba la cuota de alimentos asignada por la Gobernadora para cubrir los gastos de *"alimentación,*

salud, educación, vestuario, recreación" de la menor de edad, el demandante explicó que esto se debe a que no estuvo de acuerdo con las decisiones que se profirieron en ese momento y, por ende, se abstuvo de firmar el documento que lo obligaba a pagar la cuota de alimentos referida, pues en esta misma decisión se asignaba la custodia exclusivamente a los abuelos[66].

A juicio de la Sala, las circunstancias arriba señaladas no desvirtúan la idoneidad del accionante para ejercer la custodia y el cuidado de la menor de edad. En efecto, la lejanía con su hija se fundamenta en la asignación exclusiva de la custodia a los abuelos maternos y la falta de pago de la asignación mensual impuesta por la Gobernadora al accionante, corresponde a su inconformidad con la decisión adoptada, que no sólo consiste en la fijación de la cuota, sino también compromete la asignación de la custodia. Al respecto, si bien es evidente que la obligación de asumir el pago de los alimentos es un asunto que no depende de la asignación de la custodia, en todo caso ese sólo incumplimiento no opera como causal para la privación de las prerrogativas derivadas del ejercicio de la patria potestad. Además, la decisión que permita el ejercicio del rol paterno por parte del accionante en modo alguno es incompatible con la permanencia del deber de pago de la obligación alimentaria a cargo del accionante.

Así pues, en el trámite de la tutela no se demostró la supuesta falta de idoneidad del padre para asumir el cuidado de su hija. Por el contrario, el ICBF sostuvo que era posible concluir que el padre tenía interés en hacerse cargo de ella y asumir la paternidad de forma responsable.

En este punto, cabe advertir que la interpretación de índole constitucional del derecho fundamental de los menores de edad de tener, conocer y relacionarse con sus progenitores, obedece al hecho innegable del nexo que existe entre el desarrollo de la personalidad del niño y de su identidad con el afianzamiento de su certeza de que pertenece a un grupo familiar que lo quiere y apoya. Este conocimiento, desde la niñez, según los expertos, permite a las personas, y en particular a los menores de edad, elaborar su propia historia, reconocer en sus propios rasgos los de sus padres y sus hermanos. Por ello, privarlo de este conocimiento puede desembocar en problemas de identificación[67].

35.- En esas condiciones, encuentra la Sala que en atención al interés superior del menor de edad y a los derechos del accionante y de la niña a tener una familia y a no ser separadas de esta, se ordenará a la Gobernadora Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe que profiera una nueva decisión, en la cual deberá tener en cuenta el ejercicio de la custodia y del cuidado personal de *Laura*, desde un enfoque que atienda su interés superior, así como el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separada de ella.

---

[66] Cfr. Folio 45 cd. Corte.
[67] Al respecto, ver Sentencia T-189 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

36.-La Sala precisa que, contrario a lo que solicita el actor en la acción de tutela, no le corresponde al juez constitucional emitir una decisión definitiva sobre la custodia de la menor de edad, pues con los insumos de la presente providencia y en atención a los usos y costumbres de la comunidad, la Gobernadora debe proferir una nueva decisión que responda a la aplicación del modelo de custodia compartida, aceptado por el ordenamiento Nasa Kwe'sx Yu Kiwe, donde se establezcan de forma equitativa y proporcionada los tiempos compartidos y gastos necesarios para garantizar el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social de *Laura*. Sobre este aspecto, la Corte advierte que el cumplimiento en el pago de emolumentos a favor de la menor de edad por parte del accionante es uno de los aspectos que deberá dirimirse por parte de las autoridades tradicionales, a efectos que el accionante asuma debidamente el suministro de los alimentos en favor de su hija, obligación que está vinculada a la protección del interés superior de la niña.

37.- A partir de ello, la Sala recuerda que en el modelo de custodia compartida debe existir un reparto equitativo y equilibrado de las responsabilidades de las partes en el ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, el cuidado, la educación y la manutención de los hijos. En esa medida, el ejercicio de la progenitura responsable implica para ambas partes encargadas del cuidado personal de los menores de edad: (i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente; (ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para éstos; y, (iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores de edad.

38.- Asimismo, aprovecha la oportunidad esta Corte para hacer un llamado de atención a los señores *Rosalba* y *Pedro*, para que dejen de lado los conflictos personales y particularmente de índole económica, que han persistido después del fallecimiento de la madre de la niña. En cambio, esta Corporación les hace un llamado para que construyan una fórmula de convivencia que esté exclusivamente basada en el bienestar de la menor de edad y la opinión que ella ha manifestado de querer compartir con ambas partes. Así, deberán acordar el ejercicio de la custodia y el cuidado personal con base en la figura de la custodia compartida, la cual atiende al interés superior de la niña y le garantiza su derecho prevalente a tener una familia y no ser separada de ella. Esto bajo el supuesto que, el escenario más apropiado para la niña *Laura* es aquel en el que cuente con el amor, el cuidado y la orientación tanto de su familia materna como de su padre.

39.- Por último, la Sala advierte a la Gobernadora del Cabildo Central Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe sobre la importancia de escuchar y tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes en lo relacionado con la definición de su custodia y cuidado personal, de conformidad con sus costumbres y tradiciones étnicas.

En atención a lo anterior la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2018 por Juzgado Tercero Penal con Función de Conocimiento de Palmira (Valle), la cual confirmó la sentencia de primera instancia emitida el 7 de diciembre de 2017 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Florida (Valle), dentro de la acción de tutela que interpuso el señor *Pedro*, actuando en nombre propio y en representación de su hija *Laura*, contra el Cabildo Central Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a tener una familia y no se separado de ella del accionante y de *Laura*, así como al interés superior de los niños que a ella le asiste.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTO la decisión adoptada el 10 de agosto de 2017, dentro del proceso interno de custodia de la niña *Laura*. En su lugar, **ORDENAR** a la Gobernadora del Cabildo Central Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe, o quien haga sus veces, que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva decisión, en la cual deberá tener en cuenta el ejercicio de la custodia y del cuidado personal de la menor de edad desde un enfoque compartido que atienda su interés superior, así como el derecho que le asiste a tener una familia y no ser separada de ella, todo ello conforme a lo expresado en la parte motiva de esta sentencia. Esta decisión, a su vez, deberá permitir tanto la posibilidad que el accionante ejerza materialmente su rol paterno, como el mantenimiento de los lazos entre *Laura* y su familia materna.

CUARTO.- ORDENAR a la Gobernadora del Cabildo Central Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe, o quien haga sus veces, que remita a esta Sala de Revisión la decisión proferida en cumplimiento del numeral tercero de esta providencia.

QUINTO.-Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General