



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela No. 2020-0291
Sentencia Primera Instancia

Fecha: 12 de noviembre de 2020

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de primer grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación del solicitante: (Art. 29 Núm. 1 D. 2591/91):

Johan Eduardo Salamanca Suarez, identificado con C.C. No. 1.233.503.312, y Blanca Cecilia Suarez, identificada con C.C. No. 20.859.665, quienes actúan a través de apoderado.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Núm. 2 D. 2591/91):

La actuación es dirigida por los tutelantes contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.

Se vinculó a Yeimy Lorena Piza Ávila, Lucila del Carmen Ávila Ávila y Pascual Piza Pérez, Fiscalía General de la Nación - Fiscal 253 Seccional de Bogotá D.C., Centro Zonal De Bosa.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Núm. 3 D. 2591/91):

Los accionantes indican que se trata de la protección a los derechos a la familia e integridad, salud y educación en conexidad con el ejercicio arbitrario de la custodia y desacato a resolución judicial.

4.- Síntesis de la demanda:

a) *Hechos:* Indican los accionantes a través de su apoderado que, el 17 de enero de 2020, se suscribe acta de conciliación entre Yeimy Lorena Piza Avila, Blanca Cecilia Suarez



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

y Johan Eduardo Salamanca Suarez, en lo referente a la custodia del menor A.S.S.P. Acordaron entregarle la custodia del menor a la señora Blanca Cecilia Suarez (Abuela Paterna) y a Johan Eduardo Salamanca Suarez (progenitor). A su vez, se regularon las visitas, la cuota alimentaria, educación, salud y otros aspectos del menor.

El 4 de julio de 2020, la señorita Yeimy Lorena Piza Ávila, visita y lleva el fin de semana a su menor hijo, como lo venía haciendo desde enero de 2020. Sin embargo, llegado el domingo 5 de julio de la misma anualidad, a la hora de entrega del menor, no hace presencia. Por este motivo, se comunican telefónicamente con la madre, quien argumenta que no devolverá a su hijo.

Por dicho motivo, el padre del menor, Sr. Johan Eduardo Salamanca Suarez, se dirige a la comisaria de familia para solicitar de manera urgente el reintegro del menor, donde le manifiestan que debe dirigirse al CAI mas cercano. El CAI La Libertad, responde al llamado y se dirigen a la casa donde esta el menor. Al llegar al sitio le hacen los requerimientos a la señora Lorena Piza para la entrega del menor, pero se niega nuevamente.

El 7 de julio de 2020, se interpone denuncia a la señorita Yeimy Lorena Piza Ávila ante la fiscalía por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia. Con ocasión de esto, el Fiscal 253 Seccional, conmina al ICBF como el ente encargado del restablecimiento de la custodia del menor.

Una vez se ordena por la Fiscalía la entrega del menor por intermedio del ICBF, se hace una serie de llamados a la institución para que brinde las herramientas necesarias para el reintegro de la custodia del menor, cosas que hasta la actualidad ha sido imposible, por cuanto no los atienden de manera adecuada, ni hay respuesta.

El 6 de octubre de 2020, los accionantes al acceder a la atención presencial en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, presentan una solicitud con radicado 140127766. La cual a la fecha no ha tenido respuesta.

- b) *Petición:* Se conmine al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a brindar las herramientas para que se restablezca el derecho de custodia de manera urgente e



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

inmediata a la señora Blanca Cecilia Suarez (Abuela Paterna) y a Johan Eduardo Salamanca Suarez (progenitor), del menor A.S.S.S.

Solicitar al ICBF, se regulen de nuevo las visitas del menor frente a su progenitora, brindándole las garantías al padre y abuela. Se determinen a su vez, las medidas a tomar frente a los punibles enunciados en cuanto al ejercicio arbitrario de la custodia y desacato a resolución judicial.

5- Informes: (Art. 19 D.2591/91)

a) Fiscal 253 Seccional - Ricardo Francisco Quiñones Hernández

Informó que, una vez revisado el Spoa (sistema de información de la Fiscalía) se tiene registro que se dio inicio a la denuncia radicada bajo el CUI No 110016199060202000885, siendo denunciante el señor Johan Eduardo Salamanca Suarez, denunciada Yeimy Lorena Piza Ávila, por el delito de Ejercicio Arbitrario tipificado en el artículo 230 A del C.P., con fecha de asignación del 07 de julio de 2020.

A su vez, verificada la actuación se establece que se encuentra en etapa de indagación, conforme a los artículos 205 y s.s. de la ley 906 del 2004, en desarrollo del programa metodológico, de acuerdo con los hechos denunciados por el señor Johan Eduardo Salamanca. Por lo que, en cumplimiento a los fines del proceso penal, se impartió orden a la policía judicial que data del 04 de agosto de 2020, la cual fue asignada por esta delegada, al investigador de policía judicial Leonardo Andrés Granados de la Sijin Mebog, a fin de que amplié la entrevista al denunciante, para establecer la existencia o no del delito, quien o quienes son los autores, coautores o partícipes, la modalidad del delito, y aporte elementos materiales probatorios y evidencia física entre otras, con el objeto de dar impulso procesal a la acción penal.

El 19 de octubre del presente año, se recibe informe de investigador de campo, donde le dan cumplimiento a la orden de policía judicial. Se observa dentro del plenario que la custodia es asignada en forma provisional por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a los accionantes, pero no está acreditado que hayan iniciado la acción ante el señor Juez de Familia, quien mediante un fallo judicial deberá decidir en forma definitiva



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

sobre la custodia y patria potestad, la cual en este momento se encuentra en cabeza del padre y madre.

Por lo anterior, ese Despacho libra orden al investigador asignado Leonardo Andrés Granados, de la SIJIN de la Policía Nacional, con el fin de escuchar en interrogatorio de parte a Yeimi Lorena Piza Avila, en entrevista a Lucila Del Carmen Avila y Pascual Piza. De igual manera con fecha 11 de agosto de 2020 se ofició al ICBF centro zonal Bosa, con el fin de que se verifique si se están vulnerando los derechos al menor, y en caso positivo se restablezcan sus derechos.

b) Comisaria Séptima de Familia de Bosa 2

Manifestó frente a los hechos que no le constan, teniendo en cuenta que dentro de esta Comisaria Séptima de Familia de Bosa II, no cursa ni curso solicitud de Conciliación de alimentos, visitas ni custodia respecto de la NNA A.S.S.P.; adicionalmente; con respecto al hecho 4° de la tutela, no indica el apoderado de los tutelantes, en qué fecha y hora solicitó apoyo de la Comisaria para efectos de reintegrar la NNA a su lugar de habitación con quienes ostentan la custodia.

No aparece en la bitácora de ese despacho, que los accionantes hayan solicitado servicio. Por otro lado, vale la pena señalar que ante ese despacho cursó, la Medida de Protección No.405-2020, cuyo accionante es el señor Johan Eduardo Salamanca Suarez y accionado la señora Yeimi Lorena Piza Avila, que en audiencia celebrada el 22 de julio de 2020, se resolvió declarar no probados los hechos de violencia intrafamiliar denunciados.

Solicita la desvinculación en la Acción de Tutela objeto de estudio, por encontrarse ajena esa Comisaria Séptima de Familia de Bosa, tanto a los hechos como las pretensiones de la parte tutelante.

c) Yeimy Lorena Piza Ávila, Lucila Del Carmen Ávila Ávila y Pascual Piza Pérez.

Manifiestan los vinculados a través de apoderado que, sin bien el 17 de enero de 2020, se suscribió acta de conciliación extrajudicial en las instalaciones del ICBF Regional Bosa, en esta se acordó que la custodia del menor A.S.S.P., quedaría al cuidado del progenitor y



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

padre Johan Eduardo Salamanca Suarez, por un tiempo, mientras la madre Yeimy Lorena Piza Ávila, cumplía la mayoría de edad y culminaba los estudios de bachillerato, los cuales adelantaba en la jornada nocturna (situación que ya se cumplió). La madre del menor cumplió su mayoría de edad el 1 de julio de 2020.

Señalan que es importante que el ICBF y la Fiscalía tengan conocimiento de los hechos que han enmarcado la difícil situación de violencia que ha tenido que soportar la madre en representación de su hijo, y su núcleo familiar, Lucila del Carmen Ávila Ávila y Pascual Piza Pérez, por parte de los aquí accionantes.

Indican que a raíz de diversos problemas de violencia intrafamiliar siendo a un menor de edad Yeimy Lorena Piza Ávila, ya que procrearon al menor cuando ella tenía 14 años, y en representación suya la señora Lucila del Carmen Ávila Ávila, solicitaron el 20 de noviembre de 2017, audiencia de conciliación con el señor Johan Eduardo Salamanca Suarez. En esta se acordó que la custodia del menor quedaría a cargo de su progenitora y madre, por su parte el padre se comprometía a cancelar la suma de \$187.000, por concepto de alimentos del menor, mas lo correspondiente a vestuario, recreación y visitas. Acuerdo que se rehusó a cumplir de forma completa, por lo que fue necesario interponer ante la Fiscalía denuncia por incumplimiento en la cuota de alimentos, la cual aun se encuentra vigente y sin resolver.

Indica que no es un capricho, un acto arbitrario o contrario a la ley la negativa de entrega del menor, habida cuenta que es un secreto a voces la situación que ha tenido que vivir la señorita Yeimy Lorena Piza Ávila y su hijo, pues cada vez que se dirige a recoger a su menor hijo, es abusada sexualmente y obligada a los más viles vejámenes por parte del señor Johan Eduardo Salamanca Suarez. Para lo cual solicita especial observancia en la noticia criminal SPOA No. 110016101599202080436, Fiscalía 194 seccional Unidad Violencia Sexual, en la cual es denunciante la madre del menor, donde señala que cuando debía recoger a su menor hijo, era obligada a tener relaciones sexuales vaginales, anales y orales y si no accedía era agredida físicamente.

Precisa que ya se interpuso demanda de custodia, regulación de cuota de alimentos, visitas y cuidado personal ante el Juzgado 4 de Familia de Bogotá, con radicado 2020 – 0370, del cual fue notificado el señor Johan Eduardo Salamanca Suarez, por correo electrónico el 29



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

de septiembre de 2020. El cual, al ser enterado de la demanda civil, de manera arbitraria y temeraria, puso solicitud de restablecimiento de derechos ante el ICBF. A su vez, de manera agresiva la señora Blanca Cecilia Suarez, se presentó en la residencia del menor el 30 de septiembre de 2020, en compañía de su abogado y un agente de policía, solicitando la entrega inmediata del menor a través de una boleta de comunicación que no era posible verificar, pues se dedicaron a lanzar amenazas en contra de la madre y abuelos paternos del menor.

Solicita se niegue el amparo invocado, se suspenda la solicitud de restablecimiento de derechos ante el ICBF, se tenga como pleito pendiente la demanda presentada por la madre del menor. Se ordene el cese de todas las amenazas, hostigamientos y agresiones adelantadas por los accionantes y de ser necesario la custodia definitiva del menor a favor de la señorita Yeimy Lorena Piza Ávila.

d) Defensor de Familia Centro Zonal Bosa

Informó respecto de los derechos fundamentales alegados por el accionante a la familia, integridad, salud y educación que era pertinente mencionar que, en verificación de derechos que se realizara el día 17 de enero del 2020 ante su Despacho se evidenció por parte del equipo técnico interdisciplinario en los términos del art. 1 de la ley 1878 del 2018 que el NNA contaba con estos derechos garantizados; es así como, contaba con afiliación a salud en la EPS MEDIMAS, respecto al derecho a la educación a la fecha de la conciliación, el niño tenía la edad de 2 años de edad y en los términos de la ley 115 de 1994 este derecho resulta obligatorio entre los 5 y 15 años de edad de conformidad al art. 17, respecto a la familia de acuerdo a lo que esgrime el accionante el niño se encuentra bajo el cuidado de su progenitora.

Manifiesto que el día 20 de agosto del 2020 por parte de psicología en petición SIM 1761971283 se realizaron acciones de verificación de derechos que evidenciaba que el NNA continuaba con los derechos antes aludidos garantizados. El mismo día, mediante petición SIM 1761971389 el mismo funcionario en acciones para verificación de derechos reitera nuevamente el concepto de garantía de derechos respecto de los aquí accionados



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Las peticiones aquí relacionadas se encuentran abiertas a cargo de un Defensor de Familia diferente, por lo que las mismas deben seguir su curso; sin embargo, los progenitores abren una nueva petición posteriormente la 140127766 (30 de septiembre del 2020), por los mismos hechos por lo que se cierra esta y continúan las dos anteriores.

Considera pertinente advertir que no se pueden adelantar tres procesos de manera concomitante por los mismos hechos y mucho menos cuando la competencia se encuentra a cargo del Juzgado 4 de Familia de Bogotá radicado 11001311000420200037000 hecho que conoce el accionante pues según la progenitora fue notificado el día 29 de septiembre del 2019.

Como se evidencia, los progenitores han abierto 4 procesos entre administrativos y judiciales a efectos de dirimir un mismo conflicto, a la fecha 3 de ellos se encuentran activos dos administrativos a cargo del centro zonal ICBF Bosa SIM 1761971283 (26 de junio del 2020) y 1761971389 (26 de junio del 2020) y uno judicial el 11001311000420200037000 (11 de septiembre del 2020). Aclara que la petición sim se rige por la ley 1878 del 2018 y no por la 1755 del 2015 como lo deja entrever el accionante y que a la fecha el centro zonal Bosa tiene 856 peticiones sim por verificar entre ellas las del accionante y que las mismas vienen siendo atendidas de conformidad al orden de llegada.

Aduce que, los derechos alegados en conexidad son acciones judiciales que se adelantan ante la jurisdicción y no como lo pretende el actor un derecho fundamental. Es así como vale la pena evidenciar que, frente al ejercicio arbitrario de custodia, el ICBF a través del Defensor de Familia no tiene competencia respecto de este delito consagrado en el art. 230^a del Código Penal, las autoridades encargadas de la Investigación son la Fiscalía General de la Nación y del juzgamiento son los jueces de la República por lo que no podrá vincularse al ICBF respecto de esta acción pues no resulta ser de su competencia.

Fraude a resolución judicial o administrativa de policía, el ICBF de igual forma, no tiene competencia respecto a esta situación; sin embargo considera pertinente mencionar que la Conciliación no es una resolución judicial o administrativa de policía, la conciliación funge como un acuerdo de voluntades, acuerdo que fuera suscrito por las partes el día 17 de enero



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

del 2020, valga la pena anotar que la otrora adolescente fue debidamente representada por sus progenitores como consta en el documento de conciliación.

Respecto de la competencia del Defensor de familia en el presente asunto, la progenitora en escrito de fecha 2 de octubre del 2020 manifiesta mediante radicado No. 202034008000440072 que radico demanda de Custodia, alimentos y visitas en el Juzgado cuarto de familia radicado N. 2020-0370 por lo que la competencia para dirimir este conflicto la tiene a cargo ese Juzgado y no los Defensores de Familia adscritos al Centro Zonal Bosa, por lo que cualquier situación devenida frente al conflicto objeto de definición judicial como lo es el de custodia debe elevarse ante la jurisdicción de familia; bien sea porque no se cumple con lo acordado en la conciliación para lo cual deberá iniciarse según sea el caso incumplimiento de la custodia (ejecutivo por obligación de hacer) y/o por el incumplimiento de la cuota alimentaria (ejecutivo de alimentos) ó por una nueva definición de Custodia como lo es del caso (art. 21 CGP Núm. 3) proceso 11001311000420200037000.

Solicita declarar improcedente la acción de tutela deprecada por el accionante por no verse surtido el requisito de subsidiariedad necesario, ya que como quedo evidenciado el accionante tiene vías procesales que no ha agotado. Negar la presente acción de tutela por no encontrarse los derechos fundamentales alegados violados por el ICBF pues nótese el niño a la fecha vive con su progenitora, tiene afiliación en salud en la EPS MEDIMAS, no se acreditaron circunstancias que atenten en contra de su integridad personal, respecto al derecho a la educación de conformidad a la ley 115 del 1994 no se hace exigible la obligación legal. No debe olvidarse que cualquier medida cautelar o innominada deberá pedirse al Juez de familia en los términos del art. 598 Núm. 5 Lit. f) del CGP. Respecto de las acciones judiciales ejercicio arbitrario de la custodia y/o fraude a resolución judicial o administrativa de policía desvincúlese a la entidad por falta de competencia.

6.- Pruebas:

Las documentales existentes en el proceso.

7.- Problema jurídico:



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

¿Existe vulneración a los derechos de los accionantes y del menor A.S.S.P., por cuenta de la entidad convocada?

8.- Fundamentos de derecho:

a.- Fundamentos de derecho: Preciso la Corte Constitucional en sentencia T – 384 de 2018, en referencia al ejercicio de la custodia y cuidado personal de los hijos desde el interés superior de los niños, niñas y adolescentes:

“... 4. El ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atiende el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como el derecho a tener una familia y no ser separados de ella. La custodia compartida y la custodia monoparental

4.1. Los artículos 5 y 42 de la Constitución consagran que la familia, en sus diversas formas de constituirse, es el núcleo fundamental de la sociedad y por ello corresponde tanto al Estado como a la sociedad ampararla y garantizar su protección integral. Las relaciones paterno-filiales, matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivas se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos los integrantes de la familia. De allí que si bien el texto superior consagra el derecho a la autodeterminación reproductiva como una facultad para decidir libre y responsablemente el número de hijos, también impone el deber a los padres de sostener y educar a los hijos mientras sean menores de edad o impedidos. De tal forma que, corresponde a la ley definir los lineamientos de la progenitura responsable (art. 42 inc 8° de la C.P.), siempre teniendo como horizonte constitucional los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, en especial los derechos a tener una familia y no ser separados de ella, a la educación, al cuidado y al amor (art. 44 superior).

De hecho, la consagración de la igualdad entre los integrantes de la familia, y en particular de los miembros de la pareja -entre ellos mismos y frente a sus derechos y deberes como padres-, se encuentra ligada en Colombia a las progresivas reformas al Código Civil y a las nuevas leyes que reconocieron a la mujer las mismas prerrogativas que antes correspondían únicamente al hombre y padre de familia.

Así, la expedición del Decreto 2820 de 1974 “[p]or el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones” fijó la potestad parental en cabeza de ambos padres y, por ende, la igualdad de derechos y deberes sobre los hijos no emancipados, instituyendo disposiciones que promueven la dirección conjunta del hogar y del sostenimiento de la familia. También el Decreto 772 de 1975 introdujo modificaciones al Código Civil estableciendo que ambos padres debían encargarse conjuntamente de la crianza y la educación de sus hijos. Otras normas más recientes como la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, establecen en cabeza de ambos padres por igual la responsabilidad sobre sus hijos y el cumplimiento de los deberes paterno-filiales.

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



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

...

4.3. Ahora bien, el deber de custodia y cuidado personal de ambos padres frente a los hijos menores, además de responder a los lineamientos de la progenitura responsable y a la igualdad de derechos y obligaciones entre los progenitores, se justifica prevalentemente desde la perspectiva constitucional en el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, y en el derecho que tienen a la unidad familiar.

4.4. De acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos de especial protección, mandato que se manifiesta, entre otros aspectos, en el carácter fundamental y prevalente que se reconoce a sus derechos (art. 44 de la Constitución), buscando con ello asegurarles un proceso de formación y desarrollo integral, en condiciones óptimas y adecuadas. A partir de lo anterior, se ha consagrado el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que permitió variar la concepción del menor como objeto de protección, a la actual visión de sujeto titular de derechos prevalentes[66]. Para establecer en el ámbito interno dicho principio, se han fijado ciertos criterios que permiten determinarlo, como a continuación se pasa a explicar (....)

4.4.3. Con esos fundamentos normativos y hermenéuticos, el principio del interés superior del menor, del cual se ha ocupado en numerosas oportunidades la jurisprudencia constitucional, implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral[71]. Así, esta Corporación ha reconocido que “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formar reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: 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”[72]. Por consiguiente, en los casos relacionados con los niños, niñas y adolescentes, las autoridades están investidas de un margen de discrecionalidad importante, que siempre debe privilegiar los derechos de éstos.

Particularmente, en la sentencia T-510 de 2003[73], esta Corte realizó un esfuerzo por sistematizar el principio del interés superior del menor y fijó dos parámetros para identificar cuándo puede verse involucrado dicho principio y con base en ellos orientar el análisis y resolución de casos puntuales, a saber: (i) las condiciones jurídicas; y, (ii) las condiciones fácticas.

En tratándose de las condiciones jurídicas que caracterizan el interés superior del menor, estas se refieren a las pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio pro infans). Algunas de estas son las siguientes:

“- Garantía del desarrollo integral del menor. El artículo 44 de la Constitución asigna a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. El desarrollo es armónico cuando comprende las diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es integral cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas[74].

- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Como se mencionó, los derechos de los menores son, además de los derechos de toda persona, aquellos específicamente consagrados en el artículo 44 superior (vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión). De esta manera, el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- *Protección ante riesgos prohibidos. Es obligación del Estado, pero también de la familia y de la sociedad, proteger a los menores “frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”[75], lo que guarda plena correspondencia con el artículo 44 superior, en tanto exige la protección a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.*

- *Equilibrio con los derechos de los padres. Es importante anotar que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores “no significa que sus derechos sean absolutos o excluyentes”[76], sino que debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, en especial con sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza, de modo que solo ante un conflicto irresoluble entre los derechos y unos y otros la solución debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.*

- *Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Sobre el particular la Corte ha explicado que para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, “se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección”[77].*

- *Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales. En este punto cabe añadir que la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones filiales debe estar precedida de motivos suficientes, que vayan más allá, por ejemplo, de las condiciones económicas en las que se desenvuelve un menor, en especial cuando se trata de separar los vínculos entre unos y otros.” [78]*

En cuanto a las condiciones fácticas, son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado. Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares “la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión”[79]. Por ejemplo, esta Corporación ha advertido que “en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado”[80].

Los anteriores parámetros jurídicos y fácticos permiten a las autoridades administrativas y judiciales determinar cuál es la solución que mejor satisface los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la preservación del bienestar integral que les asiste. De allí que los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos.

4.4.4. Tan importante ha sido el alcance dado en el derecho internacional y en la jurisprudencia de esta Corporación al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, que fue recogido en el derecho interno por el Código de la Infancia y la Adolescencia como principio rector. Concretamente, los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 1098 de 2006 establecen la protección integral a los niños, niñas y adolescentes, así como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos de los menores bajo las características de ser universales, prevalentes e interdependientes. Justamente, esa condición de prevalencia de sus derechos impone como deber a las autoridades administrativas, judiciales o de cualquier naturaleza, que adopten las decisiones o medidas pertinentes atendiendo de la mejor forma los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al punto que si existe algún conflicto con los derechos fundamentales de cualquier otra persona o con una disposición legal o administrativa, los derechos



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

de aquellos sean preferentes y se aplique la norma que resulte más favorable al interés superior de los menores.

4.4.5. En este orden de ideas, el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes se erige en definitiva como una norma de amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vinculante para Colombia. Representa un importante parámetro de interpretación para la solución de controversias en las que se puedan ver comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes. En su análisis es preciso tomar en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas para optar por aquella decisión que, en mejor medida, garantice sus derechos e intereses con miras a su desarrollo armónico e integral. De allí que este principio debe ser el faro iluminador al momento de evaluar los temas relacionados con la custodia y el cuidado personal que los padres ejercen respecto de los hijos menores de edad o impedidos, sabiendo de antemano que a los padres les asiste esa obligación común derivada de la progenitura responsable y que corresponde a ellos mismo, al igual que a las autoridades administrativas y judiciales, de velar porque a los niños, niñas y adolescentes se les garantice de forma prevalente sus derechos. Es decir, en todo caso se debe dar aplicación directa a la regla pro infans que propende por el bienestar integral y armónico de los menores de edad.

4.5. Pues bien, el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos en el marco de la progenitura responsable, no se relaciona solo desde el enfoque constitucional con el interés superior del menor, sino que también encuentra un cimiento importante en el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella, que se concreta en su derecho a recibir amor y cuidado de la familia, por excelencia de sus padres, para poder desarrollarse en forma plena y en un espacio de comprensión.

4.5.1. La familia, al ser el núcleo fundamental de la sociedad según establece el artículo 42 de la Constitución Política, es el ámbito más próximo de los niños, las niñas y los adolescentes, por lo tanto, en el seno de la familia es donde los menores deben encontrar la protección que necesitan y las condiciones necesarias para su adecuado crecimiento y desarrollo integral.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella sin duda va más allá de la mera obligación de los padres de sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos, ya que trasciende a un nivel de distintas manifestaciones como el recíproco afecto, el continuo trato, la permanente comunicación, el ejemplo de vida y de dirección, es decir, genera una conexión directa con el cuidado y el amor. Tan así resulta lo anterior, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “el niño tiene derecho a que sus padres obren como tales, a pesar de las diversas circunstancias y contingencias que puedan afectar su relación como pareja. La ruptura del vínculo entre los padres no disminuye ni anula de ninguna manera sus deberes para con los hijos ni su correspondiente responsabilidad”[81].

4.5.2. Tan fuerte es el reconocimiento de este derecho en favor de los niños, niñas y adolescentes, que el ordenamiento constitucional, los diferentes tratados internacionales que obligan a Colombia y los desarrollos legales internos en materia de infancia y adolescencia promueven la unidad familiar en tanto resulta ser piedra angular para el desarrollo social y el bienestar de los menores. Así, el artículo 44 superior reconoce expresamente como derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes el tener una familia y no ser separados de ella, a su vez que el Código de la Infancia y la Adolescencia establece en el artículo 22 que tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella; por consiguiente, los niños, niñas y adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos. (...)

De la anterior normatividad se desprenden tres elementos esenciales: (i) que los niños, niñas y adolescentes deben permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior; (ii) que los hijos menores de edad tienen derecho a que ambos padres los cuiden y a mantener relaciones



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

personales y contacto directo con ellos; y, (iii) que todas las medidas deben estar orientadas a conservar el espacio de comprensión y armonía que la familia le brinda al niño, lo cual significa por regla general conservar el lazo de cuidado y de amor por parte de ambos padres.

4.5.3. Ahora bien, no escapa a la realidad socio-cultural que uno de los eventos más traumáticos para los miembros de una familia es su separación, en especial cuando existen hijos menores de edad quienes por su escasa madurez emocional terminan siendo los más perjudicados con la ruptura de la pareja que conformaban sus padres. Justamente, derivado de los procesos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos de sus padres u otros procesos similares, a los niños, niñas y adolescentes no debería trasladárseles la carga traumática que representa la terminación del vínculo familiar, sino que los padres -en primera medida- y las autoridades competentes deben propender por garantizar su estabilidad física, mental y psicológica a partir de un entendimiento civilizado que permita definir de manera prevalente la custodia y el cuidado personal de los menores hijos en beneficio del derecho fundamental que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella, bien sea porque se trate de una decisión que se deba asumir en el marco de aquellos procesos en mención, o en el trámite sumario que pretenda definir la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados.

Los niños, niñas y adolescentes no pueden ser tratados como trofeos de la contienda personal y patrimonial que exista entre sus padres; por el contrario, se les deben brindar las garantías para que, a pesar de la ruptura sentimental de sus padres, puedan crecer en un ambiente donde adquiera relevancia la progenitura responsable con la intervención de ambos padres de ser posible, en procura de lograr el desarrollo armónico e integral de los niños, su estabilidad, su seguridad y el afianzamiento del sentimiento de valoración a través de la familia.

Aún cuando los padres estén separados por diversas razones, la convivencia familiar con los hijos se debe garantizar en la medida que responda al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pues el divorcio, la nulidad del matrimonio, la separación de cuerpos de los padres o la finalización de la unión marital de hecho, no afecta el estatus y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en tanto la relación filial permanece y con ello los deberes y las obligaciones que se adscriben a los progenitores.

4.6. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional cuando se ha referido al tema de custodia y cuidado personal de los hijos no emancipados, ha enfocado sus decisiones a la satisfacción de los principios del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y al derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella, sin dejar de lado las obligaciones que la progenitura responsable le impone a los padres.

4.6.1. Por ejemplo, en control abstracto de constitucionalidad, esta Corporación en la sentencia C-239 de 2014[87] señaló que (i) “la custodia puede ser compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, y el cuidado personal del niño corresponde tanto a sus padres como a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiares, social o institucional, o sus representantes, como lo prevé el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia. (...) Ni la custodia ni el cuidado personal del niño se otorga a los padres o las personas que conviven con él en los antedichos ámbitos en su provecho personal, sino en el interés superior del niño”[88]; (ii) la decisión de los progenitores de separarse no implica ni puede implicar la ruptura de la convivencia del niño con sus padres y familiares, pues el niño tiene el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella; (iii) la ruptura de la convivencia diaria, dada por las circunstancias de que los padres ya no viven juntos, hace necesario adoptar una decisión sobre el lugar de residencia del niño, que debe tomarse y justificarse sobre la base del interés superior del niño. Esta decisión debería ser tomada por los padres, pero a falta de acuerdo entre ellos, le corresponde intervenir al Estado para tomarla; (iv) la finalidad de la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados implica una responsabilidad permanente en el tiempo del padre con el que convive el menor, mientras que la finalidad del régimen de visitas es generar un mayor acercamiento entre padre e hijo para que esa



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

relación no sea desnaturalizada; y, (v) al ser la separación un evento de difícil asimilación para los padres, “éstos pueden llegar a omitir dicho interés [superior de los niños] y, por tanto, a olvidar su responsabilidad como padres, para asumir que sus hijos son un ‘instrumento de manipulación y destrucción recíproca’, con lo que se producen graves daños al niño y a sus derechos”[89].

En ese contexto, la mencionada sentencia explicó que (vi) “en algunos eventos se puede decidir que la custodia será compartida por ambos padres, y en otros, se puede decidir que a uno de ellos le corresponde la custodia personal y al otro las visitas”[90]; y que, (vii) la decisión sobre el custodia y el cuidado personal del niño definida por los padres corresponde a un acto generoso y responsable al pensar en lo mejor para el hijo, pero cuando ello no es posible la decisión es el resultado de un proceso administrativo y de un proceso judicial.

En igual sentido, la sentencia C-569 de 2016[91] al referirse al marco normativo aplicable a la custodia de los hijos menores de edad, precisó que la custodia y el cuidado personal de éstos puede ser conciliada y compartida por los padres con fundamento en el interés superior de los niños y en el artículo 23 del Código de la Infancia y de la Adolescencia. No obstante, si no existe acuerdo entre las partes, debe ser definido por las autoridades administrativas y judiciales siempre orientado por el principio del interés superior del niño analizando las condiciones fácticas a partir de las pruebas existentes.

4.6.2. Por otra parte, en control concreto de constitucionalidad, en la sentencia T-442 de 1994[92], la Sala Segunda de Revisión analizó una acción de tutela que fue formulada por el abuelo materno de un menor contra un juzgado de familia que concedió la custodia del niño a los padres, quienes jamás habían asumido la progenitura responsable y generaban desbalance emocional en el hijo, según reportaban las pruebas recaudadas. En esa oportunidad, la Corte señaló que el interés superior de los niños y la opinión de éstos deben ser tenidos en cuenta en los eventos en que se presenten disputas entre quienes pretenden su custodia y cuidados personales.

Así, enunció algunas reglas indicativas aplicables a los casos en que sea necesario definir conflictos entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de los familiares que discuten y controvierten jurídicamente su custodia y cuidado personal, las cuales se resumen de la siguiente forma: (i) para otorgar la custodia y el cuidado del menor no se puede operar de manera automática y mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente; (ii) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado; (iii) la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente; y, (iv) las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

Aplicando las anteriores reglas al caso que en aquella ocasión se analizaba, la Sala Segunda de Revisión concluyó que el juez de familia había ignorado la realidad probatoria objetiva que mostraba el proceso, por cuanto al asignar la custodia del niño a los padres “le creó una situación de angustia, inestabilidad e indiferencia, que viola sus derechos constitucionales fundamentales”, máxime cuando los conceptos científicos allegados al proceso revelaban que el niño tenía un fuerte lazo de afecto por sus abuelos maternos y que identificaba a la tía materna como mamá, con quienes manifestó querer permanecer en familia. De esa forma, confirmó la decisión del juez de primera instancia constitucional, que había concedido el amparo tutelar.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

De forma más reciente, en la sentencia T-311 de 2017[93], la Sala Tercera de Revisión consideró que frente a la inexistencia de un modelo único y a la recomposición del concepto de familia se presentan nuevos retos para la sociedad, el Estado y los padres en relación con sus hijos. Según reconoció en esa oportunidad la Corte, entre los desafíos más significativos se encuentra el hecho de que en la ruptura del vínculo afectivo entre los padres se deba velar porque los niños, niñas y adolescentes conserven las relaciones con los dos progenitores, en igualdad de condiciones, a través de la custodia y el cuidado personal. En ese sentido, recordó que la Observación General No. 17 del Comité de los Derechos Humanos, indicó que “[e]n caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres”[94]. No obstante, ello debe complementarse con la Observación General No. 7 del Comité de los Derechos de los Niños, la cual precisó que para la realización de los derechos de los niños en la primera infancia se debían respetar las funciones parentales y la supremacía de los padres, circunstancia que implica reconocer que ellos tienen la obligación primordial de promover el desarrollo y el bienestar del niño, lo cual lleva consigo la obligación de no separar a los niños de sus padres en la medida en que las circunstancias fácticas lo permitan. En consecuencia, los dos padres tienen obligaciones comunes con la crianza y el desarrollo del niño, lo cual lleva implícito el reconocimiento de que los padres y las madres deben cuidar a sus hijos en pie de igualdad[95].

También en la sentencia T-587 de 2017[96], la Sala Octava de Revisión de Tutelas decantó dos lineamientos relevantes que deben tener en cuenta las autoridades judiciales al momento de resolver asuntos relacionados con la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados cuando los padres se encuentran separados: (i) determinó que en este tipo de procesos sumarios los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser escuchados, de tal forma que su opinión debe ser analizada por el juez de familia; y, (ii) estableció que no existen roles absolutos en la crianza de los menores de edad por cuanto esa idea ha mutado en el estado actual de las relaciones familiares. Si bien en la concepción tradicional de género, “solo las mujeres adultas son aptas para guardar y cuidar a las niñas, mientras los hombres, tienen vedada la custodia exclusivamente por su condición natural masculina”, lo cierto es que esa visión estereotipada del papel del género en la familia se ha superado con la evolución de los roles masculino y femenino en el mundo contemporáneo; por ello, “es irrazonable afirmar que un progenitor del género masculino no puede custodiar a su hija en la etapa de la pubertad porque el hecho de ser masculino afecta la intimidad, privacidad, salud y pudor de la menor”. Así, concluyó que ambos padres gozaban de igualdad de derechos, obligaciones y roles en cuanto a la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados, de tal forma que si ello se desconoce, se incurre en una discriminación asociada al género que vulnera el artículo 13 constitucional y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Nótese entonces que en la actualidad ambos padres, sin importar su género, están llamados en igualdad de condiciones a ejercer la orientación, el cuidado y el amparo de los hijos menores de edad, ya que la percepción de competencia en el desempeño del rol paterno o materno opera en beneficio del derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella.

4.6.3. Como se logra advertir del recuento jurisprudencial, las decisiones sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados se han venido centrando, sobre todo con el alcance fijado por la Corte Constitucional en los últimos años, en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y en el derecho que les asiste a tener una familia y a no ser separados de ella. En tal sentido, a pesar de que los padres se encuentren separados por diversas razones, ello no puede traducirse en la ruptura de la convivencia de los niños, niñas y adolescentes con sus progenitores y familiares, pues pensando en el mayor beneficio y en los derechos prevalentes de éstos, los padres pueden acordar ejercer la custodia y el cuidado personal de forma solidaria y compartida atendiendo al interés superior de los hijos menores, así como en cumplimiento del ejercicio responsable de la paternidad y maternidad, cuando las circunstancias fácticas y de entendimiento civilizado lo permitan.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

4.7. En este punto, con el fin de brindar claridad argumentativa y permitir el desarrollo desde el enfoque constitucional, la Sala se pregunta lo siguiente: ¿se encuentra regulada integralmente en Colombia por parte del legislador la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores? La respuesta es no. Una regulación integral de esa materia exige que el legislador dentro de su amplia libertad de configuración establezca las pautas legales, no fórmulas rígidas ni cerradas, tendientes a determinar los temas de residencia alternada en favor del menor y la forma de efectivización de las obligaciones de crianza y sostenimiento de ambos padres respecto de los hijos no emancipados, en especial lo atinente a alimentos y gastos fijos que mes a mes se causan como educación y salud, entre otras regulaciones.

4.7.1. No obstante la ausencia de una regulación integral en la materia, como se ha explicado a lo largo de este capítulo, en Colombia existe un entramado de normas constitucionales (arts. 5, 42, 44 y 93 superiores), legales (art. 253 del CC y 23 del CIA) y convencionales, que desde un entendimiento sistemático y prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, permite afirmar lo siguiente:

(i) Los padres que por diversas razones no conviven juntos, pueden suscribir acuerdos conciliatorios de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos a partir de la progenitura responsable, así como de la igualdad de derechos y deberes que les asiste respecto de los hijos comunes. De hecho, como lo establecen los artículos 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, ambos padres de forma “permanente y solidaria” están obligados a asumir directamente la custodia para el cuidado integral de los niños, niñas y adolescentes, teniendo desde la responsabilidad parental el deber de participar activamente en la orientación, el cuidado, el acompañamiento y la crianza de los hijos menores dentro de su proceso de formación. No son entonces llamados a ser figuras pasivas o temporales, sino que el papel protagónico que les asigna la normatividad constitucional y la de infancia y adolescencia, los ubica como garantes conjuntos del bienestar y desarrollo armónico que procura por lograr el máximo nivel de satisfacción de los derechos de los hijos menores de edad.

Y es que como se puso de presente, las rupturas sentimentales de los padres no pueden ser trasladadas como una pesada carga que va en detrimento del cuidado, amor y protección que ambos progenitores deben suministrar a sus hijos. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho fundamental que les reconoce la Constitución Política a tener una familia y a no ser separados de ella, permite advertir desde un enfoque constitucional, que los acuerdos de custodia compartida son herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida protegen los derechos de los hijos no emancipados cuando sus padres se encuentran separados por diversos motivos.

Esa conciliación como mecanismos alternativo de solución de conflictos puede realizarse por fuera del proceso judicial –por ejemplo, un acuerdo sometido a aprobación del defensor de familia (art. 82.9 del CIA)- o en el curso del mismo, pero en todos los casos las partes al manifestar expresa y libremente su voluntad, de común acuerdo, son las llamadas a regular la custodia de sus hijos menores de edad de forma compartida, de tal manera que fijen con claridad lo atinente a las fechas o temporadas en que el menor estará bajo el cuidado y orientación de cada progenitor, y las responsabilidades económicas fijas que cada uno adquiere. De hecho, las autoridades administrativas y judiciales deben acoger esa voluntad de los padres, salvo que adviertan no garantizados los derechos de los niños, niñas y adolescentes porque verifiquen que con tal acuerdo se ponen en riesgo[97] o quebranten los intereses prevalentes de los hijos menores[98].

(ii) En el curso de los procesos de familia en los cuales se debe decidir sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos menores, el juez competente debe propiciar entre las partes la celebración de acuerdos de custodia compartida, si ello se reporta en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Es más, a pesar de no lograrse dicho acuerdo, si la autoridad judicial al evaluar el material probatorio en su conjunto (entrevista con los menores, dictámenes psicológicos, conceptos de los trabajadores sociales, informes de visitas, testimonios de familiares y personas cercanas, etc) , bajo los lineamientos de la sana crítica advierte del contexto familiar que ambos padres son idóneos para ejercer la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad, habida cuenta que ofrecen condiciones adecuadas para garantizar los derechos de éstos y no exponerlos a riesgos prohibidos, sumado a que los hijos comunes así lo manifiestan a través de su opinión, la regla general debe centrarse en fijar judicialmente la custodia compartida y el cuidado personal a ambos padres para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, al cuidado y al amor de sus progenitores, siempre teniendo como faro iluminador la consideración primordial del interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans que deben guiar las decisiones de la administración de justicia, es decir, se den los elementos suficientes. De tal manera que, la evaluación de las condiciones fácticas y jurídicas caso a caso son las que le permiten al operador judicial de familia determinar si, en aplicación de los artículos 42, 44 y 93 superiores, 253 del Código Civil y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, principalmente, es viable otorgar el ejercicio de la custodia compartida como un derecho que se erige en beneficio de los hijos comunes no emancipados, para que ambos padres participen activamente en el desarrollo armónico y en su bienestar integral.

(iii) Si persiste entre los padres la controversia sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad y tanto las autoridades administrativas como judiciales advierten que el contexto familiar y las condiciones fácticas no permiten conceder la custodia compartida, de acuerdo a la valoración probatoria que realicen, lo procedente será definir a qué progenitor se le asigna el ejercicio de la custodia monoparental y al otro padre o madre no custodio se le regulará el régimen de visitas y la cuota alimentaria a que haya lugar.

4.7.2. En otras palabras, de los tres ítems antes señalados, la Sala precisa que la regla general a considerar en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y de sus derechos fundamentales a tener una familia, al cuidado y al amor, es que los padres de común acuerdo concilien lo referente a la custodia y el cuidado personal compartido de los hijos menores, escenario que debe propiciar el juez de familia mediante una exhortación diligente a las partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos comunes. De no ser ello posible, es el juez de familia quien en cada caso concreto, según revelen las pruebas y la opinión de los menores, tiene la discrecionalidad para adoptar el sistema de custodia que resulte más apropiado para los niños, niñas y adolescentes, entre el ejercicio de la custodia compartida por ambos progenitores[99] o la custodia monoparental, estableciendo al padre o la madre no custodio el régimen de visitas y la cuota alimentaria correspondiente.

4.7.3. Al respecto, la Sala considera prudente resaltar que los acuerdos de custodia compartida y cuidados personales que celebren los progenitores, o la definición que respecto de los mismos realice el juez de familia según las circunstancias que evalúe caso a caso, deben ceñirse como mínimo a tres pilares fundamentales[100], a saber: (i) el principio de corresponsabilidad parental que se traduce como la responsabilidad de ambos padres sobre las decisiones trascendentales de los hijos comunes, independientemente de su ruptura como pareja sentimental o su situación de convivencia, de tal forma que se dé un reparto efectivo, equitativo y equilibrado de derechos y responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, cuidado y educación de los hijos comunes; (ii) el principio de igualdad parental que refiere a la igualdad real entre ambos padres que permita afianzar la progenitura responsable constitucionalmente establecida; y, el más relevante de todos, (iii) el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes, que refiere a otorgar las más altas garantías para hacer efectivo el interés superior del menor como consideración primordial y su derecho a tener una familia donde concurren ambos padres activamente, lo cual implica tener en cuenta varios lineamientos que permitan ponderar su conveniencia según el contexto familiar, entre los que cabe destacar los siguientes, sin pretensión de exhaustividad[101]:



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

- *Escuchar y tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes en lo relacionado con la definición de su custodia y cuidado personal, según su edad y nivel de madurez, en tanto son sujetos de derechos.*
- *La edad de los hijos comunes, ya que durante los primeros años de vida el modelo compartido no siempre puede ser el más garantista de sus derechos.*
- *El ejercicio de la custodia compartida debe aparejar una continuidad, una estabilidad en los cuidados personales y un bienestar relacional e integral para los niños, niñas y adolescentes. De allí que resulte indispensable la idoneidad de ambos padres para ejercer la custodia compartida, su flexibilidad de tiempo y su compromiso con el sostenimiento de los hijos comunes.*
- *La interacción e interrelación del niño, niña y adolescente con sus figuras paternas, con el fin de que puedan crecer en un círculo de afecto y seguridad.*
- *El lugar donde estará el menor: residencia alternada en el domicilio cercano de los padres - proximidad geográfica-, o domicilio familiar del menor con alternancia de residencia de los padres. Sobre el punto, la Sala resalta que desde la experiencia internacional, el modelo de residencia alternada del menor en el domicilio de los padres es el más acogido.*
- *El tiempo que el niño, niña y adolescente estará bajo el cuidado de cada progenitor, velando porque sean periodos equilibrados y equitativos. Lo más recomendable es que sean por semanas o periodos mensuales, en tanto el sistema de días alternados en una misma semana no favorece la adaptación del menor y genera confusión en sus rutinas diarias[102].*
- *El ajuste del niño, niña y adolescente al hogar familiar, la escuela y la comunidad. En tal sentido, la determinación del modelo de custodia compartida debe tener en cuenta que los procesos de escolaridad empiecen o continúen su curso normal y que los menores mantengan sus hábitos y rutinas generales (tareas, comidas, sueño, responsabilidades propias de la edad) sin causar mayores traumatismos en el proceso de desarrollo armónico e integral. Significa lo anterior que, por ejemplo, en caso de tener residencias alternadas, podrá contar con hábitos que de consuno establezcan los padres, como patrones de orientación y crianza comunes, o cuando menos semejantes.*
- *La salud física y mental de los progenitores, teniendo en cuenta que solo en aquellos casos absolutamente extremos y que cuenten con los debidos certificados médicos que demuestren la falta de idoneidad física o mental de la madre o el padre, no resulta conveniente otorgar el ejercicio de la custodia y el cuidado personal compartido de los menores hijos.*
- *La convivencia con el menor trae implícito que el progenitor que se encuentra bajo su cargo deba asumir los gastos económicos como brindar vivienda, alimentación y recreación durante los días que aquel permanezca en su residencia. Además se deberá establecer de forma equitativa y proporcionada a la capacidad económica de los alimentantes -regla general de alimentos- lo concerniente a gastos fijos como educación, salud y vestido, entre otros, al igual que lo relacionado con los demás gastos extraordinarios.*

Y es que estos tres pilares fundamentales para el ejercicio de la custodia y los cuidados personales compartidos por ambos progenitores adquieren importancia, en tanto se enfocan en garantizar a los hijos menores de edad una seguridad y tranquilidad en su entorno alternado, eliminando o superando las desventajas que pueda aparejar este modelo familiar que debe operar en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes...

4.8. A partir de lo expuesto, a título de conclusión, la Sala considera que el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad e impedidos, es una obligación que impone la progenitura responsable en igualdad de condiciones a ambos padres, y que a la vez busca el



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

bienestar prevalente de los niños, las niñas y los adolescentes haciendo efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella. De contera que, la ruptura sentimental de los padres o la separación de éstos por cualquier motivo, no puede traducirse automáticamente en la ruptura de la convivencia de los menores hijos con sus progenitores.

Si bien en Colombia no existe una regulación integral sobre la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores, lo cierto es que a partir del entendimiento sistemático de disposiciones constitucionales (art. 5, 42, 44 y 93 de la C.P.), legales (art. 253 del Código Civil y arts. 8, 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia) y convencionales (en especial, Convención sobre los Derechos de los Niños), es viable afirmar que los padres pueden suscribir acuerdos de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos comunes menores e impedidos. Tales acuerdos de custodia compartida, que deberían convertirse en la regla general, se constituyen en herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida garantizan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y por tratarse de una conciliación se pueden suscribir fuera del proceso judicial previa aprobación del defensor de familia, o en el curso del trámite procesal bajo la dirección y vigilancia del operador judicial, quien debe propiciar el ambiente conciliatorio y exhortar a las partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos no emancipados e impedidos.

De no ser posible la suscripción del acuerdo de custodia y cuidados personales compartidos, es el juez de familia quien en cada caso concreto, aplicando el principio pro infans, según revelen las pruebas y la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes de acuerdo con su edad y madurez, tiene la discrecionalidad para adoptar el sistema de custodia que resulta más apropiado para los menores, entre el ejercicio de la custodia compartida por ambos progenitores o la custodia monoparental estableciendo al padre o la madre no custodio el régimen de visitas y la cuota alimentaria correspondiente....

En todo caso, los acuerdos de custodia compartida o la definición que respecto de la misma realice la autoridad judicial, deben ceñirse a tres pilares relevantes: (i) el principio de corresponsabilidad parental, (ii) el principio de igualdad parental, y (iii) el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes...”

b.- Caso concreto: Revisado el escrito tutelar evidencia este Despacho que los accionantes pretenden entre otros, que se ordene al ICBF el restablecimiento de derechos de custodia del menor A.S.S.P, de manera urgente e inmediata. Lo anterior, con fundamento en el acta de conciliación que fuere suscrita el 17 de enero de 2020, en la cual se acordó la custodia del menor.

Así las cosas, revisada la documental adosada al presente tramite constitucional, advierte el Despacho que conforme lo fuere informado por la señorita Yeimy Lorena Piza Ávila, ella manifestó en el acuerdo conciliatorio su voluntad de entregar la custodia del menor hasta tanto cumpliera la mayoría de edad y terminara el bachillerato. Encontrándose en este momento en inconformidad frente a la custodia del menor a cargo de los aquí accionantes y cumplido dichas situaciones.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Conforme lo anterior, ha de señalarse que la citada jurisprudencia constitucional ha resaltado la prevalencia de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Así como la importancia el ejercicio de los padres de una progenitura responsable, en la que se incluye el deber de custodia, cuidado personal frente a los hijos en el que se incluye criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos y costumbres¹.

La normatividad de infancia y adolescencia determina que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que ambos padres ejerzan su custodia para el desarrollo armónico e integral, a la vez que la responsabilidad parental les fija a éstos el deber conjunto de cuidado, amor y protección de los hijos que inicia desde la primera infancia y culmina cuando llegan a la edad adulta. Y ello es así en tanto el cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales de los niños al cuidado y al amor, al igual que propende por generarles una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental².

No obstante, tras muchas situaciones en las que se encuentran las rupturas sentimentales de los padres, se debe determinar a quién le corresponderá la custodia y cuidado personal de los menores hijos al no poderse ejercer de forma conjunta. Es así como son los padres -en primera medida- y las autoridades competentes quienes deberán propender por garantizar la estabilidad física, mental y psicológica a partir de un entendimiento civilizado que permita definir de manera prevalente la custodia y el cuidado personal del NNA. Reitérese que los menores no pueden ser tratados como trofeos de la contienda personal y patrimonial que exista entre sus padres³.

La Corte Constitucional ha enunciado algunas reglas aplicables a efectos de definir la custodia de los menores cuando no hay acuerdo entre las partes, como son: *(i) para otorgar la custodia y el cuidado del menor no se puede operar de manera automática y mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente; (ii) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar*

¹ T – 384 de 2018.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado; (iii) la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente; y, (iv) las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella⁴.

Acorde con las anteriores precisiones debe indicarse que, si los padres no llegan a un acuerdo sobre la custodia o desean modificar el mismo, deben acudir a las respectivas instancias administrativas y judiciales, para que sean quienes en valoración de los anteriores criterios determinen cual de los padres debe tener la custodia y cuidado personal del menor.

Por tal motivo, no es viable que el juez de tutela proceda intervenir frente a este particular, más aún cuando ha de resaltarse la situación afrontada por las partes en esta acción, entre las que se encuentran los cuatro procesos administrativos, judiciales tanto en la especialidad de familia como la penal, por lo que donde han de ser las respectivas autoridades que resuelvan lo referente a cada caso, así como lo atinente a las denuncias recíprocas y manifestaciones presentadas. Contando efectivamente las partes para presentar sus respectivas alegaciones y pretensiones en dichos asuntos.

Así las cosas, el Despacho no accederá al amparo deprecado. No obstante, se le insta al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Centro Zonal de Bosa, para que en el cumplimiento de sus funciones y ante las peticiones elevadas por las partes en esta acción de tutela, verifique la situación del menor y busque su bienestar prevalente frente al escenario aquí presentado.

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

⁴ T- 384 de 2018.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela presentado por **JOHAN EDUARDO SALAMANCA SUAREZ**, identificado con C.C. No. 1.233.503.312, y **BLANCA CECILIA SUAREZ**, identificada con C.C. No. 20.859.665, quienes actúan a través de apoderado, contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**.

SEGUNDO: SE INSTA INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF - CENTRO ZONAL DE BOSA, para que en el cumplimiento de sus funciones y ante las peticiones elevadas por las partes en esta acción de tutela, verifique la situación del menor y busque su bienestar prevalente frente al escenario aquí presentado.

TERCERO: NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para eventual revisión, en el evento que no se impugne la presente decisión.

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO

JUEZ

PZT