



RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y
COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE VALLEDUPAR-CESAR
REPÚBLICA DE COLOMBIA

REF. FALLO DE TUTELA

ACCIONANTE: JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ

ACCIONADA: AIDA MARIA ROJAS COLMENARES

RADICADO: 20001-40-03-007-2022-00378-00

Valledupar, veintitrés (22) de junio de dos mil veintidós (2022). –

1. ASUNTO A TRATAR

Se decide la acción de tutela presentada por JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ a través de apoderado judicial el Dr. ANDRES DE ANGEL MARTIN en contra de AIDA MARIA ROJAS COLMENARES para la protección del derecho fundamental de los niños, y a tener una familia y no ser separados de ella.

2. HECHOS:

Las circunstancias fácticas que dieron origen a la presente acción de tutela pueden resumirse tal como se enuncia a continuación:

Se trae de presente que el accionante JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ, sostuvo una relación sentimental con la señora AIDA MARIA ROJAS COLMENARES, producto de la cual nació la menor V. S. PACHECO ROJAS.

Añade que, luego de terminada la relación, la custodia de la menor quedó en manos de la señora AIDA MARIA ROJAS COLMENARES madre de la menor, habiéndose conciliado con esta, una cuota de manutención y un régimen de visitas y fechas especiales.

Manifiesta el accionante, que ha establecido un nuevo hogar, por lo que su anterior relación con la señora AIDA MARIA ROJAS COLMENARES se ha deteriorado, llegando esta, a afectar los derechos que le asisten al accionante como padre, tales como las visitas y el tiempo compartido con la menor lo cual ha desembocado en discusiones y un mal ambiente general respecto a los derechos y obligaciones del accionante, así como su papel en la crianza de su menor hija esto a pesar de existir un acta de conciliación que establece derechos y obligaciones de ambos padres.

trae a colación, los articulados Constitucionales que contemplan el amparo de la familia como institución básica de la sociedad en su artículo 5o. así mismo esta, consagra la obligación del Estado y la sociedad de garantizar la protección integral de ésta en el artículo 42, junto con la inviolabilidad de la intimidad de la misma prevista en el artículo 15 de la Carta.

Así mismo, lo expresado por la corte frente al derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella está íntimamente unido con la materialización de otras garantías fundamentales “ya que a través de él se permite que los niños accedan al cuidado, amor, educación, etc. de los cuales son acreedores legítimos”

en razón a ello, arguye que la instrumentalización de la menor como un objeto de castigo o como mecanismo de chantaje para que se produzcan acciones que solo favorezcan a uno de los padres es una actitud desdeñable que no solo priva a la menor, como sujeto preferente de garantía constitucional de su legítimo derecho a no ser separada de su padre, sino que su sometimiento al escarnio por medio de estas publicaciones en redes sociales es reprochable, pues es bien sabido que en la sociedad digital a la que hoy nos enfrentamos, este tipo de publicaciones desencadenan efectos más allá de las redes en que se hacen, efectos negativos no solo para mi asistido como objetivo de la publicación inicial, sino que en la menor misma quien se encuentra sin saber en medio de una violación a sus derechos fundamentales.

Finaliza diciendo que, a la fecha y pese a múltiples solicitudes verbales realizadas a la accionada, esta no ha accedido a cumplir con el régimen de visitas consagrado en acta de conciliación suscrita, y que además la accionada ha cambiado su lugar de residencia impidiendo así cualquier acercamiento del señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ con su hija al desconocer la nueva dirección de residencia de estas.

3. PRETENSIONES

Con base en los hechos narrados, JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ, solicita que:

Que se le tutele el derecho fundamental de la menor V. S. PACHECO ROJAS a tener una familia y no ser separada de ella, y en ese sentido se ordene a la accionada AIDA MARIA ROJAS COLMENARES someterse a los compromisos adquiridos en acta de conciliación firmada el 30 de junio de 2021.

4. TRAMITE SURTIDO POR EL JUZGADO

Mediante auto del diez (10) de Junio de dos mil veintidós (2022), se admitió la acción de tutela, ordenándose también la vinculación de los Juzgado Primero, Segundo, y Tercero de Familia de la ciudad de Valledupar, y a la Comisaria de la jagua de ibérico, para que informaran a este despacho, la existencia y/o estados de proceso, sobre la Custodia y Cuidado Personal de la menor V. S. PACHECO ROJAS, seguidamente se procedió a surtir las notificaciones correspondientes. Sin embargo, a pesar de ello, no fue posible establecer una dirección física ni electrónica para efectos de notificar a la accionada.

Por ello, se procedió a notificar por aviso a la señora AIDA MARIA ROJAS COLMENARES con el fin de que aportara información importante para el esclarecimiento de los hechos que dan origen a esta tutela; De la cual se permite adjuntar soporte:



Posteriormente, se logró contactar vía celular a la accionada, quien suministró al juzgado un correo electrónico a donde se le pudo notificar y remitir copia de la demanda y sus anexos, quien contestó en dentro del término:

Contestaciones de La Accionada y de las Vinculadas. -

Respuesta de la Tutelada AIDA MARIA ROJAS COLMENARES.

Manifiesta que, el abogado ANDRES DE ANGEL MARTINEZ instauro como apoderado del actual accionante, una tutela ante el Juzgado Promiscuo Municipal de La Jagua de Iberico que contiene los mismos hechos y pretensiones, por lo que se configura una Acción Temeraria al solicitar el análisis de los mismos hechos de manera repetitiva, y que en ese sentido incurre en una falta, al manifestar bajo la gravedad de juramento que no ha presentado otra Acción de Tutela que verse sobre los mismos hechos y pretensiones que la presente, incurriendo el profesional del derecho en una conducta temeraria que raya en el abuso del derecho.

Manifiesta que no es cierto que se hayan afectado los derechos que le asisten al accionante como padre de la menor, toda vez que el señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ, ha incumplido con sus obligaciones como padre, al no suministrar el 50% de los gastos escolares, los gastos médicos y vestuario de su hija menor V. S. PACHECO ROJAS.

Que como lo manifiestan en este hecho, si la nueva relación ha sido impedimento por las constantes discusiones y mal ambiente entre ellos, es menester mencionar que mi hija no puede estar en medio de ese ambiente hostil para su protección integral, por lo que el señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ debe priorizar el bienestar de su hija menor de edad y como siempre he promulgado porque mantenga una relación cordial con su hija, pero salvaguardando sus derechos fundamentales, y es así como en el mes de agosto tomó la decisión de mudarse a La Jagua, Cesar, lo cual comunicó al padre de la menor, lo que evidencia mi intención de que mi hija mantenga una relación constante con su padre pero el señor muy poco por no decir nunca compartía con la hija.

Que contadas fueron las veces que le llamó para manifestarle que le llevara a la niña a tal sitio en La Jagua, a la que ella acudía a llevarla, pero hay que entender y comprender que un niño en su etapa de formación está en una etapa de aprendizaje y cambios constante, son niños y por lo cual requieren de una atención y cuidado especial, algo que el accionante no comprendía.

Aduce que, como la niña no compartía frecuentemente con el padre biológico, obviamente iba perdiendo el afecto y era desapegada a él al momento de verlo o las pocas veces que lo veía.

Alude que la Corte Constitucional ha sostenido que el ejercicio de los derechos de los padres puede quedar en suspenso –e incluso, extinguirse- cuando aquellos incumplen los deberes correlativos. La Corte entiende que comportamientos abusivos, displicentes o agresivos que afecten la integridad del menor constituyen negación de la conducta debida hacia los hijos, pero, muy especialmente, negación del derecho que los mismos tienen al amor de sus padres. Por tanto, cuando dicha circunstancia se presenta, resulta legítimo para el Estado intervenir en la célula familiar con el fin de preservar el interés superior del menor. En estas circunstancias, la Corte considera que el derecho a no ser separado de la familia debe ponderarse frente al interés superior del menor, siendo jurídicamente posible, en consecuencia, que un niño víctima de desprotección o abuso sea separado de sus padres cuando estos ponen en peligro su integridad física y mental.

Que lo acordado mediante acta de conciliación, de fecha 30 de junio de 2021, en la comisaria de familia les dio una serie de indicaciones en pro del desarrollo y crecimiento de su menor, entre las cuales resalto: 1. Paciencia al momento de compartir con la niña. 2. Nada de maltratos físicos y verbales y, 3. Le recomendaron a él como padre biológico tener tranquilidad en el proceso de afecto con nuestra hija, toda vez que como no había compartido con ella, la niña lo veía como un extraño o no sentía ese apego de padre e hija. Que lo anteriormente establecido, lo incumplió en el mes de noviembre de 2021, cuando el accionante se llevó a la niña para La Jagua de Ibirico para compartir con ella por el motivo de su cumpleaños número tres (3), éste fue el detonante y el problema que el señor no ha podido resolver conmigo de manera pacífica y madura, cuando compartió con ella después del cumpleaños él se la entregó a mi madre en San Roque, Cesar, en ese momento yo estaba allá, pero la recibió mi madre.

Posteriormente le llamó a colocarle queja de la niña a decirle. *“Que yo era una grosera y así llevaba la niña, que yo estaba mal criando a la niña, que la niña le decía lo que yo le enseñaba y le colocaba a decirle papi a mi esposo”* además me manifestó a través de audios y chat de WhatsApp de manera altanera que: *“la niña no tenía modales, que la niña lo hacía pasar pena, que el sí le había pegado porque él iba a corregir a su modo y manera a la niña, me gustara a mi o no”*, en ese momento fue cuando caí en cuenta de las veces que la niña cuando llegaba de compartir con él me manifestaba *“MAMI, PAPA JOSE, ME PEGA POR AQUÍ Y ME DUELE”* yo en mi inocencia consideraba que de pronto eran cosas de la niña y que si él de pronto lo hacía no era de manera frecuente, fuerte y grotesca, pero al escuchar en la llamada lo que me dijo y los audios que me envió vía WHATSAPP, fue que me alarme, como madre y en protección de mi hija le manifesté que si él maltrataba a mi hija no le permitiría compartir con ella, que no tomara esas medidas, que existen otras maneras de corregir a los niños como el diálogo y que además la Ley tiene prohibido mediante ordenamiento el maltrato infantil, a lo cual él respondió que si le iba a pegar porque era su hija y él si la iba a criar y guiar a su manera.

Que, como madre hay que entender que, “yo no iba a permitir que el ACCIONANTE siguiera tomando esas medidas agresivas en contra de mi hija para corregirla, lo hice en pro de sus derechos, como seres humanos considero que existen distintas maneras de corregir un niño, lo que sucede es que esta situación es el efecto de ser el ACCIONANTE un padre olvidado desde nuestra separación, porque no tuvo ese coraje y madurez para apartar nuestros problemas de separación y actuar como un padre, y no solo fallo y falla económicamente, sino afectiva y sentimentalmente, la COMISARIA DE FAMILIA DE LA JAGUA DE IBIRICO le recomendó tener paciencia y tranquilidad porque la niña no sentía ese apego y acercamiento con él, este señor pretende que mi hija (una niña) aprenda y actué como él manifiesta utilizando el maltrato infantil, por eso señor juez considero que no le estoy vulnerando los derechos fundamentales a mi hija.”

Por lo anterior termina solicitando que, se decrete la temeridad de la Acción de Tutela interpuesta por el abogado ANDRES DE ANGEL MARTINEZ y proceda con lo pertinente y se sancione al Abogado.

Informe de la Comisaria de Familia de La Jagua de Ibirico – Cesar.

Desde el área jurídica del municipio de la Jagua de Ibirico (Cesar) aportan informe sustentado en lo siguiente, Manifiestan, que se procedió a dar trámite interno de la misma ante la Comisaria Única de Familia de La Jagua de Ibirico, quien una vez revisando el historial de atención número #3631 de año 2021, del señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALES, se pudo evidenciar el Acta de Conciliación de Fijación de Cuota Alimentaria, Custodia y Cuidado Personal con Consecutivo GCSC-03445, pero que dentro del respectivo historial no se registraron notificaciones ni manifestaciones de incumplimiento de parte de alguno de los firmantes de la respectiva acta,

por lo tanto no se tiene conocimiento del incumplimiento del Artículo 4 estipulado en el Acta de Conciliación anteriormente Mencionada GCSC-03445.

Informe Juzgado Primero de Familia de Valledupar. -

En informe allegado, manifiestan que luego de realizada la búsqueda en siglo XXI, bases de datos, y libros radiadores con los que cuenta esta Dependencia Judicial, se pudo verificar que las partes involucradas en esta acción de tutela, no han tramitado ni cursa proceso alguno, sobre la Custodia y Cuidado Personal de la menor V. S. PACHECO ROJAS, reglamentación de visitas o de revisión de las decisiones administrativas proferidas por autoridades tales como los Defensores y Comisarios de Familia, en cumplimiento de la Ley 1098 del 2006.

Informe Juzgado Segundo de Familia de Valledupar. -

Reiteran que, no existe proceso alguno donde los señores JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ y AIDA MARIA ROJAS COLMENARES funjan como demandantes o demandados por concepto de Custodia, Cuidado Personal, Reglamentación de visitas o revisión de decisiones administrativas, proferidas por autoridades tales como defensores y comisarios de familia de la menor VSPR.

Informe Juzgado Tercero de Familia de Valledupar. -

Dentro del informe allegado, el juzgado responde que luego de ser revisado cuidadosamente el sistema de Registro de Actuaciones, donde se radican las demandas y cualquier asunto que sea del resorte de este Juzgado, se verificó que no ha existido y tampoco en la actualidad se encuentra en trámite, proceso de Custodia y Cuidado Personal, Reglamentación de Visitas, o cualquier otro trámite administrativo donde estén implicados los padres de la menor V. S. PACHECO ROJAS, señores AIDA MARÍA ROJAS COLMENARES y JOSÉ ALFREDO PACHECO GONZÁLEZ. Por tales razones, solicitan la desvinculación del Juzgado Tercero de Familia de Valledupar en la presente acción constitucional.

5. PRUEBAS

Aportadas por la parte Accionante: JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ

1. Memorial poder
2. Documento con capturas de pantalla de la publicación de calendas 29 de noviembre de 2021.
3. Acta de conciliación de fecha 30 de junio de 2021.

Parte Accionada: AIDA MARIA ROJAS COLMENARES.

1. Copia de la demanda de tutela y del fallo de la misma Acción constitucional que, interpusiera el accionante JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ en el Juzgado Promiscuo Municipal de la Jagua de Ibirico, Cesar.

6. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.

Corresponde al despacho determinar, si la tutela es el medio idóneo para proceder a conceder lo pedido por el accionante, y de paso determinar si se le está vulnerando el derecho fundamental de la menor V. S. PACHECO ROJAS a tener una familia y no ser separada de ella.

Previo a dar solución a dicho interrogante, debe analizarse si el presente amparo constitucional resulta temerario. Lo anterior, toda vez que la accionada, afirma que esta es la segunda tutela promovida por el accionante con los mismos hechos y pretensiones, alegando temeridad, como quiera que en el Juzgado Promiscuo Municipal de la Jagua de Ibirico, Cesar, el mismo accionante interpuso otra acción de tutela en contra de la misma persona, persiguiendo el mismo fin.

Procedencia de La Acción de Tutela.

La institución de la Acción de tutela es un mecanismo novedoso y eficaz, consagrado en el artículo 86 de nuestra Carta Magna, desarrollada mediante la expedición del Decreto 2591 de 1.991, la que tiene

operatividad inmediata cuando quiera que a una persona se le violen o amenacen derechos constitucionales fundamentales, por la acción u omisión de una autoridad pública y excepcionalmente por particulares. Por tal razón, puede ser ejercida ante los Jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo a través de representante o agenciado derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa.

Derechos de los niños y su prevalencia.

La Constitución Nacional dispone en el artículo 44: “*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.*

Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”(Subrayado fuera de texto)

Dentro de los derechos fundamentales se encuentran los derechos al cuidado y amor, y el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

en cuanto al derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, éste se relaciona con el derecho a recibir amor y cuidado para desarrollarse en forma plena y armónica, así lo ha sostenido el Consejo de Estado en sentencia del 2 de septiembre de 2009 cuando afirmó: “*La familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales*”

Tales derechos, por constituir derechos fundamentales de los menores, merecen especial protección, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 44, del cual se desprende no solo los derechos fundamentales de los niños,- entre ellos el de cuidado y atención personal y a tener una familia- sino también, la obligación que tiene la familia, la sociedad y el estado, de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y la prevalencia de ellos sobre los derechos de los demás.

Tal prevalencia, se traduce en el interés superior del menor que se define en el artículo 8º del Código de la Infancia y Adolescencia, en los siguientes términos: “*El imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes o interdependientes*”, el cual, ha de ser tenido en cuenta y orientar las decisiones y actuaciones no sólo en las entidades privadas sino públicas; en ese sentido la Convención Sobre los derechos del niño, en el numeral 1º del artículo 3º establece: “*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*”.

A nivel local, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas, en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el Interés Superior (Corte Constitucional Sentencia T-408/95 Expediente T-71149, Eduardo Cifuentes Muñoz) y reiterado en sentencia T- 503 de 2003 en la que se sostuvo: “*el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado, con todo el cuidado que requiere su situación personal*”.

En cuanto al cuidado personal del menor, el artículo 253 del Código Civil contempla “*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos*”.

Ello constituiría el ideal, más sin embargo ello no se cumple cuando acecen circunstancias tales como la separación, o ante la imposibilidad de los padres de cuidar a su hijo. En tales eventos, puede confiarse la tenencia de los hijos a uno de los padres sin que ello altere el derecho que le asiste al otro de compartir tiempo con el menor, y ante determinadas circunstancias, como inhabilidad física o moral de los dos padres, confiarse el cuidado del menor a una tercera persona.

En lo concerniente a la reglamentación de visitas, el artículo 256 de C.C. dispone:

“Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes”.

En torno a tal derecho, la doctrina ha sostenido que por su naturaleza y finalidad es un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio debe estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares. Quiere decir lo anterior, que la reglamentación de visitas es un derecho del niño, niña y adolescente absolutamente exigible frente al padre que las impide, o a aquel que simplemente no las ejerce, posición respaldada por disposiciones constitucionales que consagran el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos ¹

La corte Constitucional en sentencia T-500 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía, ha sostenido:

“La reglamentación y regulación de visitas, es un sistema por medio del cual se trata de mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y de la autoridad paterna. En principio las visitas pueden ser acordadas por la pareja según las circunstancias concretas del caso, con aprobación del funcionario correspondiente o, en su defecto, fijadas por el juez, después de un estudio detallado de la conveniencia tanto para el menor, como para cada uno de sus padres”

Ahora bien, la Corte Constitucional, ha sostenido que, en relación con el derecho de visitas, prevalece el interés del menor, sobre los derechos que puedan corresponder a los padres, es así como en sentencia T- 523 de 18 de septiembre de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, sostuvo:

“En efecto dicho proceso tiene por objeto regular las visitas del padre o madre de cuyo cuidado se hubiesen sacado los hijos (Art. 256 del C.C.), lo cual no debe entenderse como una potestad que le permita a los padres someter a los hijos, y al marido someter y a ser preferido frente a la madre....en primer término porque no se trata de una institución jurídica, salvo excepciones autónoma e independiente de estos fenómenos. Y, en segundo lugar porque dentro de la actual concepción familiar(basada ante todo en la unidad dentro de la diversidad, igualdad y autonomía de sus miembros), el aspecto subjetivo de la visita aparece como un derecho familiar de los padres, limitado en su contenido hasta el punto que puede llegar a ser sustituido por “ el interés superior del menor..”

En lo que corresponde, con la facultad del juez para entrar a regular las visitas, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1º de abril de 1992 M.P. Pedro Lafont Pianeta, que se debe procurar que se garantice el mayor contacto de los hijos con el padre que no goza de la custodia. Ha dicho *“Lo anterior conduce a que las resoluciones del juez en materia de visitas, adoptadas en un fallo, no sólo sean de la naturaleza de jurisdicción voluntaria normal, sino que se encuentren impregnadas entre otras, de las características de normatividad y dirección continuada. Lo que indica que corresponde a la decisión judicial señalar no sólo las condiciones (de orden personal, físico, periódico, temporal, etc.) de estructuración (sin preeminencia de uno de los padres) por el interés objetivo superior del menor (que puede o no coincidir con la voluntad de estos) sino también establecer las condiciones que garanticen su ejecución por los padres(teniendo en cuenta sus condiciones, para no hacer más gravosa la relación de visitas) y su resultado en los hijos (el desarrollo gradual de su personalidad mediante la obtención a través de dichas visitas de los factores emotivos, intelectuales, físicos, etc., de identidad de desarrollo personal, de pertenencia e integración familiar y de proyección social normal), y, lo segundo implica que el juez de acuerdo con el objeto –regular- le corresponde un poder de dirección que le permite, de un lado, velar motu proprio o de oficio, el cumplimiento periódico de dicha regulación sin perjuicio del derecho que le asiste a los padres para verificar el control de la visita, y, del otro, la facultad atribuida al juez” en todo caso y en todo tiempo” para actuar,*

¹ Modulo Visitas, custodia y alimentos, EJRLB, 2017.

a solicitud del interesado o de oficio inclusive, a fin de verificar periódicamente si lo decidido en la regulación de visitas entendidas siempre como provisionales o revisables, ha permitido obtener o no, en mayor o menor grado, el resultado arriba mencionado, para concluir en el mantenimiento, modificación o revocación de dicha regulación. Y tal dirección debe estimarse continuada porque así lo es el proceso de desarrollo de la personalidad del menor cuyo interés superior es precisamente, en todo momento, el motivo justo de ese control judicial.”

El derecho fundamental y prevalente de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separados de ella y el de los padres a mantener contacto directo y libre con sus hijos e hijas. El derecho de los infantes a ser visibilizados y a que su opinión sea tenida en cuenta para la adopción de las decisiones que los afectan.

4.1. De acuerdo con al artículo 44 Superior, el derecho a la familia y a no ser separado de ella, constituye una garantía fundamental en cabeza de los niños. Justamente, la importancia de salvaguardar este derecho, entre otras razones, se relaciona con la posibilidad de realización de otros, igualmente contemplados por la Constitución como fundamentales y que bajo la acción conjunta de sociedad y Estado deben lograr su pleno ejercicio y eficacia: “(...) *la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, (...), el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.*”^[37]

4.2. Asimismo, tal como la Constitución, el Código de la Infancia y la Adolescencia resaltan la importancia de los vínculos familiares, como soporte indispensable para un ambiente propicio de desarrollo, basado en la felicidad, el amor y la comprensión^[38]. Y particularmente, dispone que a los niños, niñas y adolescentes les asiste el derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella, y advierte que solo podrán ser separados de ésta cuando la misma no les garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a la Constitución y la ley.^[39]

Justamente, en una dimensión complementaria a la garantía de los vínculos familiares, el Código también plantea la consecuente responsabilidad parental, como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los hijos durante su proceso de formación.^[40] Desde luego, junto a la patria potestad, la responsabilidad parental implica el deber compartido y solidario de cada uno de los padres de asegurar que los niños puedan obtener el máximo nivel de satisfacción de sus derechos, logros que necesariamente, se construyen sobre una comunicación y contactos familiares claros.

4.3. La protección de tales vínculos familiares en el derecho interno, en particular, se ve reforzada por disposiciones de carácter internacional, tal como la Convención Americana de los Derechos del Niño, que establece en sus artículos, 7^[41], 8^[42] y 9^[43] que los menores tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos, excepto cuando circunstancias especiales exijan lo contrario, siempre que se trate de conservar el interés superior del menor^[44].

4.4. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado el alto valor jurídico y social de la familia, como núcleo del desarrollo integral y simultáneo de derechos humanos de la infancia. De allí que ignorar la protección al tejido familiar, aun cuando sus miembros se encuentren separados por alguna circunstancia^[45], implica la amenaza seria a los derechos fundamentales de sus integrantes, especialmente de los niños involucrados^[46].

4.5. Por lo anterior, las situaciones que ameritan la separación de los niños, niñas y adolescentes de su entorno familiar deben obedecer a razones excepcionalísimas, generalmente derivadas de la carencia de exigencias básicas para asegurar el interés superior de aquellos y valoradas por la autoridad competente, sin dejar su determinación a merced de los padres implicados o al arbitrio de otros familiares.^[47] La jurisprudencia constitucional, en Sentencias como la T- 887 de 2009^[48] y la T- 012 de 2012^[49], ha identificado algunas hipótesis en relación con lo anotado: “(i) *la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas; (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”*^[50] y, (iv) *cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia*^[51].”

4.6. En suma, tanto el orden jurídico interno^[52], como ciertas herramientas internacionales de derechos humanos^[53], introducen un claro mandato a favor de mantener un vínculo sólido entre los padres y sus hijos, sin importar la configuración misma del grupo familiar^[54], siendo posible su separación, únicamente por la autoridad de familia competente y por motivos excepcionales a la luz del principio *pro infans*.^[55]

4.7. En distintos casos, puede generarse una estructura familiar diversa por la separación de ambos padres, y ésta a su vez, originar, por motivos evidentes, que el derecho de custodia y cuidado personal quede en cabeza de uno de ellos, mientras el otro conserva el derecho de visitas. Si bien este evento puede considerarse como una alteración al entorno familiar de un niño que conocía otra configuración del grupo, no por ello la escisión ha de ocasionar la ruptura de los lazos familiares, pues precisamente frente a situaciones como éstas deben aplicarse los postulados convencionales, constitucionales y legales de protección a la familia. Este tipo de separaciones, siempre que no estén relacionadas con la pérdida de la patria potestad o de la autoridad paterna, de ninguna manera implican pérdidas sobre los derechos y deberes de crianza, cuidado y acompañamiento, por lo que el padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos.

4.7.1. Así, por ejemplo, lo entendió el legislador desde la expedición del Código Civil en cuyo artículo 256 se dijo: *"Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que él juzgare convenientes"*.

En tal sentido, a través del derecho de visitas y su reglamentación por la autoridad de Familia correspondiente, el legislador, de un lado, previó un mecanismo que le permite al menor interactuar y seguir desarrollando relaciones afectivas con sus padres, así como recibir de éstos el cuidado y protección especial que demanda.

4.7.2. Ahora, de cara a los progenitores, la regulación de visitas, es un sistema que también pretende mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer en relación con sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y de la autoridad paterna. En tal sentido, las visitas, no son sólo un mecanismo para proteger al menor, *"(...) sino que le permiten a cada uno de los padres, desarrollar y ejercer sus derechos, es decir, son un dispositivo que facilita el acercamiento y la convivencia entre padres e hijos. Por tanto, sólo a través de esta figura se logra mantener la unidad familiar, que la Constitución consagra como derecho fundamental de los niños."*^[56]

4.8. Así pues, se trata de un derecho de doble vía, donde convergen los derechos de los hijos menores, y al mismo tiempo, los de cada uno de los padres, derechos que, entre otras cosas, deben ser respetados en un contexto de alteridad y acatamiento. A modo de ilustración, en relación con el derecho particular de visitas, como una de las formas para asegurar el mantenimiento de los vínculos familiares, esta Corporación ha manifestado que el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse no sólo a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen, sino a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia.^[57]

4.9. De suerte que, el ejercicio del derecho a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos y la facultad de desarrollar una relación afectiva como la considere pertinente cada padre, solo supone el límite mismo de los intereses prevalentes del niño. Por esta razón, dentro de todas las dinámicas familiares, pero especialmente las estructuradas desde la separación parental, es indispensable que cada uno de los progenitores respete la imagen del otro frente a sus hijos, evitando cualquier posición de superioridad frente a aquél que no tiene la tenencia del menor, o del otro lado, el empleo de artificios de victimización para lograr compasión de los menores frente al otro padre. Justamente, el artículo 42 Constitucional, establece que *"[L]as relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre sus integrantes"*. Este postulado, desde luego no puede lograr dimensiones materiales en un contexto *"que sacrifique al hijo para satisfacer la egoísta defensa del interés personal de cada uno de los padres."*^[58]

4.10. Considerando que un niño ha de gozar de una protección especial y debe disponer de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad,^[59] los progenitores deben evitar todo comportamiento que quebrante o debilite los vínculos familiares, tales como aquellos que paralicen el contacto y la comunicación libre y directa entre sus miembros, o los que privilegien la exposición deslucida o degradante de uno de ellos, como quiera que este tipo de contextos generan graves grietas en la unidad familiar, impidiendo el desarrollo integral de los hijos en el marco de la protección constitucional a los derechos de la infancia.

4.11. Por otra parte, la Corte observa que, en este tipo de problemáticas familiares, necesariamente los niños tienen voz propia y como tal, deben ser escuchados y sus intereses visibilizados. Esto no sólo encuentra fundamento en la legislación nacional^[60] sino, también, en lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991),^[61] en donde se establece que *"los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño."*

4.11.1. Como puede observarse el derecho de un niño a ser escuchado y tenido en cuenta, no solo se entiende en un contexto puramente procesal, como también lo contempla la norma, sino, además, en el ámbito ordinario de las relaciones familiares, donde no pierde su condición como *individuo* ni los derechos a expresar su opinión, sus intereses o sus necesidades.

4.11.2. Si bien la capacidad intelecto-volitiva de un niño se reconoce en menor o mayor grado según se encuentre en una u otra etapa de su vida y se relaciona con la complejidad de los asuntos para los cuales se requiere; las decisiones que los padres tomen por ellos, en la medida que la comunicación sea viable, por ejemplo que ya puedan expresarse con más claridad, deben consultar sus inquietudes como un elemento imprescindible del esquema decisional que pretenda su bienestar.

4.11.3. La salida de los hijos de la residencia familiar habitual como consecuencia de la separación de sus padres, las limitaciones para comunicarse con el progenitor con el que no viven, el cambio de colegio o los traslados de ciudad, son decisiones parentales que necesariamente alteran la dinámica vital de un niño y su desarrollo. Justamente, por la importancia que revisten, no pueden tomarse con un nivel de hermetismo tal, que omita la participación del infante y las necesidades que tiene, por el contrario, las soluciones que se construyan alrededor de una estructura familiar modificada deben consultar el diálogo abierto y claro con los hijos, visibilizando sus opiniones, teniendo como referente sus necesidades y más que nada, distinguiendo cualquier conflicto conyugal de las medidas que, como padres y no como pareja, deben acordar para garantizar la conveniencia de aquellos.

4.12. En síntesis, el derecho de un niño a ser escuchado, además del plano procesal, tiene una especial connotación en el ámbito familiar y social, dado que la mayoría de las decisiones que, representándolos, toman los padres, tienen consecuencias directas en sus opciones vitales, y resulta apenas acertado que, atendiendo al nivel de sus habilidades comunicativas y su desarrollo, los progenitores tomen en serio la opinión, las necesidades, la rutina y el interés de sus menores hijos para decidir sobre sus vidas, desde luego aclarando que se tratan de referentes significativos, que no unívocos.

DERECHO A LAS VISITAS - DERECHO DE DOBLE VÍA

El Derecho de vistas: Un derecho de los niños, niñas y adolescentes

La reglamentación de visitas es un derecho de los niños, las niñas y los adolescentes, absolutamente exigible frente al padre que las impide o frente aquel que simplemente no las ejerce.

Al respecto, La Corte constitucional expresa:

... "El otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro -o a ambos, en el segundo caso- del derecho de mantener comunicación con aquellos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visita. Tal derecho consiste en términos generales en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos. Comprende también el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor"

"Fuera de ello, el cónyuge que no ejerce la guarda -en tanto conserve la patria potestad- tiene derecho a vigilar la educación de los menores, derecho que se trasunta especialmente en la facultad -ejercitable en todo momento de solicitar el cambio de la tenencia, ya que para conferir esta es elemento de importancia primordial el interés de los propios hijos"

"Según la doctrina misma para que las visitas puedan cumplir cabalmente su cometido deben realizarse en el hogar del progenitor en cuyo favor se establecen, si lo tiene honesto, o en el Lugar que el indique. No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, porque ella supondría someter al que ejerce el derecho de visita a violencias admisibles y quitar a la relación el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos..."

(,..) Algo similar ocurre con la regulación concreta del derecho de visita la cual debe hacerse siempre procurando el mayor acercamiento posible entre padre o hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarla. Debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, el cual -rectamente entendido- requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con el padre. Su objeto es el de estrechar (as relaciones familiares, y su fijación debe tener como pauta directriz el interés de IOS menores, que consiste en mantener un contacto natural con sus progenitores, por lo que es necesario extremar los recaudos que conduzcan a soluciones que impliquen sortear todo obstáculo que se oponga a la fluidez y espontaneidad de aquellas relaciones; las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco han de desarrollarse de manera de lesionar de quien las pide.

Solo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad con o su salud física o moral pueden los padres ser privados de este derecho. Así, se ha decidido Que ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita, cuando aquella se deba al abandono del menor; mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor. (Neritas propias)

“por todo lo anterior, esta corte no puede menos que recordar a los jueces su inmersa responsabilidad y cuidado cuando aprueben un régimen de visitas: de él depende en muy alto grado la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o su desaparición total, en desmedro de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad civil.

Por otro lado, es importante recalcar que el legislador, previo un mecanismo que le permite al niño, niña o adolescente, mantener y seguir desarrollando las relaciones afectivas con sus progenitores, así como recibir de estos el cuidado y amor que demandan a través de un proceso judicial llamado reglamentación de visitas. Para el trámite de un proceso de Reglamentación de Visitas, se mantiene la competencia territorial en forma privativa, en cabeza del juez del domicilio a residencia del menor, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 28 del Código General del Proceso.

En el Código General del Proceso, el procedimiento residual es el verbal (el trámite del verbal sumario es para los asuntos que expresamente señala el artículo 390). Esto significa que, si se ejerce la acción de Reglamentación de Visitas, este asunto se tramitará por el procedimiento verbal, toda vez que no se encuentra señalado en el artículo 390 para que se tramite por el procedimiento verbal sumario.

Consecuencia de lo anterior, el traslado de La demanda para los asuntos de tramite verbal queda en 20 días, según lo dispuesto por el artículo 368 de CGP.

Conclusiones

1. El derecho de visitas es un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto Los padres como los hijos y cuyo ejercicio debe estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares.
2. La reglamentación o regulación de visitas, es un proceso judicial por medio del cual se busca mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la autoridad paterna y materna. En principio, las visitas pueden ser acordadas por los padres según, las circunstancias concretas del caso. Con aprobación del funcionario correspondiente o, en su defecto, fijadas por el juez de familia, después de un estudio detallado de la conveniencia, tanto para niño, niña o adolescentes, como para cada uno de sus padres.
3. La reglamentación de visitas permite al niño, niña o adolescente conservar el afecto de sus padres y familiares y a estos de continuar en el acompañamiento del proceso de desarrollo integral del menor de edad; por lo tanto, ha de tenerse en cuenta que la prevalencia de los derechos de los niños exige que la conducta de sus padres y familiares este dirigida a su protección integral y a garantizarle el espacio de convivencia.
4. De acuerdo al artículo 24 de la Ley de Infancia y Adolescencia se entiende per alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia redicha, recreación, educación o instrucción y en general todo lo necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Por lo que es preciso indicar que, mientras el progenitor deudor no se allane a cumplir la obligación alimentaria para con sus hijos, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal, ni en el ejercicio de otros derechos sobre el rencor (subrayado fuera de texto), como por ejemplo en la reclamación del derecho de visitas
5. En todo caso es procedente Indicar que se puede solicitar a la autoridad administrativa competente del lugar donde residen los hijos menores que Intervenga, con el fin de que proceda al restablecimiento de sus derechos, en caso de encontrarse vulnerados o amenazados a través de la correspondiente investigación administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006, así como, si es preciso , Iniciar las acciones judiciales pertinentes ante la jurisdicción de familia o incluso presentar una denuncia penal por inasistencia alimentaria si hay lugar a ello. (Subrayado fuera de texto) ²

En síntesis, la reglamentación de visitas permite al niño, niña o adolescente conservar el afecto de sus padres y familiares y a estos de continuar en el acompañamiento del proceso de desarrollo integral del menor de edad; por lo tanto, ha de tenerse en cuenta que Ya prevalencia de los derechos de los niños exige que la conducta de sus padre y familiares este dirigida a su protección integral y a garantizarle el espacio de convivencia.

² Modulo Custodia y Cuidado Personal E.J.R.L.B.

Es procedente solicitar a la autoridad administrativa competente del lugar donde reside el menor de edad Para que intervenga, con el fin de que proceda al restablecimiento de sus derechos, en caso de encontrarse vulnerados o amenazados a través de la correspondiente investigación administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006.³

La custodia y cuidado personal del menor y la procedibilidad de la acción de tutela-T-884 de 2011

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 Superior, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario en cuanto sólo procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto, en la sentencia C-543 de 1992, la Corte afirmó lo siguiente:

“(...) no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”.

En el mismo sentido, esta Corporación ha sostenido que:

“la tutela no converge con las vías judiciales ordinarias previstas por el legislador y, por tanto, para el interesado no es discrecional escoger entre aquellas y el amparo constitucional. Los medios ordinarios serán la vía principal y directa para la discusión del derecho y la acción de tutela sólo operará como mecanismo subsidiario y excepcional para la protección inmediata de las garantías constitucionales fundamentales que no tengan otro medio de resguardo, en la forma y casos previstos en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2951 de 1991”^[4].

Bajo ese entendido, la acción de tutela no puede ser utilizada como un mecanismo judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la Ley para la defensa de los derechos, toda vez que con ella no se pretende suplantar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se profirieran^[5].

Empero, cabe mencionar que, en relación con tales medios de defensa judiciales, el artículo 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala que su existencia “será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. Es decir, que el juez constitucional debe evaluar, en cada caso particular, si el otro mecanismo de defensa judicial existente podría llegar a brindar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado, o si, por el contrario, se trata de una vía formal cuyos objetivos y resultados finales, dada la prolongación del proceso, resultan tardíos para garantizar la idoneidad de la protección judicial y la intangibilidad de los derechos afectados^[6].

De otro lado y sin perjuicio de lo anterior, el citado decreto^[7] señala que en los casos en los que el mecanismo de defensa no sea eficaz para proteger el derecho amenazado o vulnerado, la tutela puede ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe ser acreditado por el accionante y verificado por el juez de tutela. Así mismo, aun existiendo un medio de defensa judicial, si se demuestra que el mismo no es eficaz para obtener la protección del derecho, el actor podrá solicitar la tutela como mecanismo transitorio para conjurar la consumación de un perjuicio irremediable.

2. Tal y como fue mencionado en el primer acápite de la presente providencia, el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.”

La Corte ha concluido, en principio, que la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes

³ Modulo Custodia y Cuidado Personal E.J.R.L.B.

del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos.^[8] (Subrayado fuera de texto)

A los jueces de familia corresponde conocer, en única instancia, de los asuntos relacionados con la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores, mediante el proceso verbal sumario.

Sin embargo, en los casos en que se advierta (i) la falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, o (ii) que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad física o psicológica, la acción de tutela resulta procedente de manera excepcional.^[9]

Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela para procurar la restitución de la custodia, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, es lógico concluir que la restitución de la custodia de un menor al padre a quien el juez competente le asignó ese derecho, puede ser protegido por vía de tutela excepcionalmente cuando el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor y, también cuando se afecta de manera cierta, directa y grave el derecho a la estabilidad y a la unidad familiar del niño, pues es razonable entender que, en algunos casos, la retención irregular del menor puede producir el rompimiento de los lazos entre padres y el desarrollo pleno y armonioso de las relaciones familiares, lo cual no sólo puede ser más gravoso con el paso del tiempo sino que puede producir consecuencias irreparables para el bienestar emocional del menor”.^[10]

De esta forma, el diseño funcional dirigido a la protección de los derechos constitucionales logra conciliar, de un lado, la vigencia del principio de separación de jurisdicciones, según el cual a cada jurisdicción le corresponde resolver los conflictos que resultan afines con su especialidad (Título VIII de la Constitución) y, de otro lado, el principio de eficacia de los derechos fundamentales que exige la intervención judicial urgente e inmediata del juez constitucional como el instrumento más adecuado para garantizar la aplicación efectiva de la Constitución como norma de superior jerarquía.

3. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º, literal d, del Decreto 2272 de 1989, a los jueces de familia corresponde conocer, en única instancia, de los asuntos relacionados con la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores. Por disposición del artículo 435, numeral 5º, del Código de Procedimiento Civil, las controversias que se susciten entre padres respecto de la patria potestad y los litigios respecto del cuidado de los menores, debe tramitarse mediante el proceso verbal sumario.

Eso significa que el juez de familia no sólo tiene competencia para definir la custodia de un menor cuyos padres no han podido llegar a un acuerdo de voluntades, sino también para exigir el cumplimiento de las decisiones judiciales que señalaron a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño, pues en las dos situaciones, de todas maneras, se encuentra involucrado el interés superior del menor. En otras palabras, es evidente que en los casos en los que una decisión judicial hubiere dispuesto la custodia de los menores a cargo de uno de los padres y el otro lo retiene en forma contraria al acuerdo de voluntades o disconforme con lo señalado en sentencia judicial que lo regula, dicho conflicto debe ser resuelto por el juez de familia en el curso de un proceso verbal sumario. De ahí que, en principio, no procede la acción de tutela^[11].

No obstante, lo anterior, si en el caso concreto se evidencia que el menor se encuentra en situación de riesgo que permite deducir que el proceso verbal sumario no resulta idóneo para proteger sus derechos fundamentales o las condiciones en las que se encuentra el niño podrían conducir a la concreción de un perjuicio grave e inminente que requiere la intervención inmediata del juez de tutela, éste deberá entrar a resolver el asunto de manera transitoria.

iv. La patria potestad. Alcance, características y elementos esenciales. La patria potestad como instrumento jurídico de protección del menor.

1. Tal y como se estableció en la sentencia C - 145 de 2010, la Constitución Política de 1991, consciente de la importancia que representa la familia en la vida social, le otorga a la misma un tratamiento y reconocimiento especial, materializado en un nivel amplio de protección para la propia institución y para sus integrantes. Inicialmente, la Carta le atribuye a la familia la dimensión de núcleo esencial de la sociedad, y eleva a la categoría de principio fundamental el amparo que debe brindarse a la misma por parte del Estado y la sociedad (C.P. arts. 5 y 42). En plena concordancia con ello, adoptó un concepto amplio de familia, en el sentido de reconocer como tal, no solo la originada en el matrimonio, sino también la conformada por vínculos naturales, esto es, la que surge de la voluntad responsable de constituirla, a la cual le otorga la misma protección e iguales derechos y deberes que los consagrados para la primera (C.P. art. 42, inc. 1º). Sobre este particular, la Corte ha destacado

que las distintas formas de conformar la familia “no implica discriminación alguna: significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia”^[12].

De igual manera, el ordenamiento Superior le impone al Estado y la sociedad la obligación de garantizar la integridad del núcleo familiar, al tiempo que reconoce la inviolabilidad de la dignidad, la intimidad y la honra de la familia, habilitando al legislador para determinar las sanciones aplicables a quienes mediante cualquier forma de violencia atenten contra la armonía y unidad del grupo familiar. El ámbito de protección que promueve la Carta, se extiende también a dos principios constitucionales que delimitan las relaciones familiares: (i) la igualdad de derechos y deberes de la pareja, por una parte, y (ii) el respeto recíproco entre todos los integrantes del núcleo familiar, dentro de los cuales se encuentran los hijos, cuyo número en cada familia es decisión libre y responsable de los padres.

Ahora bien, tal y como lo ha resaltado este Tribunal, la familia, además de constituirse en el eje central de la sociedad y sujeto de protección por parte del Estado, por expreso mandato constitucional, es a su vez un derecho fundamental de los niños y niñas que hace parte del principio de protección especial del menor, reconocido por la propia Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos.

2. Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 44 de la Constitución consagra la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndole tal responsabilidad, en su orden, a la familia, a la sociedad y al Estado, quienes participan de forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos. En lo que corresponde al Estado, a éste, a través de la ley, le compete adoptar las medidas pertinentes y necesarias para que dichos fines puedan ser eficazmente cumplidos, así como también crear los mecanismos adecuados al logro de tales propósitos.

Tratándose de la familia, ésta es la llamada a actuar preferentemente en la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, a través de las obligaciones que les han sido atribuidas por el ordenamiento jurídico vigente. Concretamente, sin desconocer la responsabilidad que le pueda asistir a las demás personas que habitualmente concurren a la comunidad familiar, en el propósito de hacer efectiva la protección y la asistencia a los menores, “su realización se encuentra sujeta a una distribución de la misma, constituyéndose los respectivos progenitores en los principales encargados de su cumplimiento, a través del ejercicio de la patria potestad^[13]”.

La Corte, a través de distintos pronunciamientos^[14], ha sostenido que uno de los instrumentos a los que ha recurrido el Estado para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor, es precisamente la institución de la patria potestad, figura que encuentra un claro fundamento en el inciso 8° del artículo 42 de la Carta, el cual le impone a la pareja el deber de sostener y educar a los hijos mientras sean menores, y que es plenamente desarrollada en los artículos 288 a 315 del Código Civil.

De conformidad con lo previsto en el artículo 288 del mencionado Código, modificado por la Ley 75 de 1968, artículo 19, “*la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone*”.

Al respecto, es necesario precisar que, en su versión original, el artículo 288 del Código Civil había consagrado el antiguo concepto de patria potestad, adoptado por las codificaciones de los países europeos en el siglo XIX, que consistía en el reconocimiento que la ley hacía de los derechos del padre sobre sus hijos no emancipados, restringiendo al varón la facultad de representar judicial y extrajudicialmente a los hijos y administrar sus bienes. Posteriormente, con la expedición de la Ley 153 de 1887, se reformó la institución, en el sentido de permitirle a la madre ejercer la patria potestad, pero sólo ante la falta o ausencia del padre. Finalmente, a través de la Ley 75 de 1968 y el Decreto-Ley 2820 de 1974, el legislador vino a terminar con la forma de discriminación inicialmente planteada, modificando el alcance de la institución, y situando en cabeza de ambos padres el conjunto de derechos sobre sus hijos para facilitar el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

2. Sobre la institución de la patria potestad, también conocida como potestad parental, esta Corporación ha hecho importantes precisiones, acorde con las disposiciones que regulan la materia. Inicialmente, de acuerdo con las reformas introducidas al Código Civil, la Corte definió la patria potestad, como el conjunto de derechos y facultades que la ley atribuye al padre y a la madre sobre la persona y bienes de los hijos, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su condición les impone, es decir, para garantizar respecto de los hijos su protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Se ha precisado al respecto, que la patria potestad “*hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo*”^[15].

Se trata, entonces, de una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

De acuerdo con la ley, la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, es decir, que sólo puede ser ejercida por el padre y la madre, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. En decisión reciente, la Corte explicó que los derechos y facultades derivados de la patria potestad, únicamente se conceden a los padres, en razón a las importantes y trascendentales obligaciones e ellos asignada, de manera que la institución existe, porque hay numerosos deberes que los mismos están llamados a asumir frente a los hijos^[16]. A este respecto, la propia ley prevé que, a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro.

Es necesario aclarar, sin embargo, que los derechos derivados de la patria potestad no quedan enteramente a la voluntad y disposición de sus titulares, en razón a que no son reconocidos en favor de los sujetos a quienes se les confieren -los padres-, sino en favor de los intereses de los hijos menores, para que, a través de ellos, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre el que se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Así entendido, las facultades derivadas de la patria potestad, no constituyen, en realidad, un derecho subjetivo en cabeza de los padres, sino que se trata de derechos concedidos a favor del menor, razón por la cual, su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado, puede derivar en sanciones para el progenitor.

Por tales motivos, la Corte ha precisado que la patria potestad es una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

4. Como ya se mencionó, de acuerdo con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los niños y niñas son considerados sujetos de especial protección, mandato que se manifiesta, entre otros aspectos, en el carácter fundamental, independiente y prevalente que se reconoce a sus derechos, buscando con ello asegurarles un proceso de formación y desarrollo integral, en condiciones óptimas y adecuadas. Al logro de tales objetivos, como directamente responsables, se vincula a los respectivos progenitores, a través de las figuras de la autoridad paterna y materna y del ejercicio de la patria potestad, institución esta última que, para tales efectos, se constituye en “un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar el cual debe brindarle cuidado, amor, educación, cultura y en general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental”. No sobra recordar que la familia, como institución básica de la sociedad, juega un papel primordial en la protección del menor, al punto que constituye un derecho fundamental de los niños.

v. Omisión de restitución de la custodia de un menor. Derechos constitucionales afectados

1. Como ya se ha reiterado, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido prolija en sostener que la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, exigen un trato preferente, especial y prioritario de los derechos de los niños. Para ello, el Estado, la sociedad y la familia no sólo deben proteger los derechos individuales del menor, esto es, aquellos que repercuten con su esfera particular, tales como la intimidad, la salud, la vida, la expresión; sino también están obligados a salvaguardar los derechos de su entorno social de tal forma que el niño pueda desenvolverse en comunidad y prepararse para un futuro en sociedad. En esta última faceta, también resulta fundamental el apoyo de la familia, pues además de que se trata de la institución básica de la sociedad (artículo 5° de la Constitución), constituye el punto de partida para la asistencia y protección del niño (artículos 42 y 44 de la Carta), de ahí que para salvaguardar los intereses del niño es necesario proteger la integridad familiar y propiciar la tranquilidad y concordia entre padres e hijos.

De hecho, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, 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”.

En el mismo sentido, el artículo 2º de la Resolución 41 de 1986, que contiene la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dispuso que “[e]l bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.

2. Atendiendo a lo expuesto, el actual Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), dispuso como finalidad principal de la regulación “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.

Por la trascendencia de la familia en la vida del menor, la jurisprudencia constitucional ha sostenido reiteradamente que el derecho a tener una familia tiene el rango *ius fundamental* y puede ser protegido por vía de tutela¹¹⁷. Así, la Corte dijo que la protección del derecho fundamental a tener una familia constituye:

“una condición para la realización de los restantes derechos fundamentales del niño. Lo anterior, no sólo porque los lazos de afecto y solidaridad que suelen constituir dicha institución favorecen el desarrollo integral de una persona, sino porque la propia Constitución y la ley le imponen a la mencionada institución la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor a fin de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos.

“En este sentido, puede afirmarse que la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”¹¹⁸

3. De este modo, es claro que tanto las normas internacionales como la Constitución, la ley y la jurisprudencia nacional establecen con claridad la especial protección que para el menor tiene la estabilidad familiar y el carácter de interés superior que implica el cuidado y protección de los niños. No obstante, lo dicho no significa que el Estado o la sociedad pueden imponer a los padres la obligación de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo para proteger la familia del menor, pues es evidente que el concepto de hogar puede conformarse bien sea por la decisión libre y voluntaria de un hombre y una mujer de conformarla (artículo 42 de la Carta) o cuando se integra con uno de los padres y el hijo. Por consiguiente, en aquellos casos, como el que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, los padres del niño se encuentran separados, la familia del niño está conformada por el hogar de su madre y, al mismo tiempo, por el hogar de su padre.

Precisamente para definir la estabilidad familiar del menor, a falta de acuerdo entre los padres, corresponde a las autoridades de familia competentes (administrativas y judiciales) analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que haya lugar. Entonces, es lógico sostener que, una vez definida judicialmente la tenencia del niño, en aras de garantizar su bienestar y estabilidad familiar, los padres deben respetar la decisión judicial y atenerse a los parámetros fijados por quien está investido por el Estado de autoridad para definir la mejor situación del niño. De ahí que, por regla general, los padres en controversia no pueden retener la custodia de un menor que no ha sido expresamente autorizada por el juez o por el Defensor de Familia, puesto que, como lo dijo la Sala Cuarta de Revisión en anterior oportunidad refiriéndose a la retención ilícita de menores en el extranjero, “el traslado o la retención de un menor son ilícitos cuando se producen en violación de los derechos de custodia atribuidos a una persona, a una institución o a cualquier otra entidad. Así, el traslado ilícito ocurre cuando el menor es llevado a través de una frontera internacional sin permiso de quienes tienen los derechos de custodia, y la retención ilícita tiene lugar cuando el menor es mantenido en otro país más allá de un periodo acordado, como por ejemplo un periodo de vacaciones o de visita”¹¹⁹

No obstante lo anterior, ante el caso de un traslado o una retención ilegítima del menor por parte de uno de sus padres, o de otro familiar a falta de uno de ellos, su restitución debe ser analizada por el juez de familia competente con la plenitud de las formas propias del juicio verbal sumario, de tal forma que se garantice el derecho de defensa del padre que no es titular del derecho de custodia y, en especial, se protejan los intereses superiores del niño.

4. En este orden de ideas, es lógico concluir que la restitución de la custodia de un menor al padre a quien el juez competente le asignó ese derecho, puede ser protegido por vía de tutela excepcionalmente cuando el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor y, también cuando se afecta de manera cierta, directa y grave el derecho a la estabilidad y a la unidad familiar del niño, pues es razonable entender que, en algunos casos, la retención irregular del menor puede producir el rompimiento de los lazos entre padres y el desarrollo pleno y armonioso de las relaciones familiares, lo cual no sólo puede ser más gravoso con el paso del tiempo sino que puede producir consecuencias irreparables para el bienestar emocional del menor.⁴

CONFIGURACION DE LA TEMERIDAD EN LA ACCION DE TUTELA

En relación con la Temeridad, nuestra honorable Corte Constitucional en sentencia T- 185 de 2013, al analizar las figuras de la cosa juzgada y la temeridad en la acción de tutela precisó lo siguiente:

“...promover sucesivas o múltiples solicitudes de amparo en procesos que versen sobre un mismo asunto pueden generar las siguientes situaciones: “i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada”. En suma, la Corte concluye que las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad pretenden evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que estos conceptos cuentan con diferencias claras, que los llevan a configurarse como elementos disímiles. Sin embargo, ello no es impedimento para que en un caso concreto confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia.

La temeridad se configura cuando concurren 3 elementos a saber:

- (i) identidad fáctica en relación con otra acción de tutela;
- (ii) (ii) identidad de demandante, en tanto la segunda petición de amparo se presenta por parte de la misma persona o su representante y
- (iii) (iii) identidad del sujeto accionado.

La Corte Constitucional ha establecido también algunos eventos en los cuales, a pesar de existir identidad de tales presupuestos, el juez de tutela debe realizar un estudio a fondo sobre los hechos. Así, en sentencia T-919 2004 dijo:

“... que tratándose de personas en estado de especial vulnerabilidad, no es procedente negar la tutela por temeridad, a pesar de que se observe una identidad de partes, hechos y pretensiones, cuando el juez advierta que, no obstante la interposición de una o varias acciones anteriormente, los derechos fundamentales de los peticionarios continúan siendo vulnerados. Esta situación, en consecuencia, constituye otra causal que justifica la interposición de una nueva acción de tutela.”

Igualmente, es importante que el análisis de los presupuestos que configuran la temeridad, se realice teniendo en cuenta las condiciones actuales que rodean el caso y no limitarse a un estudio meramente formal, cuando el fundamento de la acción se base en:

“(i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la

⁴ T-884 de 2011 Corte Constitucional.

necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión”⁵

Ello se ha reiterado en sentencia SU 027 de 2021 en la que se precisó:

2.1. La temeridad en el ejercicio de la acción de tutela

2.1.1. El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece que la actuación temeraria se configura cuando se presenta la misma acción de tutela por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, sin motivo expresamente justificado. Lo anterior, trae como consecuencia su rechazo o la decisión desfavorable de todas las solicitudes.

2.1.2. Sobre el ejercicio temerario de la acción de tutela, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia ha desarrollado los aspectos a tener en cuenta para abordar su posible configuración. Entre ellos, ha sostenido que deben analizarse los siguientes^[16]:

1. Que se presente una identidad de procesos, esto es, que las acciones de tutela presentadas de manera simultánea o sucesiva tengan una triple identidad, a saber, se trata de las mismas partes, se plantean los mismos hechos y la misma solicitud.
2. Que el caso no sea uno de aquellos considerados como excepcionales que no constituyen una actuación temeraria, de acuerdo con lo señalado explícitamente por la ley o la jurisprudencia.
3. Que en caso de presentarse una solicitud de tutela que pretenda ser diferente a una anterior con la que guarda identidad (a partir de un desarrollo argumentativo diferente) el juez constitucional acredite que, en realidad, los dos procesos tienen las mismas partes, se sustentan en las mismas razones y solicitud.

2.1.3. Respecto del primero de los aspectos antes anotado, el juez debe analizar si hay una triple identidad entre las acciones de tutela presentadas de manera simultánea o sucesiva, teniendo en cuenta los siguientes elementos^[17]:

1. Identidad de partes, esto es, que las acciones de tutela se hayan presentado por la misma persona natural o jurídica o a través de su apoderado o representantes y se dirija contra el mismo demandado.
2. Identidad de causa *petendi*, es decir, que el ejercicio repetido de la acción de tutela se fundamente en los mismos hechos que le sirven de sustento.
3. Identidad de objeto, en otras palabras, que las demandas persigan la satisfacción de la misma pretensión o invoquen la protección de los mismos derechos fundamentales.

De la misma manera, esta Corporación ha entendido la temeridad desde dos perspectivas. La primera alude a su estructuración cuando una persona presenta simultáneamente varias acciones de tutela ante distintas autoridades judiciales y la segunda extiende la temeridad a aquellos eventos en los cuales la persona, de mala fe, ejerce de manera sucesiva la misma acción.

2.1.4. No obstante, este Tribunal también ha sostenido que el juez de tutela al realizar el anterior análisis debe trascender un juicio meramente formal y realizar un estudio pormenorizado del expediente. Pues no solo basta con que concurren los elementos antes mencionados, sino que debe desvirtuarse la presunción de buena fe a favor del (a) accionante. Por lo anterior, solo procederán las sanciones^[18] en caso de que se acredite la mala fe o el dolo en su actuación.

2.1.5. Así, la labor del juez constitucional no es simplemente la de verificar los elementos que constituirían la triple identidad entre las acciones de tutela para concluir que hay una actuación temeraria y, en consecuencia, declarar su improcedencia. Si no que, de acuerdo a todo lo expuesto, deben estudiarse las circunstancias actuales que rodean el caso específico^[19].

⁵ T-1104 de 2008, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

Bajo esta línea, la Corte ha establecido algunas excepciones a los supuestos mencionados, aun cuando se llegaren a configurar todos los elementos de la triple identidad. Estos son:

(i) La condición de ignorancia o indefensión del actor, propia de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe^[20].

(ii) El asesoramiento errado de los profesionales del derecho^[21].

(iii) La consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante^[22].

(iv) Se puede interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos son extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión^[23].

2.1.6. Como puede verse, una de las excepciones a la temeridad que justifican la presentación de una nueva acción de tutela tiene sustento en la consideración de hechos nuevos que se presentaron con posterioridad a la interposición de la misma y que habilita al juez constitucional a pronunciarse de fondo sobre el asunto puesto a su consideración.”

Ahora bien, el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela consagra sanciones para los apoderados judiciales y para los actores de comprobarse la utilización temeraria de este mecanismo constitucional.

Así, el artículo 25 de la citada norma establece: “*si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad.*”

En tanto que el parágrafo segundo del artículo 40 señala: “*el ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte del apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.*”

A su vez, el Código General del Proceso, en su artículo 81 prevé:

“Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior, la de pagar las costas del proceso, incidente o recurso y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe.”

Copia de lo pertinente se remitirá a la autoridad que corresponda con el fin de que adelante la investigación disciplinaria al abogado por faltas a la ética profesional.

CASO CONCRETO

Se afirma por el actor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ que celebró audiencia de conciliación en fecha 30 de junio de 2021 con la accionada AIDA MARIA ROJAS COLMENARES en la cual se pactó visitas con su menor hija y ésta última no ha accedido a cumplir con el régimen de visitas consagrado en acta de conciliación suscrita con la señora AIDA MARIA ROJAS COLMENARES, quien sostiene se ha rehusado cumplir con los compromisos establecidos en el acta de conciliación celebrada, específicamente en lo relacionado con el régimen de visitas y fechas especiales que la menor debe compartir con él, privándolo de sus derechos como padre, y a la menor de relacionarse con su padre y de su entorno familiar.

Afirmando que AIDA MARIA ROJAS COLMENARES incluso ha cambiado su lugar de residencia impidiendo así cualquier acercamiento con su hija V. S. PACHECO ROJA al desconocer la nueva dirección de residencia de éstas.

Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Tutela

Legitimación por activa.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, así como los de sus representados legalmente.

En esta oportunidad, el señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ actúa por intermedio de apoderado judicial actúa en defensa de su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, razón por la cual se encuentra legitimado para intervenir en esta causa.

3.2. Legitimación por pasiva.

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991⁶, *“Ja acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”*.

Atendiendo de que la accionada es una persona natural, es necesario determinar si se materializan los presupuestos de procedibilidad

De conformidad con el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y el numeral 4° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, los presupuestos para que la acción de tutela proceda contra particulares se dan (i) cuando está encargado de la prestación de un servicio público; (ii) cuando su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo y; **(iii) en aquellos eventos en los cuales el accionante se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente al particular accionado.**

De acuerdo con jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que la indefensión comporta una relación de dependencia originada en circunstancias de hecho,⁷ donde la persona *“(...) ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses.”*

Ha sostenido la Corte:

“3.1.2.1. En la mayoría de los casos, la ausencia de estas posibilidades jurídicas o fácticas se explica porque el particular demandado actúa en ejercicio de un derecho del que es titular; sin embargo, lo ejerce de una manera irrazonable o desproporcionada,^[31] lo que suscita la posición diferencial de poder y una desventaja cuyas consecuencias el otro particular afectado no está en capacidad de repeler. De suerte que, el eventual estado de indefensión en que se encuentre el peticionario ha de ser evaluado por el juez de tutela de cara a las circunstancias particulares que presenta el caso, examinando el grado de sujeción y su incidencia en los derechos fundamentales objeto de amenaza o vulneración.^[32]

3.1.3. Así las cosas, la Sala encuentra que las facultades propias que se derivan del ejercicio de la custodia y el cuidado personal, sitúan a la madre en una posición de evidente ventaja sobre el padre de los niños, puesto que ella, amparada en el mismo ordenamiento jurídico, puede decidir y disponer sobre los horarios, las actividades, el tiempo y la autonomía de aquellos.”

De acuerdo con lo anterior siguiendo lo afirmado por la mentada jurisprudencia, y en ese orden, se observa que, las conductas que se le atribuyen a AIDA MARIA ROJAS COLMENARES encaminadas según el accionante a impedir el acercamiento entre el padre de la menor hoy accionante y la niña, constituyen típicos ejemplos de lo anterior, como manifestaciones de la superioridad en el ejercicio del poder frente a la menor y evidenciándose esa posición diferencial que tornaría en principio procedente la acción de tutela en virtud del cumplimiento de tal requisito.

Inmediatez.

Ha sostenido la Corte Constitucional que no obstante la inmediatez que reclama la interposición de la acción de tutela, se ha reconocido que la aplicación de este presupuesto no es absoluta debido a la existencia de situaciones de excepción como las que se presentan cuando *“[...] se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual”*⁸.

⁶ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

⁷ T-115 de 2014

⁸ Sentencia T-792 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

En el presente caso se aduce por el actor que celebró audiencia de conciliación con la señora AIDA ROJAS COLMENARES y a la fecha se ha vulnerado el cumplimiento del acuerdo conciliatorio celebrado el día 30 de junio de 2021

Subsidiariedad. -

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha señalado que el respeto a los requisitos de *subsidiariedad* e *inmediatez*, como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, ha sido tradicionalmente una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de los derechos fundamentales, por vía excepcional. De hecho, de manera reiterada, esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y *subsidiario*⁹, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁰.

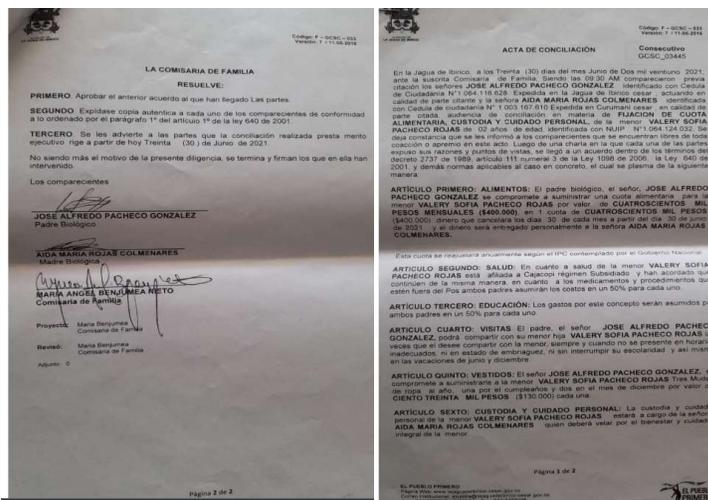
Los artículos 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991 establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: (i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado; (ii) que aun existiendo otros mecanismos judiciales, estos no resulten eficaces o idóneos para la protección del derecho, o (iii) que siendo estos medios de defensa judicial un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede establecerse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena e inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada caso.

En el presente caso, aduce el accionante JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ, que sostuvo una relación sentimental con la señora AIDA MARIA ROJAS COLMENARES producto de la cual nació la menor V. S. PACHECO ROJAS y al terminar esa relación, la custodia de la menor quedó en manos de su señora madre AIDA MARIA ROJAS COLMENARES, habiéndose conciliado con el señor padre, una cuota de manutención y un régimen de visitas y fechas especiales, de la cual aporta el acta.

Y posteriormente al establecerse con una nueva relación y un nuevo hogar la relación con la señora AIDA MARIA ROJAS COLMENARES se ha deteriorado, llegando a afectar los derechos que le asisten como padre tales como las visitas y el tiempo compartido con la menor lo cual ha desembocado en discusiones y un mal ambiente general respecto a los derechos y obligaciones, así como su papel en la crianza de su menor hija a pesar de existir un acta de conciliación que establece derechos y obligaciones de ambos padres.

Se allega Acta de conciliación suscrita por el accionante y la señora Aida Rojas Colmenares suscrita en la Comisaria de Familia de la Jagua de Ibirico, en materia de fijación de cuota alimentaria custodia y cuidado personal.



⁹ Sentencia T-827 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

¹⁰ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior; T-1670 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), SU-544 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), SU-1070 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-827 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-698 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) y C-1225 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

En asuntos de custodia o cuidados personales y reglamentación de visitas, tanto los jueces de familia¹¹ como los defensores y comisarios de familia¹² tienen competencia para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos en eventos en los que se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. En todo caso, compete al juez de familia en única instancia, la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, en cumplimiento de la Ley 1098 de 2016¹³.

Teniendo en cuenta los medios de defensa reseñados, judiciales y administrativos, en principio, el juez constitucional no tendría competencia para intervenir en temas propios de las autoridades de familia. Por esta razón, no sería la acción de tutela el mecanismo idóneo para discutir la reglamentación de visitas o solicitar su cumplimiento cuando ha sido decretada por un juez de familia, un defensor o un comisario de familia, a no ser que se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela es improcedente porque no se agotaron todos los medios de defensa judicial al alcance del accionante, resultando estos idóneos y eficaces

En el presente caso como se indicó líneas arriba el actor pretende se tutele el derecho fundamental de la menor V. S. PACHECO ROJAS a tener una familia y no ser separada de ella, y en ese sentido ORDENAR a la señora AIDA MARIA ROJAS COLMENARES someterse a los compromisos adquiridos en acta de conciliación firmada el 30 de Junio de 2021.

Aduce el actor que se le ha impedido ver a su menor hija afirmando que la madre de esta se ha cambiado de residencia y le impide verla, incumpliendo lo acordado.

Por su parte al contestar la acción de tutela de frente a las aseveraciones efectuadas por el actor, la accionada madre de la menor afirma que, el señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ, ha incumplido con sus obligaciones como padre, al no suministrar el 50% de los gastos escolares, los gastos médicos y vestuario de la menor.

Y en torno a la sustracción de la menor informa que en el mes de agosto se mudó a La Jagua, Cesar y se lo comunicó al señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ, lo que evidenció mi intención de que su hija mantuviera una relación constante con su padre pero el señor muy poco por no decir nunca compartía con su hija y pocas veces le llamo y le manifestó que le llevara a la niña a tal sitio en La Jagua y ella la llevaba, pero hay que entender y comprender que un niño en su etapa de formación está en una etapa de aprendizaje y cambios constante, son niños y por lo cual requieren de una atención y cuidado especial, el señor ACCIONANTE no comprendía, la niña al no compartir frecuentemente con el padre biológico obviamente iba perdiendo el afecto y era desaparegada a él al momento de verlo o las pocas veces que lo veía,

Que se había celebrado audiencia de conciliación en junio de 2021 y textualmente afirma : “ pero que en el mes de Noviembre de 2021, cuando el señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ, se llevó a la niña para La Jagua de Ibirico para compartir con ella por el motivo de su cumpleaños número tres (3), este fue el detonante y el problema que el señor no ha podido resolver conmigo de manera pacífica y madura, cuando compartió con ella después del cumpleaños, él se la entregó a mi madre en San Roque, Cesar, en ese momento yo estaba allá, pero la recibió mi madre, posteriormente me llamo a colocarme queja de la niña a decirme. “Que yo era una grosera y así llevaba la niña, que yo estaba mal criando a la niña, que la niña le decía lo que yo le enseñaba y le colocaba a decirle papi a mi esposo” además me manifestó a través de audios y chat de WhatsApp de manera altanera que: “la niña no tenía modales, que la niña lo hacía pasar pena, que el sí le había pegado porque él iba a corregir a su modo y manera a la niña, me gustara a mi o no”, en ese momento fue cuando caí en cuenta de las veces que la niña cuando llegaba de compartir con él me manifestaba “MAMI, PAPA JOSE, ME PEGA POR AQUÍ Y ME DUELE” yo en mi inocencia consideraba que de pronto eran cosas de la niña y que si el de pronto lo hacía no era de manera frecuente, fuerte

¹¹ El artículo 21 de la Ley 1564 de 2012 “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”, dispone: “COMPETENCIA DE LOS JUECES DE FAMILIA EN ÚNICA INSTANCIA. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: || [...] || 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios”. Conforme al artículo 390 numeral 3º, estos asuntos se tramitan por el proceso verbal sumario.

¹² Los artículos 82 y 86 de la Ley 1098 de 2016 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, establecen respectivamente, las funciones de los defensores de familia y los comisarios de familia, a quienes compete adelantar el procedimiento administrativo para el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. El artículo 100 ibíd., que señala el trámite de dicho procedimiento, dispone: “Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación. || Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia”. Y, en todo caso, conforme a lo señalado en el artículo 119 ibíd., compete al juez de familia en única instancia, la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, en los casos previstos en la Ley 1098 de 2016.

¹³ Artículo 119 de la Ley 1098 de 2006.

y grotesca, pero al escuchar en la llamada lo que me dijo y los audios que me envió vía WHATSAPP fue que me alarme, como madre y en protección de mi hija le manifesté que si el maltrataba a mi hija no le permitiría compartir con ella, que no tomara esas medidas, que existen otras maneras de corregir a los niños como el diálogo y que además la Ley tiene prohibido mediante ordenamiento el maltrato infantil, a lo cual el respondió que si le iba a pegar porque era su hija y el si la iba a criar y guiar a su manera.

Señor Juez enténdame como MADRE O PADRE QUE PUEDE SER, yo no iba a permitir que el ACCIONANTE siguiera tomando esas medidas agresivas en contra de mi hija para corregirla, lo hice en pro de sus derechos, como seres humanos considero que existen distintas maneras de corregir un niño, lo que sucede es que esta situación es el efecto de ser el ACCIONANTE un padre olvidado desde nuestra separación, porque no tuvo ese coraje y madurez para apartar nuestros problemas de separación y actuar como un padre, y no solo fallo y falla económicamente, sino afectiva y sentimentalmente, la COMISARIA DE FAMILIA DE LA JAGUA DE IBIRICO le recomendó tener paciencia y tranquilidad porque la niña no sentía ese apego y acercamiento con él, este señor pretende que mi hija (una niña) aprenda y actué como el manifiesta utilizando el maltrato infantil, por eso señor juez considero que NO LE ESTOY VULNERANDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A MI HIJA. El maltrato infantil, es un delito que está configurado en el código penal y que puedo hacer valer con los medios probatorios que tengo en mi red social WHATSAPP a través de los audios que el señor me ha enviado.”

Adicionalmente pone de presente que ha recibido insultos por parte de la actual pareja del accionante al momento de llamarlo para manifestarle sobre algún tema de la menor.

En el presente asunto se encuentra acreditado que en efecto se celebró audiencia de conciliación entre las partes relacionados con el régimen de custodia cuidado personal y visitas a la menor V. S. PACHECO ROJAS, entre los señores JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ y la señora AIDA MARIA ROJAS PACHECO, el día 30 de junio de 2021, lo cual se acredita con la respectiva acta de conciliación y con la afirmación emitida por la Comisaria de familia de la Jagua de Ibirico y lo sostenido por la accionada Aida Rojas Colmenares.

Ahora bien pretendiéndose por el actor que se ordene a la accionada AIDA ROJAS COLMENARES el cumplimiento del régimen de visitas acordado, en principio debe determinarse si existen medios judiciales idóneos y eficaces en orden a garantizar el cumplimiento del régimen de visitas acordado entre el señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ y la señora AIDA MARIA ROJAS PACHECO respecto de las visitas a la menor V. S. PACHECO ROJAS.

En ese orden, se tiene que conforme lo anotado líneas arriba que para efectos de proteger los derechos de los menores la ley prevé distintos medios consagrados en el C.G. del P. como es el proceso de reglamentación de visitas, el proceso de Custodia que se adelanta ante los jueces de familia, y las actuaciones de restablecimiento de derechos que pueden adelantarse conforme lo prevé el artículo 99 de la ley 1098 de 2006.

De acuerdo con lo expuesto, al efectuarse una conciliación y verificarse un incumplimiento vulnerándose derechos a un menor de edad, se puede acudir a iniciar la actuación administrativa de restablecimiento de derechos ante las autoridades señaladas en el artículo 99 de la ley 1098 de 2006 o código de infancia y de la adolescencia.

Véase que el artículo 99 de la citada norma prevé:

“ARTÍCULO 99. INICIACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1878 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> **El niño, la niña o adolescente, su representante legal, la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, o cualquier persona, podrá solicitar ante el Defensor o Comisario de Familia, o en su defecto el Inspector de Policía la protección de los derechos de aquel cuando se encuentren vulnerados o amenazados.**

Cuando del estado de verificación el Defensor o el Comisario de Familia o, en su defecto, el Inspector de Policía tengan conocimiento de la vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, dará apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, mediante auto contra el cual no procede recurso alguno.

En el auto de apertura de investigación se deberá ordenar:

1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo.

2. Las medidas de restablecimiento de derechos provisionales de urgencia que se requieran para la protección integral del niño, niña o adolescente.

3. Entrevista al niño, niña o adolescente en concordancia con los artículos 26 y 105 de este Código.

4. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente.

PARÁGRAFO 1o. Si la autoridad competente advierte la ocurrencia de un posible delito, deberá denunciarlo ante la autoridad penal competente de manera inmediata.

PARÁGRAFO 2o. En los casos de inobservancia de derechos, la autoridad administrativa competente deberá movilizar a las entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, dictando las órdenes específicas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera que se cumplan en un término no mayor a diez (10) días.

PARÁGRAFO 3o. En caso de conflicto de competencia entre autoridades administrativas, el proceso de restablecimiento de derechos deberá ser tramitado a prevención por la primera autoridad que tuvo conocimiento del asunto, hasta tanto el juez de familia resuelva el conflicto.

El juez de familia tendrá un término de quince (15) días para resolver el conflicto de competencia que se presente y en caso de no hacerlo incurrirá en causal de mala conducta.

En caso de declararse falta de competencia respecto de quien venía conociendo a prevención, lo actuado conservará plena validez, incluso la resolución que decida de fondo el proceso.”

A su vez también le asiste competencia en asuntos de custodia o cuidados personales y reglamentación de visitas a los jueces de familia en cumplimiento de la Ley 1098 de 2016¹⁴.

Por otra parte, la normatividad penal tipifica en su artículo 230A del Código Penal Colombiano, el delito denominado ejercicio arbitrario de custodia, contando el actor con este medio adicional al cual igualmente puede acudir el accionante en caso que en efecto la menor se encuentre sin posibilidad de ser encontrada,, ello ante la afirmación efectuada acerca de que la accionada se ha ocultado a efectos de impedirle ver a su menor hija.

Todos esos son medios eficaces e idóneos mas los primeros que el último, puesto que habiéndose llamado a la accionada se pudo lograr contacto con ésta y tal número llama la atención del despacho nos fue suministrado por el actor.

Ahora bien, en torno a determinar si el actor ha acudido a estos medios el despacho oficio a juzgados de familia en sus respuestas indican que no se ha iniciado ningún proceso. Es así que el Juzgado Primero de Familia de Valledupar informó:

“En atención a lo solicitado en el auto que admitió la tutela de la referencia me permito comunicarle que según informe de Secretaría, luego de realizada la búsqueda en siglo XXI, bases de datos, y libros radicadores con los que cuenta esta Dependencia Judicial, se pudo verificar que las partes involucradas en esta acción de tutela, no han tramitado ni cursa proceso alguno, sobre la Custodia y Cuidado Personal de la menor VALERY SOFIA PACHECO ROJAS, reglamentación de visitas o de revisión de las decisiones administrativas proferidas por autoridades tales como los Defensores y Comisarios de Familia, en cumplimiento de la Ley 1098 del 2006”

A su vez el Juzgado Segundo de Familia de Valledupar informó:

“Atendiendo requerimiento donde se encuentra vinculado el Juzgado Segundo de Familia de esta ciudad, entre otros, me permito informar que revisado cuidadosamente nuestros libros y el sistema de Justicia Siglo XXI, no existe proceso alguno donde los señores JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ y AIDA MARIA ROJAS COLMENARES, funjan como demandantes o demandados por concepto de Custodia, Cuidado Personal, Reglamentación de visitas o revisión de decisiones administrativas, proferidas por autoridades tales como defensores y comisarios de familia de la menor VSPR.”

Y el Juzgado Tercero de Familia manifestó:

¹⁴ Artículo 119 de la Ley 1098 de 2006.

“En cumplimiento a lo solicitado por auto de 10 de los cursantes, donde se vinculó a este Juzgado para que informara si se ha iniciado o cursa proceso alguno, sobre la Custodia y Cuidado Personal de la menor VALERY SOFÍA PACHECO ROJAS, reglamentación de visitas o revisión de las decisiones administrativas proferidas por autoridades tales como los defensores y comisarios de familia, se manifiesta lo siguiente: Al revisar cuidadosamente el sistema de Registro de Actuaciones, donde se radican las demandas y cualquier asunto que sea del resorte de este Juzgado, se verificó que no ha existido y tampoco en la actualidad se encuentra en trámite, proceso de Custodia y Cuidado Personal, Reglamentación de Visitas, o cualquier otro trámite administrativo donde estén implicados los padres de la menor VALERY SOFÍA PACHECO ROJAS, señores AIDA MARÍA ROJAS COLMENARES y JOSÉ ALFREDO PACHECO GONZÁLEZ.”

Por su parte la Comisaria de Familia de Valledupar manifestó:

“una vez revisando su historial del atención número #3631 de año 2021, por el señor JOSE ALFREDO PACHECO GONZALES, se pudo evidenciar el Acta de Conciliación de Fijación de Cuota Alimentaria, Custodia y Cuidado Personal con Consecutivo GCSC-03445, pero que dentro del respectivo historial no se registraron notificaciones ni manifestaciones de incumplimiento de parte de alguno de los firmantes de la respectiva acta, por lo tanto no se tiene conocimiento del incumplimiento del Artículo 4 estipulado en el Acta de Conciliación anteriormente Mencionada GCSC-03445.”

Conforme lo expuesto, se tiene que el actor cuenta con medios idóneos y eficaces para que se cumpla el acta de conciliación en la cual se fijaron alimentos, custodia y lo que el reclama a través de esta acción constitucional cual es la visitas, sin que demostrase que se hubieren agotados los mismos pues siquiera se ha acudido a la comisaria a exponer el incumplimiento y ante el desconocimiento del paradero de la menor tiene incluso la acción penal a la cual no se aduce haber acudido.

Se aduce por la actora que el padre ha incumplido algunas obligaciones alimentarias e incluso ha puesto de presente desacuerdos en las pautas de crianza, considera el despacho que tales asuntos han de ser ventilados ante las entidades competentes y adelantando los trámites señalados en la ley 1098 de 2006 y C.G. del P.

Tengase presente que la Corte Constitucional en sentencia T-523/92 diciendo: *"Solo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física a moral pueden los padres ser privados de este derecho. Así, se ha decidido que ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita, cuando aquella se debe al abandono del menor; mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor"*

Cada vez son más comunes las graves desavenencias entre los padres por la tenencia. Luchas desgarradoras que, lamentablemente, maltratan a los niños, niñas y adolescentes y les producen hondas heridas emocionales a todos los involucrados. No sobra advertir, que los padres son los llamados por naturaleza a definir como compartirán el tiempo con sus hijos. Los menores requieren la presencia permanente de ambos progenitores y necesitan crecer en un ambiente seguro y amable, en el que sus padres -más allá de sus diferencias- se reconozcan y respeten. En este sentido, nadie mejor que los padres para organizar la vida familiar.¹⁵

El padre que ejerce la custodia de los hijos en ningún caso tiene derecho a abusar del privilegio del que goza. Por el contrario, la custodia es una responsabilidad. Ella no implica un poder especial del padre hacia el hijo, representa, más bien, un compromiso que supone garantizar el bienestar del hijo para lo cual debe privilegiar el derecho del niño a tener contacto con su padre.

No basta con que alegue el supuesto daño que pueda implicar para el hijo el contacto con el otro progenitor. Si esgrime el interés superior del menor deberá demostrar plenamente que existe un riesgo de daño en el evento de que el niño entre en contacto con el otro padre.¹⁶

Ahora bien en torno al perjuicio irremediable en **sentencia T-808 de 2010**^[55], reiterada en la **T-956 de 2014**^[56], la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación

¹⁵ Modulo custodia y cuidado personal E.J.R.L.B.

¹⁶ Modulo Custodia y Cuidado Personal E.J.R.L.B.

probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser **impostergable** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

En el presente caso se celebró por el actor audiencia de conciliación el día 30 de junio de 2021 y solo se presenta acción de tutela hasta el 9 de junio de 2022 es decir casi un año después y solo se manifiesta que se han hecho requerimientos verbales, y manifiesta que se desconoce el paradero de la menor y de la accionada y aporta consignaciones través de EFECTY CON DESTINO A CENTRO COMERCIAL GUATAPURY, y con destino a Barrancabermeja, y no acredita una situación que amerite que en este momento se torne impostergable que el juez de tutela desplace a las entidades que consagra la ley 1098 para intervenir y adoptar un eventual restablecimiento de derechos a favor de la menor cuando se aduce por la madre que si bien cambio de su lugar de residencia ello fue informado al padre de la niña y luego de ello el padre la vió aportando una conversación que si bien es cierto muestra una desavenencia en torno a pautas de crianza si deja entrever que se tuvo contacto con la niña. A lo anterior se suma y se reitera que no se acredita que se hubiere efectuado ninguna actuación tendiente a hacer efectivo ese acuerdo de visitas que se pretende se haga cumplir a través de esta acción constitucional, y ante la alegada sustracción de la menor y el desconocimiento de su paradero no se acudio a los entes pertinentes, ante los cuales se pueden de ser necesario restablecer los derechos de la menor conforme lo preve el artículo 99 del Código de Infancia y Adolescencia, en un escenario en el cual se cuente con las pruebas necesarias para ello.

Sobre la justificación de la separación entre padres e hijos, la Corte Constitucional ha señalado, en sentencia T-408 de 1995:

"Sin embargo, para justificar la separación entre padres e hijos, no basta que el padre que tiene bajo su cuidado al menor, alegue el virtual daño que puede generar sobre su personalidad el contacto con el otro progenitor. El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella exige que cuando se esgrime el interés superior del menor, para exceptuarlo, se demuestre plenamente que este es real, independiente del criterio arbitrario de los padres, y necesario como garantía cierta del desarrollo sano de la personalidad del menor. En realidad, la regla general favorecerá siempre la relación permanente y estrecha de padres e hijos. La excepción a este principio está sometida, por lo tanto, a un estricto rigor probatorio, de modo que solo resulta admisible cuando el daño que sufriría el menor y su gravedad sean manifiestos y exhiban una intensidad que la haga razonable e indispensable."

La Corte ha indicado con mayor precisión las condiciones que deben cumplirse para que pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener una relación personal y directa. En sentencia T-412 de 2000 indico:

"Para que realmente pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del menor, es necesario que se reúnan, al menos, las siguientes cuatro condiciones: 1) en primer término, el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás, y por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, dada que el interés del menor se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio; 4) finalmente, debe demostrarse que la protección del interés alegado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo."

De manera que solo en casos extremos puede privarse al menor del contacto con uno de sus padres. La circunstancia de que uno de los progenitores tenga la custodia no lo autoriza para impedir el trato y la relación afectiva con el otro padre. El menor tiene derecho a una familia, lo que supone que, al Estado, por intermedio de sus funcionarios, corresponde garantizar que tenga contacto con ambos padres y evitar que uno de ellos, amparado en el supuesto interés del niño, impida el derecho constitucional del hijo a una familia, representada en el afecto y protección de ambos padres.¹⁷

¹⁷ E.J.R.L.B. Modulo Custodia y Cuidado Personal

Estima el despacho que en este caso no se acredita la gravedad e inminencia que exige la configuración del perjuicio irremediable y que torne procedente la intervención del Juez constitucional inmiscuyéndose en decisiones que pueden ser solucionadas por las entidades facultadas por la ley 1098 de 2006 en interés superior del menor, e inclusive de ser el caso por la jurisdicción penal.

Así las cosas, la acción de tutela es improcedente para ordenar a la señora AIDA ROJAS COLMENARES que cumpla el acuerdo conciliatorio y garantice el derecho de las visitas entre el accionante y la menor V. S. PACHECO ROJAS, por existir otros medios idóneos y eficaces a los cuales el señor JOSÉ ALFREDO PACHECO GONZÁLEZ. Puede acudir para solucionar esa controversia y no estar demostrado un perjuicio irremediable.

Ahora bien, en torno a la solicitud de que se declare que operó la temeridad atendiendo a que se ha demostrado examinado el escrito de tutela y la respuesta ofrecida por la accionada AIDA ROJAS COLMENARES, se procedió a verificar la información brindada respecto a la presentación de una acción de tutela del mismo accionante y por los mismos hechos, presentada en el JUZGADO PRIMISCO MUJICIPAL DE LA JAGUA DE IBIRICO – CESAR, con el radicado Nro. 20400408-9001-2022-00048-00. Anexada 18 del expediente digital.

Se tiene que, como pretensiones y derechos vulnerados entre los hechos de la tutela que se presenta en el JUZGADO PRIMISCO MUJICIPAL DE LA JAGUA DE IBIRICO – CESAR, y la que se presenta en este juzgado, existe una diferencia en el hecho segundo de la tutela del primero de los juzgados y el de este juzgado, así como en uno de la protección de uno de los derechos fundamentales que se persigue su ampare, pues en la primera de las tutelas, además del -Derecho a tener una Familia y a no ser separado de ella, mismo derecho que pretende empare también en esta tutela, también se solicita en la del otro juzgado, se le ampare el derecho Al Buen Nombre, a la Honra, y a la Dignidad Humana, y es ahí donde radica la diferencia, por tanto se considera que no existe temeridad.

Por las razones anteriormente expuestas en este despacho procederá a declarar improcedente la presente acción, al comprobar la existencia de cosa juzgada en el presente asunto.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, administrando justicia, en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO. - DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por JOSE ALFREDO PACHECO GONZALEZ a través de apoderado judicial en contra de AIDA MARIA ROJAS COLMENARES, por no agotarse el principio de la subsidiaridad, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de este fallo.

SEGUNDO. – Negar la temeridad solicitada en la presente Acción Constitucional, por lo expuesto en la parte considerativa de esa acción de tutela.

TERCERO. – NOTIFICAR este fallo a las partes intervinientes, por el medio más expedito (artículo 16 del Decreto 2591 de 1991).

CUARTO. – En caso de no ser impugnado este fallo, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIANA PATRICIA DIAZ MADERA
Juez