

REPÚBLICA DE COLOMBIA
CORTE CONSTITUCIONAL



SENTENCIA T-767 DE 2013

Referencia: Expediente T-3.796.387

Acción de tutela instaurada por *Mario P.*
contra el Juzgado 15 de Familia de Bogotá.

Derechos Fundamentales invocados:
debido proceso, derechos de los niños a la
familia, al cuidado y al amor.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C., seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo adoptado por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 19 de diciembre de 2012, en el proceso de tutela promovido por el señor *Mario P.* contra el Juzgado 15 de Familia de Bogotá.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

Aclaración previa

Teniendo en cuenta que en el presente caso se estudiará la situación de dos menores de dieciocho años, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar la supresión de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre de los niños, el de sus familiares, y los datos e informaciones que permitan conocer su identidad. 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 han cambiado los nombres reales de los menores de edad y el de sus familiares por unos ficticios¹, que se escribirán en letra cursiva; y para designar los apellidos, y así distinguir las familias paterna y materna, se usarán letras.

1. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD

- 1.1.1. De la convivencia del señor *Julián P.* y la señora *Margarita R.*, nacieron los niños *Federico P.R.* (nacido el 16 de abril de 2004) y *Juana P.R.* (nacida el 6 de septiembre de 2005).
- 1.1.2. Los padres de los niños se separaron en el año 2009. En razón a que el señor *Julián P.* se desempeña como militar al servicio activo de la Armada Nacional, ambos padres suscribieron un acta de conciliación en la que acordaron que la madre tendría la custodia de los menores de edad.
- 1.1.3. En diciembre de 2011, el señor *Julián P.* viajó a *Jenesano*, lugar de residencia de la madre, a visitar a los niños y, posteriormente, se desplazó con ellos a la ciudad de Bogotá para pasar las vacaciones con sus hijos.
- 1.1.4. Asegura el demandante que al llegar a Bogotá, los niños le manifestaron a su papá que su madre, su abuela materna y el compañero sentimental de su madre, los maltrataban físicamente.
- 1.1.5. Sostiene el accionante que, como consecuencia de lo anterior, el 7 de enero de 2012 el señor el señor *Julián P.*, puso a disposición del ICBF por conducto de la Comisaría de Familia y Defensoría de menores, para que se iniciara proceso administrativo de restablecimiento de derechos ya que eran objeto de maltrato y violencia intrafamiliar por parte de la progenitora biológica y familia por línea materna en el municipio de *Jenesano*.

¹ La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores implicados en procesos de tutela, así como los de sus familiares, en tanto medida de protección, ha sido adoptada -entre otras- en las siguientes sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002 y T-510 de 2003.

- 1.1.6. Adicionalmente, el 21 de enero de 2012, el padre de los niños presentó denuncia penal contra el compañero permanente de la madre, la abuela materna de los menores de edad y *Margarita R.*, por el delito de violencia intrafamiliar.
- 1.1.7. Testifica el demandante que el 20 de febrero de 2012, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Engativá ordenó la ubicación de los menores de edad en un centro de emergencia, sin tener en cuenta que, ante la existencia de la familia paterna, los niños debieron ser situados en el hogar de un miembro de su familia extensa.
- 1.1.8. Señala que, en consecuencia, instauró acción de tutela contra el Centro Zonal de Engativá del ICBF, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de sus sobrinos.
- 1.1.9. Relata que, en primera instancia, el Juzgado 22 de Familia ordenó al ICBF el reintegro de los menores de edad al hogar paterno. Agrega que mediante apoderado, la madre de los niños presentó recurso de impugnación, el cual fue resuelto por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien, en sentencia del 10 de julio de 2012, confirmó la decisión del a quo.
- 1.1.10. El apoderado refiere que *[a]delantada la investigación de restablecimiento de derechos por ICBF [sic] Centro Zonal Engativá y con fundamento en PLURALIDAD DE PERITAZGOS TECNICO CENTIFICOS emitidos tanto por el equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia, la fundación Afecto y la Sanidad Militar, con los cuales se probó el maltrato y la violencia intrafamiliar de que eran objeto mis sobrinos, mediante fallo administrativo 036 del 13 de agosto de 2012 la Defensora de Menores asignó provisionalmente la custodia de mis sobrinos Juana P.R. y Federico P.R. a mi hermano Julián P. en su calidad de padre paterno. [sic]*
- 1.1.11. Asevera que la anterior decisión fue objeto de recurso de reposición por parte de la apoderada de la madre, el cual se resolvió mediante decisión de la Defensoría de Familia, el 22 de agosto de 2012, quien confirmó la decisión de primera instancia.
- 1.1.12. Afirma que la madre de los niños solicitó el control de legalidad de la decisión y el Juzgado 15 de Familia de Bogotá, mediante providencia del 28 de noviembre de 2012, *resolvió no homologar la decisión administrativa de asignación de custodia, y en su lugar ordenó poner a mis sobrinos a disposición de la señora Margarita R.*

Sostiene que dicha decisión se sustentó en los siguientes argumentos: (i) que no era viable declarar el estado de vulnerabilidad de los menores de edad, (ii) que la defensora de familia no valoró en conjunto el acervo

probatorio, (iii) que el acervo probatorio presenta inconsistencias, (iv) que los dictámenes periciales efectuados a *Juana P.R.* y *Federico P.R.* son ambiguos y que era necesario contar con un dictamen de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que se probara la existencia de cicatrices, hematomas, equimosis o heridas en los menores de edad, (v) que además de las versiones de los niños, no existe una declaración de terceros que corrobore que fueron víctimas de maltrato, (vi) que la actividad que desarrolla el señor *Julián P.* implica el constante traslado de residencia y, por tanto, no garantiza el arraigo de los menores de edad, (vii) que la medida administrativa adoptada por la entidad es desproporcionada, pues el hecho de asignar la custodia a la madre no representa ningún riesgo.

1.2. SOLICITUD DE TUTELA

Contra la decisión proferida por el Juzgado 15 de Familia de Bogotá el 28 de noviembre de 2012, el señor *Mario P.* presenta acción de tutela, por considerar que ésta vulnera el debido proceso y los derechos fundamentales de sus sobrinos *Juana P.R.* y *Federico P.R.*, puesto que incurre en una causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

En particular, sostiene que el juez incurrió en **defecto fáctico** debido a que valoró de manera caprichosa y arbitraria las pruebas existentes en el plenario. Para sustentar tal afirmación relata que (...) *durante la investigación administrativa adelantada por la Defensoria [sic] de Menores del Centro Zonal Engativa [sic] se recaudaron sendos peritazgos (mas [sic] de cuatro) en diferentes oportunidades cronológicas por parte de diferentes autoridades en la materia, unos independientes de otros, empero, todos allegados como prueba dentro de la investigación administrativa; (...) todos coincidentes en cuanto que mis sobrinos eran objeto de maltrato y violencia intrafamiliar por parte de la familia por línea materna acuerdo [sic] a las pruebas técnico científicas aplicadas en las entrevistas a los menores (...).*

En este orden de ideas, considera que el juzgado demandado incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales mencionada, en razón a que atribuyó a las pruebas el carácter de ambiguas, sin tener en cuenta que se trata de documentos contundentes, que prueban el maltrato de la madre a los niños, y que justifican la adopción de una medida que restablezca sus derechos.

Al respecto, asevera que la decisión que se debate: (i) debió tener en cuenta los testimonios directos de los menores, quienes fueron entrevistados por profesionales especializados aplicando técnicas propias de las ciencias forenses, y (ii) omitió valorar la declaración de parte rendida por el abuelo materno de los niños, quien ratificó el

maltrato intrafamiliar del que fueron víctimas.

Adicionalmente, sostiene que no existe razón alguna para que la autoridad judicial demandada exija como prueba determinante para verificar la ocurrencia de maltrato, la existencia de un dictamen de Medicina Legal que informe de cicatrices, hematomas, equimosis, o heridas en los menores de edad.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante auto del 11 de diciembre de 2012, la admitió y ordenó vincular, en calidad de autoridad accionada al Juzgado 15 de Familia de Bogotá y, a la señora *Margarita R.*, al señor *Julián P.*, al Defensor de Familia y al agente del Ministerio Público - adscritos al juzgado demandado-, como terceros interesados en las resultas del proceso, para pronunciarse sobre los hechos relatados en la demanda.

1.3.1. Intervención de la apoderada de la señora *Margarita R.*

Por medio de apoderada judicial, la madre de los menores de edad dio respuesta a la tutela y solicitó dejar en firme la decisión proferida por el Juzgado 15 de Familia de Bogotá el 28 de noviembre de 2012, por considerar que aquella autoridad judicial *no hizo otra cosa diferente a aplicar la justicia y devolver a los menores Juana P.R. y Federico P.R. [sic] al hogar del cual nunca debieron ser desprendidos por las artimañas y las burlas a la buena fe del señor Julián P. y el núcleo familiar extenso de este señor (padre de los menores); la decisión del juez no fue una decisión caprichosa, ilegal, o errada que permita la acción de tutela, al contrario, fue una decisión justa, autónoma; en la misma se observó el debido proceso en todas sus partes, pues lo que hizo fue enderezar un proceso que durante seis meses estuvo en una balanza totalmente inclinada a favor de los engaños y una historia de maltrato que habían [sic] creado un padre que lo que siempre ha buscado es exonerarse del pago de alimentos, cuyo incumplimiento motivaron [sic] su justo embargo.* (Negritas fuera del texto)

En este sentido, determinó que la decisión adoptada por la Defensora de Familia de Engativá fue producto de una valoración errada de las pruebas que obraban en el expediente del procedimiento administrativo, las cuales no fueron apreciadas en su conjunto. En contraste, afirmó, cuando el Juzgado 15 de Familia de Bogotá conoció del caso, sí tuvo en cuenta que el padre de los menores los sustrajo arbitrariamente del hogar materno, y que en los últimos meses los menores *estaban siendo manipulados y asistían a valoraciones psicológicas con una sola línea de familia parental, en este caso la paterna, y al ser manipulados los*

obligaban a para [sic] decir cosas en contra de la familia materna, de tal manera que éstos siguieran repitiendo las mentiras inculcadas hasta las últimas consecuencias, por temor reverencial hacia los parientes nuevos, prácticamente extraños para ellos.

Por último, relató que el 6 de diciembre de 2012, en cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado 15 de Familia de Bogotá, controvertida en el proceso de la referencia, miembros de un equipo interdisciplinario del Bienestar Familiar **realizaron el rescate** de los menores de edad y se pudo *observar una vez más el abandono y descuido de estas personas (familia paterna de los menores) hacia los niños. Ese día fueron encontrados los menores SOLOS en la residencia al cuidado de un niño de 11 años, primo de los niños, supuestamente la tía paterna que estaba al cuidado de los menores estaba cerca pero tardó una hora y treinta en llegar a su residencia, tiempo que nos tocó esperar para la entrega de los menores a su madre. Hoy los menores cuentan la realidad de los hechos y los abandonos a los que fueron sometidos al estar lejos de su núcleo familiar.*

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Decisión única de instancia

En sentencia del 19 de diciembre de 2012, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió negar el amparo solicitado por el señor *Mario P.* La autoridad judicial razonó que la providencia cuestionada en sede de tutela no obedeció al capricho del Juez 15 de Familia de Bogotá, sino que estuvo orientada a corregir los errores en los que incurrió la decisión proferida en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de los niños *Juana P.R.* y *Federico P.R.*, en particular: (i) que en el trámite adelantado por el ICBF no se probó que existiera una situación de amenaza o peligro de los derechos de los menores de edad y, (ii) que el ICBF avaló una actuación que se aparta del ordenamiento jurídico, esto es, la retención de los menores de edad por parte de su progenitor, aún teniendo conocimiento de que la custodia y el cuidado personal estaban en cabeza de la madre.

1.5. PRUEBAS

1.5.1. Pruebas que obran en el expediente

1.5.1.1. Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor *Federico P.R.*²

1.5.1.2. Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor *Juana P.R.*³

² Folio 1, Cuaderno Primera Instancia.

³ Folio 2, Cuaderno Primera Instancia.

- 1.5.1.3. Copia del Informe de Evaluación Psicológica practicado a la menor *Juana P.R.* por el Centro de medicina Naval de la Armada Nacional, en el que se concluye que *[d]ado el perfil psicológico de Juana P.R. y teniendo en cuenta la información brindada tanto por la niña como por los familiares y junto con la observación cualitativa y clínica del desempeño en las pruebas aplicadas se puede concluir que la paciente necesita de afecto, un buen ambiente familiar donde existan buenos vínculos afectivos que le permitan tener un estado emocional positiva [sic] y estable por posible sospecha de maltrato y abandono.*⁴
- 1.5.1.4. Copia del Informe de Evaluación Psicológica practicado al menor *Federico P.R.* por el Centro de medicina Naval de la Armada Nacional, en el que se concluye que *[d]ado el perfil psicológico de Federico P.R. y teniendo en cuenta la información brindada tanto por el niño como por los familiares y junto con la observación cualitativa y clínica del desempeño en las pruebas aplicadas se puede concluir que el paciente necesita de afecto, un buen ambiente familiar donde exista buenos vínculos afectivos que le permitan tener un estado emocional positiva [sic] y estable por posible sospecha de maltrato y abandono.*⁵
- 1.5.1.5. Copia del Auto del 20 de febrero de 2012, mediante el cual la defensora de familia del Centro Zonal Engativá, Diana Marcela Rincón Barreto, inicia investigación de restablecimiento de derechos de los niños *Juana P.R.* y *Federico P.R.*⁶
- 1.5.1.6. Copia del Acta de Declaración Juramentada del señor *Alejandro P.*, ante el Notario tercero del Círculo de Sincelejo, en la que el señor declara: *Manifiesto bajo la gravedad de juramento que conozco a la señora Margarita R., desde hace más 20 años y del conocimiento que de ella tengo me consta que es una mujer infiel y que tiene dos hijos menores de edad de nombres Juana P.R. y Federico P.R. [sic] y me consta que lo [sic] tiene en total abandono.*⁷
- 1.5.1.7. Copia de la sentencia de primera instancia dentro del proceso de tutela promovido por el señor *Mario P.* contra la decisión de la Defensora de Familia del Centro Zonal de Engativá, consistente en adoptar como medida provisional de restablecimiento de derechos, la ubicación de los menores en un centro de emergencia; proferida por el Juzgado 22 de Familia de Bogotá el 17 de mayo de 2012⁸. En tal decisión se decide lo siguiente:

⁴ Folios 4-5, Cuaderno Primera Instancia.

⁵ Folios 6-7, Cuaderno Primera Instancia.

⁶ Folio 8, Cuaderno Primera Instancia.

⁷ Folio 9, Cuaderno Primera Instancia.

⁸ Folios 13-24, Cuaderno Primera Instancia.

PRIMERO: TUTELAR LOS DERECHOS A LA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA, A LA EDUCACIÓN, A LA SALUD Y AL DESARROLLO INTEGRAL a los niños Juana y Federico con base en lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como la tutela se [a]plica [sic] como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se dispone dejar SIN VALOR NI EFECTO el numeral 9º del auto del pasado 20 de febrero de 2012 emitido por la Defensora de Familia Diana Marcela Rincón Barreto, mediante el cual se ordenó como medida provisional de restablecimiento de derechos, la medida de contemplada [sic] [en] el artículo 53, No. 4º de la Ley 1098 de 2006 del Código de la Infancia y la Adolescencia, colocación en centro de emergencia, para todo lo demás deberá continuarse con el restablecimiento de derechos de los niños, poniendo de presente que mientras se toma decisión de fondo, deberá aplicarse, por ser procedente la ubicación en familia extensa.

1.5.1.8. Copia de la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 10 de julio de 2012, dentro del proceso de tutela promovido por el señor *Mario P.* contra la decisión de la Defensora de Familia del Centro Zonal de Engativá.⁹

1.5.1.9. Copia de la Resolución del 9 de agosto de 2012, en la cual la Fiscal 246 Seccional de Bogotá ordena el archivo de las diligencias adelantadas, como consecuencia de la denuncia presentada por la señora *Margarita R.* contra el señor *Julián P.*, por el delito de ejercicio arbitrario de custodia de menores, identificada con el CUI No. 110016000015201200768.¹⁰ En la decisión mencionada se señala que se presenta la atipicidad de la conducta, por cuanto *desde el día 15 de enero de 2012, a la fecha el padre denunciado no arrebató [sic], no sustrajo, no ocultó [sic] sus menores hijos, quienes permanecieron un mes en el I.C.B.F., y luego fueron entregados por decisión colegiada a la familia extensa del padre, bajo la observación que los padres deben acudir a las instancias judiciales de familia solicitando la custodia de los pequeños. Por lo anterior es lógico afirmar que desde el día 17 de marzo de 2012, los dos padres denunciante e indiciado solo tienen derecho a visitas frente a sus hijos, hasta tanto decida el juez natural a petición de parte, lo relacionado con la custodia.*

1.5.1.10. Copia de la Resolución No. 36 del 13 de agosto de 2012, proferida por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Engativá, por medio de

⁹ Folios 25-40, Cuaderno Primera Instancia.

¹⁰ Folios 44-45, Cuaderno Primera Instancia.

la cual (i) se declara en vulneración de derechos a *Federico P.R.* y a *Juana P.R.*, (ii) se adopta como medida de restablecimiento de derechos la asignación de custodia y cuidado personal provisional de los niños a su progenitor por el término de 6 meses, (iii) se ordena continuar con el proceso terapéutico de los niños y, (iv) se ordena la vinculación de los progenitores al proceso terapéutico.¹¹

1.5.1.11. Copia de la constancia de notificación en estrados, del 13 de agosto de 2012, en la que la apoderada de la madre de los menores de edad presenta recurso de reposición contra la Resolución No. 36 del 13 de agosto de 2012. La apoderada alegó que *el maltrato hasta la fecha no ha sido probado, solo está el dicho de los niños pero exagerado, hasta el límite sin ninguna prueba que lo sustente, la declaración de los niños, no se les puede confiar la misma fuerza probatoria, que una prueba técnica de maltrato a la cual el padre se negó y evadiendo la justicia en el momento en que fueron ordenadas dichas pruebas, por la Fiscalía encargada de investigación de la denuncia de violencia intrafamiliar, interpuesta por el padre de los menores.*¹²

1.5.1.12. Copia de la decisión del 22 de agosto de 2012, proferida por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Engativá, en la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la madre de los niños contra la Resolución No. 36 del 13 de agosto de 2012. La autoridad resuelve confirmar en todas sus partes la resolución controvertida, por considerar que existen pruebas suficientes para demostrar la ocurrencia de maltrato por parte de la madre.¹³

1.5.1.13. Copia de la sentencia del 28 de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado 15 de Familia de Bogotá,¹⁴ en la que se decide:

PRIMERO: NO HOMOLOGAR, la Resolución No. 36 calendada el 13 de agosto de 2012, a través de la cual la Defensoría de Familia Centro Zonal Engativá declaró en situación de vulnerabilidad a los menores Juana P.R. y Federico P.R.

SEGUNDO: ADVERTIR que contra esta sentencia que no homologa la decisión adoptada por Resolución No. 36 calendada el 13 de agosto de 2012, que declaró en situación de vulnerabilidad a los menores Juana P.R. y Federico P.R., no procede recurso alguno.

¹¹ Folios 46-54, Cuaderno Primera Instancia.

¹² Folios 55-56, Cuaderno Primera Instancia.

¹³ Folios 55-59, Cuaderno Primera Instancia.

¹⁴ Folios 60-76, Cuaderno Primera Instancia.

TERCERO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Engativá, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia proceda a disponer todo lo necesario para el traslado de los niños Juana P.R. y Federico P.R. a la residencia de la progenitora, en la ciudad de Jenesano. **ADVERTIR** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Engativá que dicho traslado debe efectuarse a más tardar dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente providencia.

CUARTO: ORDENAR al Comisario de Familia del Municipio de Jenesano (i) realizar una visita a los menores Juana P.R. y Federico P.R. dentro de los quince (15) días siguientes a su traslado a la residencia de Margarita R., su progenitora, con el fin de que evalúe las condiciones en que se encuentran, y (ii) continuar haciendo el acompañamiento de los menores a sus padres, hasta tanto lo requieran.

QUINTO: ORDENAR a la Secretaría de Educación de Jenesano que tome las medidas necesarias para que los niños Juana P.R. y Federico P.R. puedan culminar el año lectivo en el grado de escolarización correspondiente en el colegio en el que cursaron sus estudios durante el año 2011.

1.5.2. Pruebas decretadas por la Sala en sede de revisión

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, la **Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional**, mediante auto del 29 de mayo de 2013, a través de la Secretaría General, decretó las siguientes pruebas:

1.5.2.1. Ordenó a la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Engativá remitir a esta Corporación el expediente del proceso de restablecimiento de derechos de los menores de edad Juana P.R. y Federico P.R.

1.5.2.2. Asimismo, ordenó al Juzgado Quince de Familia de Bogotá remitir a esta Corporación las actuaciones adelantadas por ese despacho respecto de la homologación de la Resolución No. 036 del 13 de agosto de 2012, proferida por el Defensor de Familia del Centro Zonal de Engativá, en el proceso de restablecimiento de derechos de los menores de edad Juana P.R. y Federico P.R.

De dicho expediente resulta relevante la solicitud de nulidad presentada por el Comisario de Familia del municipio de Jenesano, ante el Juzgado 15 de Familia de Bogotá, el 6 de septiembre de 2012, en la que el funcionario pide (i) que no se homologue la Resolución No. 36 del 13 de agosto de 2012, a través de la cual la Defensoría de Familia Centro

Zonal Engativá declaró en situación de vulnerabilidad a los menores *Federico P.R.* y *Juana P.R.* y (ii) que se anulen las actuaciones dentro del proceso de restablecimiento de los menores de edad *Federico P.R.* y *Juana P.R.*, y se remita el proceso a la Comisaría de Familia del municipio de *Jenesano*, para su conocimiento.

En su solicitud, el Comisario de Familia relata que la situación de los niños *Federico P.R.* y *Juana P.R.* era verificada por aquella autoridad desde el 28 de diciembre de 2009. Agrega, que el 29 de diciembre de 2011, acudieron a la comisaría los padres de los niños y suscribieron un acta de entrega en la que la madre, quien tenía la custodia, aceptó que sus hijos viajaran con su padre, quien se comprometió a regresarlos el 15 de enero de 2012. Sobre el particular, asevera que el padre de los niños no los regresó, y que su intención fue cambiar su residencia para sustraerse del ámbito de competencia de la comisaría que conocía del caso, y sabía que contra el señor *Julián P.* cursaba un proceso por incumplimiento de la obligación de dar alimentos a sus hijos, *por el cual se embargo [sic] su salario y prestaciones sociales que devenga como miembro de la Armada Nacional.*

Adicionalmente, señala el comisario de familia que las actuaciones del señor *Julián P.* no pueden ser avaladas por la autoridad, puesto que ha ejercido de manera arbitraria la custodia de sus hijos y, al negarse a regresar a los menores de edad a su lugar de residencia habitual, ha vulnerado sus derechos a no ser separados de su familia y a la educación.

En este orden de ideas, considera que la Defensoría de Familia del Centro Zonal Engativá desconoció el artículo 101 de la Ley 1098 de 2006, al omitir hacer un análisis crítico de las pruebas que reposan en los expedientes de los niños, en las que constan las diligencias practicadas por la comisaría de *Jenesano* y el Centro Zonal Norte del ICBF -Regional *Jenesano*-, que no fueron valoradas, y sólo tuvo en cuenta la prueba psicológica practicada en aquel centro zonal. Así pues, considera que la autoridad que conoció del caso en Bogotá debió reflexionar que *podríamos estar frente a un caso de manipulación del padre al sistema y a los menores y se está violando el derecho a la integridad física y psicológica, violando con estos el desarrollo psicosocial de los menores, creando una situación de riesgo en su condición de menor vulnerable.*

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1. COMPETENCIA

Con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas

de la Corte Constitucional, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de la referencia.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

En atención a lo expuesto, corresponde a la Corte Constitucional determinar si la providencia proferida por el juzgado 15 de Familia de Bogotá, el 28 de noviembre de 2012, que decidió no homologar la Resolución No. 36, proferida por la Defensoría de Familia –Centro Zonal de Engativá-, el 13 de agosto de 2012, vulneró los derechos fundamentales de los niños a tener una familia y al debido proceso, de los hermanos *Juana P.R.* y *Federico P.R.*

En particular, la Sala analizará los siguientes problemas jurídicos: en primer término, examinará si en el presente caso se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En segundo término, determinará si el juzgado demandado incurrió en algún defecto al decidir no homologar la Resolución No. 36, proferida por la Defensoría de Familia –Centro Zonal de Engativá-, el 13 de agosto de 2012, por medio de la cual se restablecen los derechos de los niños *Juana P.R.* y *Federico P.R.*

Con el fin de dar solución a los problemas jurídicos planteados, la Sala entrará a estudiar los siguientes temas: **primero**, analizará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; **segundo**, estudiará el contenido y la naturaleza jurídica de los derechos de los menores de edad a tener una familia, al cuidado y al amor; **tercero**, hará referencia al interés superior de los niños y las niñas. A la postre, se aplicarán los criterios señalados al caso concreto.

2.3. ASUNTO PREVIO: LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA EN LOS PROCESOS DE TUTELA. LA FIGURA DE LA AGENCIA OFICIOSA.

El artículo 86 Superior consagra a favor de toda persona la posibilidad de interponer la acción de tutela '*por sí misma o por quien actúe a su nombre*' para invocar la protección de sus derechos fundamentales. Así mismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de amparo podrá ser interpuesta (i) por la misma persona afectada; (ii) por intermedio de un representante; (iii) a través del agente oficioso, cuando el titular de la garantía o derechos invocados no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse en el escrito de tutela; (iv) por el defensor del pueblo o (v) por los personeros municipales.

Ahora bien, para el caso objeto de examen, es pertinente centrarse en la agencia oficiosa, figura jurídica que ha sido fortalecida por esta Corporación con base en tres principios constitucionales: (i) el principio de eficacia de los derechos fundamentales, el cual implica la ampliación de los mecanismos institucionales para realizar efectivamente las garantías a favor de las personas; (ii) el principio del derecho sustancial sobre las formas, que se encuentra en consonancia con el principio de justicia material, y que se refiere a que el procedimiento debe ser el vehículo que conduzca a la protección y a la realización del contenido de las garantías superiores; y (iii) el principio de solidaridad, atinente a que todos los miembros de la sociedad están llamados a velar no sólo por la protección de sus derechos fundamentales, individualmente considerados, sino que también deben estar comprometidos en la defensa de las garantías de aquéllos que no pueden hacerlo por sus propios medios¹⁵.

Bajo esta línea argumental la Corte Constitucional se ha ocupado de establecer algunos requisitos que deben verificarse cuando un ciudadano actúa como agente oficioso de otra persona. En primer lugar, debe manifestar que actúa en tal calidad. En segundo lugar, debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien actúa no puede interponer por sí misma el amparo que se invoca. En tercer lugar, no es necesario que exista una relación jurídica entre el agente y el agenciado o agenciados titulares de los derechos fundamentales. Y en cuarto lugar, cuando ella sea posible, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela. Sin embargo, los anteriores requisitos deben aplicarse en forma flexible, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto¹⁶.

En particular, las reglas anteriores, cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes no tienen aplicación, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar su prevalencia, en los amplios términos del artículo 44 constitucional.

La corresponsabilidad de todos en la protección de este grupo, permite que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente el cumplimiento y garantía de sus derechos, como expresamente lo consagra el precepto constitucional en cita. Por tanto, es deber de todo individuo en nuestra sociedad actuar como agente oficioso de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes ante la vulneración o amenaza de sus derechos en donde es irrelevante si tiene o no un representante legal, porque se repite, la Constitución impuso la

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-995 del 10 de octubre de 2008. MP. Mauricio González Cuervo.

¹⁶ Ídem.

corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en su efectiva protección, lo que se traduce en que fue el mismo Constituyente el que estableció la legitimación en la causa de cualquier persona para actuar en nombre de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en estado de riesgo o vulneración de sus derechos. No en pocas ocasiones es el representante legal el agente de la vulneración, en consecuencia, no se puede exigir que actúe en defensa de los derechos de su representado, pues puede acontecer que éste, por negligencia, ignorancia o simplemente como sujeto activo de la vulneración, omita hacer uso de los instrumentos jurídicos diseñados para lograr el amparo de quien se encuentra bajo su representación¹⁷

En el caso de la referencia, se encuentra acreditado que el señor *Mario P.* podía acudir ante el juez constitucional para agenciar los derechos de sus sobrinos menores de edad, e instaurar la presente acción a su favor. Corresponde al juez de tutela, entonces, verificar el cumplimiento de éstos y en caso de vulneración ordenar su inmediato restablecimiento con el fin de lograr su realización efectiva y materializar los principios constitucionales del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como la prevalencia de sus garantías.

2.4. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES

2.4.1. De la vía de hecho a la doctrina de los requisitos generales y las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución señala que la acción de tutela procede contra toda *acción o la omisión de cualquier autoridad pública*. Las autoridades judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones deben ajustarse a la Constitución y a la ley, y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Por esta razón, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que infringen los derechos fundamentales de las partes, en particular el derecho al debido proceso, y que se apartan notablemente de los mandatos constitucionales. Sin embargo, esta Corporación ha precisado que la procedencia de la acción de tutela en estos casos debe ser excepcional, en atención a los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.

En desarrollo del artículo 86 constitucional, el Decreto 2591 de 1991 previó la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales por las

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-197 del 23 de marzo de 2011. MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

autoridades judiciales en sus decisiones. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del decreto, los cuales se referían a la caducidad y la competencia especial de la tutela contra providencias judiciales. En aquel momento, la Corte consideró que la acción de tutela no había sido concebida para impugnar decisiones judiciales, y que permitir su ejercicio contra tales providencias, vulneraría los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, además de transgredir la autonomía e independencia judicial.

No obstante la declaración de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la Corte mantuvo abierta la posibilidad de interponer acciones de tutela contra providencias judiciales cuando éstas constituyeran manifiestas *vías de hecho*. Así, a partir de 1992, esta Corporación comenzó a admitir la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales que constituyen vías de hecho, es decir, decisiones manifiestamente arbitrarias porque, por ejemplo, (i) se basan en normas evidentemente inaplicables (defecto sustantivo), (ii) son proferidas con carencia absoluta de competencia (defecto orgánico), (iii) se basan en una valoración arbitraria de las pruebas (defecto fáctico), o (iv) fueron proferidas en un trámite que se apartó ostensiblemente del procedimiento fijado por la normativa vigente (defecto procedimental). Con el paso del tiempo, el Alto Tribunal en su jurisprudencia fue identificando otros defectos constitutivos de vías de hecho¹⁸.

Posteriormente, la Sala Plena de la Corte, en la sentencia C-590 de 2005¹⁹, replanteó la doctrina de las vías de hecho y señaló que el desarrollo jurisprudencial ha conducido a diferenciar dos tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los requisitos generales de procedencia y los requisitos específicos de procedibilidad. Los primeros tienen que ver con las condiciones fácticas y de procedimiento, que buscan hacer compatible el amparo con la eficacia de valores de estirpe constitucional y legal, relacionados con la seguridad jurídica, los efectos de la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, al igual que la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama jurisdiccional. Los segundos, de naturaleza sustantiva, se refieren a los defectos en que puede incurrir una decisión judicial y que la hacen incompatible con la Constitución.

En resumen, la acción de tutela contra este tipo de decisiones es un instrumento excepcional, que tiene como finalidad efectuar un juicio de validez constitucional ante una providencia judicial que incurre en

¹⁸ Sentencia T-352 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño

graves falencias de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Carta Política.²⁰

Cabe aclarar que el término *providencias judiciales* comprende, tanto sentencias como autos proferidos por autoridades judiciales, de manera que la tutela procede excepcionalmente también contra autos interlocutorios²¹.

2.4.2. Requisitos generales de procedencia

Según lo expuso la sentencia C-590 de 2005²², los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son los siguientes:

Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Para la Corte, el juez constitucional no puede estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios-, de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

²⁰ Al respecto, ver la sentencia T-555 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas.

²¹ En particular, esta Corporación ha señalado que la tutela procede contra autos interlocutorios: i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprobada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida; ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneas para proteger los derechos afectados a amenazados; o iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. (Sentencia T-125 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Al respecto se puede consultar también la sentencia T-489 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²² M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, comportaría sacrificar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, si la irregularidad comporta grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio correspondiente.

Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la Sala respectiva, se tornan definitivas.

2.4.3. Requisitos específicos de procedibilidad

Los requisitos específicos aluden a la concurrencia de defectos en el fallo atacado que, en razón de su gravedad, hacen que el mismo sea

incompatible con los preceptos constitucionales. Estos defectos son los siguientes:

Defecto procedimental absoluto, falencia que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. Igual que en el caso anterior, la concurrencia del defecto fáctico tiene naturaleza cualificada, pues se exige que se esté ante un trámite judicial que se haya surtido bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responde únicamente al capricho y la arbitrariedad del funcionario judicial y, en consecuencia, desconoce el derecho fundamental al debido proceso.²³

Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Al respecto, debe recalarse que este es uno de los supuestos más exigentes para su comprobación como causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias. Ello debido a que la valoración de las pruebas en el proceso es uno de los campos en que se expresa, en mayor medida, el ejercicio de la autonomía e independencia judicial. El ejercicio epistemológico que precede al fallo es una tarea que involucra, no solo la consideración acerca de las consecuencias jurídicas que, en materia probatoria, impone el ordenamiento jurídico positivo, sino también la valoración que de los hechos del caso realice el funcionario judicial, a partir de su propia experiencia y de su conocimiento sobre el área del derecho correspondiente, tópicos que suelen reunirse bajo el concepto de sana crítica.

Defecto material o sustantivo, que se presenta cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto. Esta misma falencia concurre cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Así, el defecto material o sustantivo apela a la necesidad de que la sentencia judicial tenga un soporte racional argumentativo mínimo, esto es, que (i) se soporte en las normas constitucionales y legales que resulten aplicables; (ii) acredite consonancia entre la motivación, que da cuenta del

²³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-324/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz): "... sólo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe lo competencia resulte ostensiblemente contrario a derecho, - bien por lo notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico -, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico.

*reconocimiento de esos preceptos de derecho positivo y su contraste con el material probatorio legal y debidamente recaudado durante el trámite, y la decisión que adopta el juez del conocimiento.*²⁴

*Error inducido, tradicionalmente denominado como "vía de hecho por consecuencia" que se presenta cuando el Juez o Tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*²⁵

Sentencia sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. Este tipo de falencia se distingue del defecto fáctico, en cuanto no se estructura a partir de la disconformidad entre la motivación de la sentencia y su parte resolutive, sino en la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido. Es evidente que una exigencia de racionalidad mínima de toda actuación judicial es que exprese los argumentos que hacen inferir la decisión correspondiente. Cuando este ineludible presupuesto no puede verificarse, la sentencia contradice aspectos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.

Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-159/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): "... opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador

²⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-014/01 (M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez): "Es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial - presupuesto de la vía de hecho -, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionaria judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales."

*casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*²⁶

Violación directa de la Constitución, causal de procedencia de la acción de tutela que se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política. A este respecto, debe insistirse en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados.

2.5. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA, AL CUIDADO Y AL AMOR

2.5.1. Consagración del derecho fundamental a la familia

Dentro del marco constitucional, el artículo 5 establece la obligación del Estado colombiano de amparar a la familia como institución básica de la sociedad. En concordancia con la norma anterior, el artículo 42 dispone que la familia es un derecho de todas las personas, y además de reiterar la obligación del Estado de resguardarla, asigna a la sociedad la obligación de velar por su protección integral. Adicionalmente, el artículo 44 consagra el derecho fundamental de los niños a tener una familia en la que se realicen, entre otros, sus derechos al cuidado y al amor, y a no ser separados de ella.

La Ley 1098 de 2006²⁷ desarrolla los derechos fundamentales de los niños a la familia, al cuidado y al amor. En particular, reitera el contenido del artículo 44 Superior, y señala que *los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella y sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos.*²⁸ (Negrillas fuera del texto)

Además, el artículo 23 dispone que los niños, las niñas y los adolescentes, tienen derecho a que sus padres, en forma permanente y

²⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-292/06 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

²⁷ Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

²⁸ Artículo 22 de la Ley 1098 de 2006.

solidaria, asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Sobre los Derechos del Niño consagran el derecho a la familia. Estos instrumentos hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, conforman el ordenamiento interno, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Política.

El artículo 16 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** de 1948 establece que *[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*. La norma citada deja ver que el derecho a la familia se garantiza a todas las personas y comporta obligaciones de respeto y garantía por parte de los estados y de la sociedad.²⁹

El Preámbulo de la **Convención sobre los Derechos del Niño** establece que los Estados Partes suscriben tal compromiso *[c]onvencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, [y de que] (...) el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*.

Además, el artículo 9 de tal instrumento establece la obligación de los Estados Parte de velar porque los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando (...) *a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño*.

De los anteriores preceptos puede concluirse que (i) el derecho de los niños a tener una familia tiene un carácter fundamental y, (ii) conlleva la existencia de otras garantías fundamentales como los derechos a no ser separados de ellas y a recibir cuidado y amor.

²⁹ El concepto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad también se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 10, establece:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

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

2.5.2. La prohibición de separar a los niños de su familia

En distintas ocasiones la Corte Constitucional ha protegido por vía de tutela el derecho de los niños a la familia en relación con la prohibición de que sean separados de ella. Desde sus orígenes, esta Corporación estudió el alcance de tal garantía constitucional y la posición adoptada se ha mantenido a través de los años.

En efecto, las relaciones de los padres con sus hijos deben propender por garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, lo que posibilita su estabilidad y facilita la confianza en sí mismos, la seguridad y los sentimientos de auto valoración. Así pues, esta Corporación afirmó que *es deseable que todo niño goce de las ventajas que conlleva y representa el cuidado directo y personal de la madre que lo engendró, pues ese contacto físico y emocional constituye el cimiento del desarrollo de su personalidad.*³⁰

Del mismo modo, se ha dicho que el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, tiene el rango de fundamental y consiste en la garantía de que exista un núcleo humano que acoja al niño desde su nacimiento, le prodigue cuidados y protección, facilite la adecuada y oportuna evolución de sus caracteres físicos, morales y síquicos, y ofrezca de forma permanente e integral, amparo para sus derechos. Por este motivo, el derecho a tener una familia comporta la presencia constante, o al menos regular, de los padres y hermanos, incluso en situaciones de ruptura conyugal.³¹

Ahora bien, la obligación estatal de proteger a la familia no se debe ejercer bajo la perspectiva de una función ciega y predeterminada, independiente de las circunstancias, sino fundada en la realidad. Esto quiere decir que, *la intervención estatal sólo tiene cabida en cuanto se requiera su actividad y en búsqueda de mejores condiciones que las actuales; no para desmejorar la situación del menor, ni para someterla al albur de mundos desconocidos cuando el que lo rodea es adecuado a la finalidad perseguida.*³²

En síntesis, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, acarrea la obligación del Estado de intervenir en última instancia, para mejorar la situación de los menores de edad y, en la medida de lo posible, facilitar la convivencia con sus padres.

2.5.3. Los derechos al cuidado y al amor

³⁰ Sentencia T-110 de 1995.

³¹ *Ibidem*.

³² Sentencia T-049 de 1999; M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

El constituyente reconoció una serie de derechos de los cuales los niños son titulares y que posibilitan su desarrollo armónico e integral como seres humanos. En particular, con el artículo 44 de la Constitución se *concreta la responsabilidad primigenia de los padres y de la familia, en lo que refiere a la asistencia, educación y cuidado de los niños; de la sociedad, porque ellos requieren de ésta para su formación y protección*³³.

En distintas ocasiones la Corte Constitucional ha protegido por vía de tutela el derecho de los niños al cuidado y al amor y así ha delimitado su contenido y alcance.

Por ejemplo, en la sentencia T-278 de 1994, se estableció que la efectividad de los derechos fundamentales de los niños al cuidado y al amor, comprometen a la familia como núcleo básico de la sociedad, en este orden de ideas, la estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niño. En este orden de ideas el desarrollo de los niños depende de que vivan en un ambiente estable y seguro, que facilite la concentración y motivación del niño, en el que exista un cuidado familiar, permanente y constante, que posibilite sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos. Por consiguiente corresponde a la familia, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, y a la sociedad y al Estado corresponde apoyar esa tarea. Por lo tanto, esta Corporación indicó que el Estado cumple una función *supletoria*, que es ejercida cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena.³⁴

En el mismo sentido, en la sentencia T-339 de 1994, esta Corte manifestó que los primeros obligados a dar protección y amor al niño son sus padres, de manera que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumpliendo propiamente la maternidad ni la paternidad. Así pues, constituyen manifestaciones del derecho de los niños al amor *la acogida y el respeto al niño en su singularidad, tal como es, con sus cualidades y defectos, los cuales, han de ser susceptibles de corrección, de ser ello posible. Igualmente, los padres, una vez recibido el hijo, tienen el deber de cuidarlo y brindarle todo el afecto posible.*³⁵

En síntesis, de acuerdo con la Constitución y con la jurisprudencia, los derechos fundamentales de los niños al cuidado y amor, deben ser

³³ GACETA CONSTITUCIONAL NÚMERO 52 – ABRIL 17 DE 1991. Ponencia presentada por Iván Marulanda, Jaime Benítez, Tulio Cuevas, Guillermo Perry, Angelino Garzón y Guillermo Guerrero.

³⁴ Sentencia T-278 de 1994.

³⁵ Sentencia T-339 de 1994.

garantizados por la familia y por la sociedad. Asimismo, el Estado está obligado a adoptar mecanismos legales y a ejecutar políticas públicas orientadas hacia su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.³⁶

2.5.4. Medidas de protección a favor de los niños cuando se vulneran sus derechos a la familia y al cuidado y al amor

Los derechos mencionados comportan una serie de obligaciones correlativas, que la ley ha asignado al Estado, a la familia y a la sociedad, y que fueron consagradas en los artículos 39, 40 y 41 del mencionado Código. Así pues, la norma dispone que la familia tiene la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes y, además, el deber de asegurar a los niños su continuidad y permanencia en el ciclo educativo.

Adicionalmente, el artículo 41 asigna al Estado distintos deberes, dentro de los cuales se encuentran: (i) asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados, (ii) asegurar los medios y condiciones que les garanticen la permanencia en el sistema educativo y el cumplimiento de su ciclo completo de formación y (iii) proteger a los menores de edad contra los desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.

La prevalencia de los derechos de los menores de edad origina la obligación a cargo del Estado de restablecer los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuando quiera que estos sean vulnerados, con el fin de restaurar su dignidad e integridad. Sobre el particular, el Código de la Infancia y la Adolescencia, determina que el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado a través de las autoridades públicas, *quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarias de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad*³⁷.

El ejercicio de tal obligación estatal implica que, en un primer momento, la autoridad competente, de manera inmediata, compruebe el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y verifique: 1. el estado de salud física y psicológica; 2. el estado de nutrición y vacunación, 3. la inscripción en

³⁶ Sobre el particular, ver la sentencia T-808 de 2006; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁷ Artículo 51 del Código de la Infancia y la Adolescencia

el Registro Civil de Nacimiento, 4. la ubicación de la familia de origen, 5. el entorno familiar y la identificación, tanto de elementos protectores, como de riesgo para la vigencia de los derechos, 6. la vinculación al sistema de salud y seguridad social, y 7. la vinculación al sistema educativo³⁸.

En este sentido, la adopción de medidas de restablecimiento de derechos³⁹ se soporta en una verificación metódica de las circunstancias particulares en las que se encuentra el menor de edad, con el fin de determinar si existe una real amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

Respecto del restablecimiento de derechos de los menores de edad, la Corte Constitucional ha señalado que, para adoptar cualquiera de las medidas consagradas en la ley, las autoridades administrativas deben tener en cuenta (i) *la existencia de una lógica de gradación entre cada una de ellas*; (ii) *la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada*; (iii) *la solidez del material probatorio*; (iv) *la duración de la medida*; y (v) *las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente*.⁴⁰

2.6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.6.1. Naturaleza Jurídica

La Convención sobre Derechos del Niño⁴¹ y el Código de la Infancia y la Adolescencia⁴² hacen una conceptualización especial de los derechos de los niños, al consagrar la obligación de las autoridades de tener una consideración especial por su satisfacción y protección. Del mismo modo, la Constitución Política establece que *los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás* y así, eleva al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia. En este orden de ideas, cuando se trata de proteger los derechos de los menores de edad, cobra relevancia el **interés superior del niño**, lo que significa que todas las medidas que le conciernan a los niños, niñas y adolescentes, deben atender a éste sobre

³⁸ Artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia

³⁹ Los artículos 53 y siguientes consagran como medidas de restablecimiento de derechos las siguientes: amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto, llegando hasta la adopción.

⁴⁰ Sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁴¹ ARTÍCULO 3°. 1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

⁴² ARTÍCULO 8°. *INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.*

otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que los menores de edad reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.⁴³

Por otra parte, en la **Observación General No. 14**, del 29 de mayo de 2013, el Comité de los Derechos del Niño⁴⁴ interpretó el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y determinó que el interés superior del niño abarca tres dimensiones:

En primer lugar, se trata del *derecho sustantivo* a que el interés superior del niño sea una consideración primordial tenida en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o a los niños en general.

En segundo lugar, es un *principio jurídico interpretativo fundamental*, conforme al cual, cuando una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

En tercer lugar, se trata de una *norma de procedimiento*, de manera que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a uno o más niños, se deberá incluir una evaluación de las posibles repercusiones de la decisión en el o los menores de edad involucrados, dejando de presente explícitamente, que se tuvo en cuenta ese derecho. En este sentido, las autoridades *deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.*

2.6.2. Criterios de aplicación

Con respecto al interés superior del niño, esta Corporación ha señalado que (...) *se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario [sic] de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la*

⁴³ Ver las sentencias T-514 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-292 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-794 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁴⁴ Creado por el artículo 43 de la Convención de los Derechos del Niño. El Comité de los Derechos del Niño es el órgano autorizado para interpretar las normas incorporadas a la Convención de los Derechos del Niño, con el objetivo de lograr la plena efectividad de los derechos proclamados en este instrumento. La función interpretativa de este órgano es ejercida a través de observaciones generales, las cuales, aunque no forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, sí forman parte del bloque como fuente interpretativa, conforme al artículo 93, inciso 2, de la Constitución Política.

voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”⁴⁵

Por consiguiente, al momento de aplicar el mencionado principio a un caso particular, se debe prestar atención a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad. Particularmente, en sentencia T-510 de 2003⁴⁶ esta Corte señaló que (...) *para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil–.* (Negrilla fuera del texto)

En aquella ocasión, la Sala indicó además que, son criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor, entre otros: (i) la garantía del desarrollo integral del menor de edad, (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, (iii) la protección del menor de edad frente a riesgos prohibidos, (iv) el equilibrio con los derechos de los padres, (v) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor de edad, y (vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

Para el caso que ocupa a la Sala, resultan relevantes cuatro de los criterios jurídicos señalados, motivo por el cual se reiteran a continuación:

1. Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, (...) compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

⁴⁵ Sentencia T-408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁴⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: 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. Sin embargo, no se agotan en éstos.

3. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

4. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, (...) que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella – un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta.⁴⁷

En este orden de ideas, la protección del derecho de los menores de edad a no ser separados de su familia, debe responder a su interés superior, lo que quiere decir que corresponde al juez de tutela analizar la posible vulneración de esta garantía constitucional teniendo como base los criterios fácticos y jurídicos señalados.

2.7. CASO CONCRETO

2.7.1. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS

⁴⁷ Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

De acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, la Sala observa que se encuentran probados los siguientes hechos:

- 2.7.1.1. De la convivencia del señor *Julián P.* y la señora *Margarita R.*, nacieron los niños *Federico P.R.* (nacido el 16 de abril de 2004) y *Juana P.R.* (nacida el 6 de septiembre de 2005).
- 2.7.1.2. Los padres de los niños se separaron en el año 2009. El 12 de marzo de ese año, ambos padres suscribieron un acta de conciliación en la que acordaron que la madre tendría la custodia de los menores de edad.
- 2.7.1.3. El padre de los menores dejó de visitar a sus hijos durante 22 meses y fue condenado por el Juzgado Promiscuo Municipal de *Jenesano* al pago de alimentos.
- 2.7.1.4. En diciembre de 2011, el señor *Julián P.* viajó a *Jenesano*, lugar de residencia de la madre, a visitar a los niños. El 29 de diciembre de 2011, los padres acudieron a la Comisaría de Familia del municipio de *Jenesano* y suscribieron un acta de entrega, en la que la madre aceptó que sus hijos viajaran con su padre a Bogotá, quien se comprometió a regresarlos el día 15 de enero de 2012.
- 2.7.1.5. El padre de los niños no los regresó a su lugar de residencia, junto a su madre, en *Jenesano*.
- 2.7.1.6. El 21 de enero de 2012, el señor *Julián P.* presentó denuncia penal contra la madre, el compañero permanente de la madre y la abuela materna, por el delito de violencia intrafamiliar.
- 2.7.1.7. El día 23 de enero de 2012, la madre de los menores de edad presentó denuncia penal contra el señor *Julián P.* por el delito de ejercicio arbitrario de custodia, identificada con el CUI No. 110016000015201200768.⁴⁸
- 2.7.1.8. El 20 de febrero de 2012, el padre de los niños los puso a disposición del ICBF para que se iniciara un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, pues alegaba que sus hijos eran maltratados por la madre y la familia materna. En consecuencia, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Engativá ordenó la ubicación de los menores de edad en un centro de emergencia.
- 2.7.1.9. El tío de los menores de edad instauró una acción de tutela contra el Centro Zonal de Engativá del ICBF, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de sus sobrinos y solicitó que fueran entregados a algún miembro de la familia paterna.

⁴⁸ Folios 44-45, Cuaderno Primera Instancia.

- 2.7.1.10. En primera instancia, el Juzgado 22 de Familia de Bogotá ordenó al ICBF la entrega de los menores de edad a su tía por línea paterna, la señora *Marta R.* Mediante apoderada judicial, la madre de los niños presentó recurso de impugnación, el cual fue resuelto por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien, en sentencia del 10 de julio de 2012, confirmó la decisión del *a quo*.
- 2.7.1.11. En la Resolución del 9 de agosto de 2012, la Fiscal 246 Seccional de Bogotá ordenó el archivo de las diligencias adelantadas, como consecuencia de la denuncia presentada por la señora *Margarita R.* contra el señor *Julián P.*, por considerar que el señor *Julián P.*, no ejerció ilegalmente la custodia, debido a que los niños permanecieron un mes en las instalaciones del I.C.B.F., y luego fueron entregados por decisión colegiada a la familia extensa del padre.
- 2.7.1.12. Mediante Resolución No. 36 del 13 de agosto de 2012, proferida por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Engativá, (i) se declaró la vulneración de derechos de los niños *Federico P.R.* y *Juana P.R.*, (ii) se adoptó como medida de restablecimiento de derechos, la asignación de custodia y cuidado personal provisional de los niños a su progenitor por el término de 6 meses, (iii) se ordenó continuar con el proceso terapéutico de los niños y, (iv) se ordenó la vinculación de los progenitores al proceso terapéutico.⁴⁹
- 2.7.1.13. El acto administrativo mencionado fue recurrido por la apoderada de la madre y el recurso fue resuelto por la Defensoría de Familia mediante resolución del 22 de agosto de 2012, en la que confirmó la decisión controvertida.
- 2.7.1.14. En consecuencia, la madre de los niños solicitó el control de legalidad de la Resolución No. 36 del 13 de agosto de 2012, el cual correspondió al Juzgado 15 de Familia de Bogotá, que mediante providencia del 28 de noviembre de 2012, resolvió no homologar la decisión administrativa de asignación de custodia.
- 2.7.1.15. Contra la decisión proferida por el Juzgado 15 de Familia de Bogotá, el señor *Mario P.*, tío de los menores de edad, presentó acción de tutela, por considerar que ésta vulneró el debido proceso y los derechos fundamentales de los niños, de sus sobrinos.
- 2.7.1.16. La decisión única de instancia, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 19 de diciembre de 2012, negó el amparo solicitado por el señor *Mario P.* La autoridad judicial consideró que la sentencia controvertida corrigió los errores en los que incurrió la decisión proferida en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, porque: (i) en el trámite

⁴⁹ Folios 46-54, Cuaderno Primera Instancia.

adelantado por el ICBF no se probó que existiera una situación de amenaza o peligro de los derechos de los menores de edad y, (ii) el ICBF avaló la retención de los menores de edad por parte de su progenitor, aún teniendo conocimiento de que la custodia y el cuidado personal estaban en cabeza de la madre.

2.7.2. EXAMEN DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

Observa la Sala que en el presente caso no se reúnen todos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por la jurisprudencia de esta Corporación, tal y como se evidencia a continuación:

En primer lugar, la cuestión objeto de debate es de evidente **relevancia constitucional**. En el presente caso se encuentran involucrados los derechos fundamentales de los niños *Juana P.R.* y *Federico P.R.*, a no ser separados de su familia, al cuidado y al amor.

Esto ocurre porque la providencia que se debate negó la homologación de la resolución proferida por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Engativá, en la que se declaró la situación de vulnerabilidad de los menores de edad y se otorgó la custodia al padre. En este orden de ideas, la decisión judicial comporta un cambio en el núcleo familiar de los niños, quienes retornarán a *Jenesano* a vivir con su madre y, en esa medida, podrían ver vulnerados sus derechos fundamentales a la familia, al cuidado y al amor.

En segundo lugar, el tutelante ha **agotado todos los mecanismos judiciales de defensa** a su disposición. Como consta en el expediente, conforme al artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el tutelante no cuenta con otro mecanismo que permita controvertir la decisión de única instancia, proferida por el Juzgado 15 de Familia de Bogotá. En consecuencia, la tutela se presenta como el único mecanismo para controvertir dicha providencia judicial.

En tercer lugar, la acción de tutela fue **interpuesta en un término razonable** después de que tuvieron lugar los hechos que el demandante considera vulneradores de los derechos fundamentales de sus sobrinos. En efecto, la sentencia que se negó a homologar la decisión proferida en el procedimiento administrativo fue adoptada por el Juzgado 15 de Familia de Bogotá el 28 de noviembre de 2012, y la acción de tutela fue admitida el 11 de diciembre siguiente, es decir, tras pocos días de haber sido proferida la decisión controvertida.

En cuarto lugar, el **demandante identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de los derechos de sus sobrinos**, así como las irregularidades que –estima- hacen procedente la acción de tutela. Los hechos están claramente detallados en la demanda y debidamente soportados en las pruebas documentales aportadas. Adicionalmente, explicó con claridad el defecto que imputa a la sentencia controvertida, sustentó sus argumentos en normas y jurisprudencia, y que las irregularidades alegadas podrían tener un efecto decisivo en la providencia.

En quinto lugar, la acción de tutela **no se dirige contra un fallo de tutela**. El demandante acusa una sentencia de única instancia, mediante la cual se decidió no homologar una resolución en la que se declaró la situación de vulnerabilidad de dos menores de edad.

2.7.3. LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 15 DE FAMILIA DE BOGOTÁ NO INCURRIÓ EN UN DEFECTO FÁCTICO.

2.7.3.1. Contenido de la providencia controvertida

Con el fin de determinar si la decisión proferida por el Juzgado 15 de Familia de Bogotá el 28 de noviembre de 2012, incurre en algún defecto que permita declarar la procedibilidad de la tutela contra dicha sentencia, se resumirán los argumentos que le sirvieron de fundamento.

En primer lugar, el juzgado adujo que, conforme al artículo 44 de la Constitución política, las decisiones administrativas a analizar, deben ser evaluadas de conformidad con el interés superior del niño. Así pues, señaló que la decisión de separar a los niños de la madre sin un sustento suficiente e ignorando los criterios fácticos y jurídicos que han sido trazados por la jurisprudencia constitucional, para determinar el interés superior del niño, vulneró tal principio y defendió únicamente los intereses del padre de los menores de edad.

Sobre el particular, aseguró que el hecho de haber concedido la custodia a la tía paterna de los niños como medida provisional omitió el deber del Estado de proteger a los menores del conflicto que vivían sus padres. En efecto, la decisión de conceder la custodia a la tía conllevó la convivencia de los niños con su progenitor y la proscripción del contacto con la madre.

Adicionalmente, señaló la juez de conocimiento que el padre confesó que la tía de los menores de edad los maltrató físicamente, de manera que se comprobó que la decisión de conceder como medida provisional la custodia a la tía de los niños, no obedeció a su interés superior, sino que los sometió a un riesgo.

En **segundo lugar**, afirmó que la decisión adoptada por la autoridad administrativa omitió el principio de unidad de la prueba, por cuanto desatendió que los únicos documentos que permitían concluir la existencia de maltrato, eran las pruebas psicológicas practicadas a los niños tras varios meses de ser alejados de la madre y de convivir únicamente con la familia paterna.

Asimismo, determinó que en el transcurso de la investigación penal realizada como resultado de la denuncia presentada por el señor *Julián P.* contra la madre de los niños por el delito de violencia intrafamiliar, el denunciante fue citado en distintas ocasiones con el fin de que los menores de edad fueran valorados para esclarecer los hechos. Sin embargo, el señor *Julián P.* desatendió los distintos llamados de las autoridades y el maltrato alegado nunca pudo ser probado.

En **tercer lugar**, argumentó que si está probado (i) que el señor *Julián P.* omitió devolver a los niños a su entorno familiar, los separó de su progenitora, e impidió que continuaran con sus estudios en el período académico para el que ya estaban matriculados y (ii) el hogar del señor *Julián P.* constituye un lugar de riesgo, por cuanto quedó demostrado que la tía de los menores de edad maltrató al niño y que las personas que residen en ese lugar toman y fuman constantemente.

En consecuencia, la sentencia que se analiza decidió:

PRIMERO: *NO HOMOLOGAR, la Resolución No. 36 calendada el 13 de agosto de 2012, a través de la cual la Defensoría de Familia Centro Zonal Engativá declaró en situación de vulnerabilidad a los menores Juana P.R. y Federico P.R.*

SEGUNDO: *ADVERTIR que contra esta sentencia que no homologa la decisión adoptada por Resolución No. 36 calendada el 13 de agosto de 2012, que declaró en situación de vulnerabilidad a los menores Juana P.R. y Federico P.R., no procede recurso alguno.*

TERCERO: *ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Engativá, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia proceda a disponer todo lo necesario para el traslado de los niños Juana P.R. y Federico P.R. a la residencia de la progenitora, en la ciudad de Jenesano. ADVERTIR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Engativá que dicho traslado debe efectuarse a más tardar dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente providencia.*

CUARTO: ORDENAR al Comisario de Familia del Municipio de Jenesano (i) realizar una visita a los menores Juana P.R. y Federico P.R. dentro de los quince (15) días siguientes a su traslado a la residencia de Margarita R, su progenitora, con el fin de que evalúe las condiciones en que se encuentran, y (ii) continuar haciendo el acompañamiento de los menores a sus padres, hasta tanto lo requieran.

QUINTO: ORDENAR a la Secretaría de Educación de Jenesano que tome las medidas necesarias para que los niños Juana P.R. y Federico P.R. puedan culminar el año lectivo en el grado de escolarización correspondiente en el colegio en el que cursaron sus estudios durante el año 2011.

2.7.3.2. Defecto alegado por la parte actora

Asevera el señor *Mario P.* que la tutela es procedente en el caso que se analiza, por cuanto la decisión proferida por el Juzgado 15 de Familia de Bogotá incurre en un **defecto fáctico** debido a que se dio la valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas existentes. Para sustentar tal afirmación asevera que los peritazgos recaudados en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de sus sobrinos reflejaron que los niños eran maltratados por la familia materna.

En este orden de ideas, considera que el juzgado demandado incurre en la causal específica de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales mencionada, en razón a que atribuyó a las pruebas el carácter de ambiguas, sin tener en cuenta que se trata de documentos contundentes, que prueban el maltrato de la madre a los niños, y que justifican la adopción de una medida que restablezca sus derechos.

Al respecto, argumenta que (i) no se consideraron los testimonios directos de los menores de edad, y (ii) se omitió valorar la declaración rendida por el abuelo materno de los niños, quien ratificó el maltrato del que fueron víctimas.

Por último, sostiene que no existe razón alguna para que la autoridad judicial demandada exija como prueba determinante para verificar la ocurrencia de maltrato, la existencia de un dictamen de Medicina Legal que informe de cicatrices, hematomas, equimosis, o heridas en los menores de edad.

2.7.3.3. Examen del presunto defecto fáctico

Para comenzar el análisis del defecto alegado por el demandante, es preciso señalar que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el defecto fáctico se produce cuando el juez toma una decisión:

(...) sin que los hechos del caso se subsuman adecuadamente en el supuesto de hecho que legalmente la determina⁵⁰, como consecuencia de una omisión en el decreto⁵¹ o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.

Para la Corte, el defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión positiva⁵², que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada, o en la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello, como en una dimensión negativa⁵³, es decir, por la omisión en la valoración de una prueba determinante, o en el decreto de pruebas de carácter esencial^{54 55}.

Ahora bien, el demandante en el proceso de tutela de la referencia manifiesta que el juzgado no valoró los testimonios directos de los menores de edad. Razona la Sala que tal afirmación es falsa y merece las siguientes consideraciones:

Primero, la decisión que se analiza sí consideró los testimonios de los menores de edad, pero en aplicación del principio de unidad de la prueba, reconoció que existían distintos hechos que habían resultado demostrados en el procedimiento administrativo, que impedían que tales declaraciones fueran suficientes para comprobar el maltrato.

En efecto, está plenamente probado que la medida provisional adoptada por el Defensor de Familia del Centro Zonal de Engativá, consistente en dar la custodia de los niños a la señora *Marta R.* comportó la convivencia con su papá y la alienación de la madre. Así pues, las declaraciones rendidas por los niños no merecen ser consideradas como una prueba suficiente del maltrato alegado, en razón a que en los últimos meses los menores de edad solamente vivieron con su papá y con su familia paterna y no tuvieron contacto con su progenitora, de

⁵⁰ Así, por ejemplo, en la Sentencia SU-159 de 2002, se define el defecto fáctico como “la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas”.

⁵¹ Cabe resaltar que si esta omisión obedece a una negativa injustificada de practicar una prueba solicitada por una de las partes, se torna en un defecto procedimental, que recae en el ejercicio del derecho de contradicción.

⁵² Cfr. Sentencias SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-538 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-061 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵³ Ver sentencias T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁴ Nuevamente, remite la Sala a la sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁵ Sentencia T-704 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

modo que existe la posibilidad de que el testimonio de los niños haya sido manipulado.

Segundo, el juez evidenció una serie de omisiones por parte del progenitor y, con fundamento en tales situaciones, determinó que la autoridad administrativa debió advertir distintas circunstancias que no fueron valoradas, a saber: (i) que el padre había violado el acuerdo de custodia celebrado con la madre ante la Comisaría de Familia del municipio de *Jenesano*, (ii) que el padre no había visitado a sus hijos en los últimos 22 meses y la madre estaba a cargo de su cuidado desde el año 2009, (iii) que el padre había sido condenado a pagar alimentos a sus hijos y tenía embargado su salario y sus prestaciones sociales.

Por lo tanto, en consideración a las distintas omisiones del señor *Julián P.* respecto de sus obligaciones, sumadas a la ausencia de una prueba contundente del maltrato, correspondía a la autoridad administrativa abstenerse de avalar una situación que había violado los derechos de los hermanos *Juana P.R.* y *Federico P.R.* a no ser separados de su familia, al cuidado y al amor.

La Sala **desaprueba la conducta del padre**, quien: primero, omitió acudir al juez natural para fijar la custodia de sus hijos y prefirió ponerlos a disposición del ICBF; segundo, violó el acuerdo de custodia celebrado ante la autoridad competente y cambió el lugar de residencia de los niños, situación que conllevó la inestabilidad de su proceso educativo; y tercero, no participó en el trámite de esta acción de tutela, pues todas las actuaciones han sido promovidas por el señor *Mario P.* como agente oficioso de sus sobrinos.

Tercero, el criterio determinante para restar valor a las declaraciones de los niños se fundó en su interés superior. Es así como la decisión que se refuta aplicó el interés superior de los niños en su faceta de *norma de procedimiento*, y visibilizó que, la autoridad administrativa tomó una decisión que tenía estrecha relación con los derechos de los niños y no evaluó las posibles repercusiones de la decisión en los menores de edad involucrados. En este sentido, al estimar cuál debía ser la decisión adoptada por la autoridad administrativa, el Juzgado 15 de Familia de Bogotá, en cumplimiento del deber que impone el interés superior del niño, determinó que la autoridad defendió únicamente los intereses del padre de los menores de edad y omitió considerar su estabilidad física, emocional y psicológica.

Además, reiteró la decisión demandada que el Estado cumple una función supletoria, que se ejerce únicamente cuando los padres no existen o cuando no proporcionan a sus hijos los medios indispensables para llevar una vida plena, lo cual no se verificó en el caso de la referencia. Por consiguiente, no se cumple con las exigencias para que

se compruebe la necesidad de restablecer los derechos de los niños como consecuencia de una situación de maltrato, pues la solidez del material probatorio fue insuficiente.

Por las anteriores razones, no se encuentra probada la existencia de un defecto fáctico en la sentencia que se debate.

2.7.4. CONCLUSIÓN Y DECISIÓN A ADOPTAR

En síntesis, la sentencia controvertida por esta vía no incurrió en alguna causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en razón a que el juez valoró todas las pruebas, y en virtud de los principios de interés superior del menor y unidad de la prueba, concluyó que la decisión tomada por el ICBF no garantizaba los derechos de los hermanos *Juana P.R.* y *Federico P.R.*

Se destaca además, que las órdenes impartidas por la autoridad judicial demandada garantizan plenamente los derechos de los niños al disponer su traslado a la residencia de la progenitora, establecer la obligación del Comisario de Familia del Municipio de *Jenesano* de acompañar a los menores de edad y a sus padres, y disponer que la Secretaría de Educación de Sucre debía tomar las medidas necesarias para que los hermanos *Juana P.R.* y *Federico P.R.* pudieran culminar el año lectivo en el grado de escolarización correspondiente, en el colegio en el que cursaron sus estudios durante el año 2011.

Por las anteriores razones, la Sala confirmará, la sentencia de única instancia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 19 de diciembre de 2012, que resolvió negar el amparo solicitado por el señor *Mario P.*

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

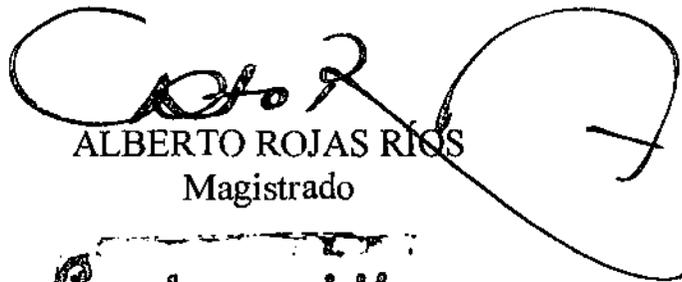
PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de los términos para decidir, ordenada mediante auto del diecisiete (17) de junio de 2013.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia de única instancia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 19 de diciembre de 2012, que resolvió negar el amparo solicitado por el señor *Mario P.*

TERCERO. 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, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Jorge I. Pretelt Ch.
JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado


ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

Presente en comisión

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado


MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaría General

SENTENCIA T-464113