



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

STC4742-2023

Radicación n.º 11001-02-03-000-2023-01288-00

(Aprobado en Sala de diecisiete de mayo de dos mil veintitrés)

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte la acción de tutela promovida por “**A**” contra la **Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, el Juzgado de Familia, la Fiscalía General de la Nación, “B” y “C”**, trámite al cual fueron vinculadas las partes e intervinientes en el asunto que originó la queja.

ANOTACIÓN PRELIMINAR

Como medida de protección a la intimidad de la menor de edad involucrada en el asunto bajo estudio, esta Sala ha decidido suprimir de la providencia, y de toda futura publicación de esta, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e información que permitan su identificación, en procura de lo cual se elaborará otro texto del presente

fallo, de igual tenor, pero con tal supresión, que será el publicable para todos los efectos correspondientes¹.

ANTECEDENTES

1. La solicitante reclamó la protección de sus garantías esenciales de acceso a la justicia, debido proceso –en sus modalidades de defensa y contradicción–, libre desarrollo de su personalidad, autonomía personal, «*libre expresión de la voluntad*», entre otras, supuestamente vulneradas por las autoridades y particulares convocados.

2. Como hechos jurídicamente relevantes para la definición del *sub-lite*, se destacan los siguientes:

2.1. Inicialmente, la actora relató, en primera persona:

«1.1. Mi nombre es [A], tengo 15 años, estudio en el colegio y ocupo el primer puesto en mi salón. El año pasado me escogieron para participar el modelo de las naciones unidas, pero como no pude salir del país no pude asistir. Mi actividad favorita es la gimnasia y soy buena en eso por lo que me escogieron para la selección del colegio.

*1.2. Cuando era chiquita mis papás se divorciaron y cuando iba a su casa **mi papá [B] me amenazaba con que le iba a hacer daño a mi mamá [C] y a mis abuelos si le contaba a alguien que él me quitaba la ropa y grababa videos de mi desnuda.** Entonces él empezó a ir al colegio todos los días y **siempre me perseguía y me decía al oído que iba a matar a mis abuelos y a mi mamá.** Las veces que estaba en su casa él me decía que había un duende que siempre me estaba vigilando todo el tiempo para decirle a Papa Noel.*

¹ Acuerdo n.º 034 de 16 de diciembre de 2020 – Sala de Casación Civil.

1.3. Yo me enteré [de] que a mi mamá la ordenaron que me tenía que llevar a ver a mi papá, **pero yo no quiero porque él me da mucho miedo**. En mi clase de problemas sociales he escuchado que yo **ya tengo el derecho a decidir sobre muchas cosas, entonces yo decido que no lo quiero volver a ver nunca más**» Resaltado fuera de texto.

2.2. Con observancia en los medios de convicción, se desprende que “B” y “C” contrajeron matrimonio católico el 11 de junio de 2004, unión de la cual nació “A” el 1 de agosto de 2007 y que el 10 de septiembre de 2012 se disolvió, mediante sentencia dictada por el Juzgado de Familia, en la cual también se regularon la custodia y visitas de la hija común.

2.3. Según se relató en el trámite que se auscultó², durante el matrimonio hubo presuntos episodios de *violencia intrafamiliar* en presencia de la descendiente, hechos que se denunciaron ante la Fiscalía General de la Nación. Luego, se puso en conocimiento la alegada comisión del punible de *abuso sexual* contra la hija, época desde la cual se empezó a documentar el rechazo de aquella frente al progenitor, mediante dibujos, escritos y expresiones verbales, negándose incluso a cumplir las citas acordadas para los encuentros.

2.4. Seguidamente, la señora “C” promovió trámite de regulación de visitas, pero «*la menor no acepta tener cercanía y convivencia ni temporal, ni supervisada con su padre*»³, razón por la cual el estrado de Familia no accedió a ese pedimento –en la forma requerida por la demandante, ya que estableció visitas

² En el proceso que ahora es objeto de escrutinio, según dan cuenta los fallos de instancia y la demanda.

³ De acuerdo con la información consignada en el fallo del Juzgado de Familia, como a quo del proceso que se revisa (f. 25 y ss., anexos de la tutela).

provisionales previo cumplimiento de las recomendaciones del Instituto Nacional de Medicina Legal–, y ordenó la intervención del ICBF. Con auto de 1 de junio de 2018, dispuso la suspensión de las visitas y remitió copia del asunto ante la Fiscalía, para lo pertinente⁴.

2.5. Bajo ese contexto, la madre de “A” presentó demanda de privación de la potestad parental contra el padre, con sustento en la causal primera del artículo 315 del Código Civil⁵, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Familia, quien, el 23 de noviembre de 2021, negó el *petitum*, porque, *grosso modo*, «no existe prueba dentro del proceso, que indique que el demandado ha usado ni ha hecho tocamientos lesivos a su hija, llama la atención el despacho que lo sucedido en este proceso es un enfrentamiento entre adultos y que se ha usado a la menor».

2.6. Y, apelada esa determinación, el 23 de septiembre de 2022, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior la confirmó⁶ en términos generales, pero modificó el ordinal tercero para establecer, una vez más, el régimen de visitas entre la adolescente y el padre denunciado, fijando varias etapas en las que se deberá contar con la supervisión del ICBF, las cuales «deben producirse sin el acompañamiento de la madre ni terceros ajenos al centro zonal en el que se lleven a cabo las sesiones». También estableció la obligación de que la madre «se abstenga de intervenir en las sesiones, incurrir en conductas

⁴ También ofició a la Fiscalía General de la Nación Seccional XXX a fin de que informe del inicio y avances que haya realizado ante la denuncia interpuesta».

⁵ Artículo 315. «La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales: 1a) Por maltrato del hijo (...)».

⁶ Sentencia contra la cual la parte actora en ese juicio interpuso recurso extraordinario de casación, cuya concesión se negó por parte del colegiado el 6 de octubre de 2022, y, al desatar la queja, esta Colegiatura lo declaró bien denegado, con auto de 24 de febrero de 2023.

evasivas, así como que también se abstenga de darle continuidad a tratamiento psiquiátrico, psicológico, neuropsicológico, etc., particular y/o distinto al que se debe adelantar ante la EPS».

2.7. Lo anterior, porque el tribunal coligió, luego de pronunciarse sobre las probanzas decretadas y practicadas, que *«no encuentra la Sala (...) los elementos suficientes ni contundentes que den cuenta de la posible comisión de los actos de violencia física, psicológica ni sexual de los que viene señalado el demandado, por el contrario, lo que se ha observado es que al margen de las conductas erróneas en las que haya podido incurrir, no ha actuado con el ánimo de dañar a su hija. Por el contrario, el demandado, de acuerdo con lo probado ha buscado los medios para acercarse a su hija, en un principio para fortalecer y luego para restablecer el vínculo paterno-filial que se ha visto roto por las distintas circunstancias que se han dado en el manejo tan conflictivo con el que tanto él, como la señora “C” han desarrollado su vida como personas separadas».*

2.8. En ese orden, a través de este amparo, “A” cuestionó que, a pesar de exteriorizar de forma reiterativa los *«sentimientos de rechazo, negación y miedo (...), ante cualquier posibilidad que implique tener contacto con su Padre, encuentran fundada explicación, en la dolorosa vivencia que ella refiere haber padecido y, cuyo rastro traumático, sí, alcanza a identificar y percibir en ella, la profesional XXX⁷, según el concepto profesional arriba transcrito»,* no se les diera el mérito demostrativo suficiente a los diversos

⁷ Según se extractó, en el concepto se relievó que: «”A” es una adolescente que refiere haber estado expuesta desde temprana edad a experiencias de índole sexual traumático por parte de su padre, situación que no solo desdibujó su imagen del mismo, sino que instaló un gran temor a su interacción o cercanía, temiendo por su integridad, la de su madre y abuelos, a quienes éste amenazaba con hacerle daño en caso de que refiriese lo acontecido. Al describir su relación con el progenitor y narrar lo acontecido se evidencia un alto monto de angustia y tristeza, lo que deja ver que dada la importancia de la figura vincular y muy a pesar del tiempo transcurrido, aun permanece vigente la huella de lo traumático, estando dicha situación pendiente por elaborar y tramitar, por lo que se sugiere se vincule a un proceso psicoterapéutico que posibilite logre transitarla y afrontar las demandas y posibilidades propias de su ciclo vital desligada del de lo ocurrido, manteniendo la distancia emocional prudente de quien pueda impedir dicho proceso» (hecho 1.4.1.1. del escrito inicial).

suasorios en los que la anotada situación se ha puesto en conocimiento de los falladores.

2.9. Aunado a lo anterior, enfatizó en que *«todo lo antes expuesto, prueba sin lugar a duda, la fuerza y relevancia de las razones y motivos que tiene la accionante para solicitar el amparo constitucional demandado y con ello, se descarta de plano cualquier riesgo de que la manifestación de voluntad aquí expresada, sobre la que se pretende respeto y amparo, tenga motivos caprichosos o inmaduros o que corresponda a un deseo que pueda llegar a tildarse de episódico o irrelevante. La decisión de “A” es plenamente consciente y autónoma; ella NO quiere tener más contacto con su padre, NO quiere cumplir ningún régimen de visitas que le implique compartir con él y NO entiende, ni acepta, que le digan que el régimen de visita impuesto también se hace en “su favor” y “beneficio”. Su manifestación de voluntad se logra explicar por si sola, si escuchamos lo que ha venido expresado por años, y si decidimos dar el crédito que merecen las evidencias indiciarias detectadas por la profesional que la entrevistó».*

3. En consecuencia pidió, en compendio, **(i)** «TUTELAR el derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad y a la autonomía y libre expresión de la voluntad de la accionante, menor adulta “A”, el cual se vulnera con el régimen de visitas a favor del señor “B” (su padre), impuestas por decisiones proferidas por los despachos judiciales accionados, obligándola en contra de su deseo y sentimiento a mantener contacto con él»; **(ii)** «TUTELAR el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y libre expresión de la autonomía y voluntad de la accionante, menor adulta, “A”, reconociéndole el derecho a decidir personalmente si desea tener contacto y relación, o no, con su progenitor, sin que sea forzada judicialmente»; y **(iii)** «AMPARAR de forma transitoria el derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad y a la autonomía y libre expresión de la voluntad de la accionante, menor adulta, “A” En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la

decisión proferida por el tribunal al modificar el numeral tercero de la decisión de primera instancia, que dispone, “TERCERO: Establézcase régimen de visitas a favor de la adolescente “A” y su padre “B”, las que se desarrollaran por etapas..”».

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. El tribunal y estrado *a quo* remitieron el enlace de acceso al expediente digitalizado.

2. “C”, progenitora de la accionante y a la vez requerida en este asunto, adujo que *«con inmenso dolor de madre, impotente, reconozco ante su Señoría, que efectivamente la aquí accionante, mi hija, en su diario vivir, si manifiesta los sentimientos de tristeza, dolor, miedo y rabia, que fueron consignados en los hechos enunciados en la tutela (...). ME ALLANO a la solicitud de tutela formulada por “A”, pues creo íntegramente en lo que ella expresa, la acompaño en su dolor cotidiano y por ello, creo que existen suficientes razones para que se tutelen sus derechos».*

3. La Fiscalía Décima de la Unidad CAIVAS relató que *«la indagación con SPOA No XXX se inició con denuncia instaurada por la señora “Y”, en su calidad de defensora de familia del Centro Zonal donde ponen aviso [de] que la menor aparece como presunta víctima del delito de acto sexual con menor de catorce años, art. 209 del Código Penal, en contra de “B”. Se realizó programa metodológico de fecha 13 de noviembre de 2018, ordenándose la recolección de elementos materiales probatorios y evidencias físicas tales como: entrevistas con protocolo forense de satac semi-estructurado a la menor, entrevista a la madre de la víctima (...), que hasta la presente fecha, no se ha recepcionado (sic), examen sexológico a la menor por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, igualmente las entrevistas de las psicólogas y/o psicorientadoras del colegio donde estudia la víctima,*

entrevistas a las menores de edad [1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8], estas últimas también con resultados negativos. Actualmente esta actuación se encuentra en etapa de INDAGACIÓN, reiterando el cumplimiento de estos EMP mencionados y ordenándose además el interrogatorio al indiciado. Una vez se obtengan, se procederá a tomar la decisión que en derecho corresponda».

4. La Dirección Seccional de Fiscalías expuso que la indagación se encuentra asignada a la Fiscalía Seccional –, y que, en todo caso, *«no ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales alegados que por ley le asisten a la parte accionante, sin embargo, en virtud de lo aquí ordenado, se realizó el traslado correspondiente a los despachos fiscales correspondientes».*

5. La Fiscalía Cuarenta indicó que, durante el tiempo que tuvo asignado el asunto referenciado, *«adelanté todas mis funciones sin el apoyo de asistente en virtud a que la auxiliar asignada al despacho, se encontró incapacitada durante todo el tiempo de su embarazo (embarazo de alto riesgo), luego en su licencia de maternidad y posteriormente goce de sus vacaciones, sin que la Dirección de Fiscalías pudiera asignar a otra/o servidor de apoyo (...). Por lo antes expuesto, durante el tiempo que dicha indagación estuvo a mi cargo NO se realizó ninguna actuación que violentara los derechos fundamentales de la accionante».*

Agregó que, en su momento, *«al realizar la revisión de la denuncia (noticia criminal) y de los actos de investigación que hasta ese momento se habían adelantado, avizoré que no había elementos materiales probatorios suficientes para sustentar la tipicidad de la conducta y la responsabilidad de la misma, pero tampoco habían (sic) criterios para archivar y/o realizar solicitud de preclusión. Razón por la cual consideré necesario emitir órdenes a policía judicial, cuyos resultados permitieran sustentar una u otra decisión».*

6. El Juzgado de Familia añadió que *«del recuento breve de la actuación de esta accionada, la intervención de la Superioridad y la condición de decisión en firme; hoy la acción constitucional impetrada, a consideración de las decisiones dadas, sólo debe señalar esta falladora que desde la presentación de la demanda y el discurrir de las instancias de ley el interés de la parte actora en su condición de representante legal de “A”, ha sido desconocer el derecho de orden constitucional; preferencial y prevalente, de tener una familia y de mantener relaciones afectivas con su padre desde que “A” ostentaba aproximadamente ocho (8) años de edad».*

Por ello, pidió que *«se decida la acción constitucional que nos vincula a favor de los derechos de la hoy adolescente “A” quien desde temprana edad ha visto sus derechos enfrentados con los de sus padres, en lo que la Corte ha señalado en la connotación de derecho de doble vía, como es el derecho natural de establecer relaciones y vinculas sanas y edificantes entre padres e hijos materializada en la posibilidad de existir visitas y permanencias entre estos. Ello es indiferente al condicionamiento considerado por la Superioridad constituida por el Tribunal del Distrito Judicial».*

7. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, por conducto del Centro Zonal comentó las actuaciones surtidas en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, y arguyó que *«no ha vulnerado ni amenazado los derechos fundamentales constitucionales de la accionante».*

8. La Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, a través del magistrado ponente de la determinación cuestionada, defendió la legalidad de su

proceder y señaló que *«en el escrito de demanda se avista en primer lugar que la parte accionante no indica cual es el defecto el que –según su criterio– incurrió esta Sala Civil-Familia a la hora de proferir la decisión relacionada en los hechos de la demanda de tutela; y que, de hecho, propone una crítica muy incipiente basada en consideraciones generales –algunas retomadas de las dos instancias y otras novedosas– como si su propósito fuera el surtimiento de una tercera instancia frente a la cuestión zanjada en sede ordinaria».*

Así mismo, luego de desarrollar los argumentos expuestos en la providencia revisada, puntualizó que *«la actuación de esta Sala se surtió por los senderos del debido proceso, de modo que se solicita a esa alta corporación que declare impróspera la pretensión de la parte actora; pero en todo caso, se encuentra este funcionario en plena disposición de acatar lo que decida el superior funcional, cualquiera que sea su sentido. También queda atento el personal del despacho para atender cualquier requerimiento o inquietud que pueda surgir».*

9. Una abogada, quien refirió ser la apoderada judicial de “B”, precisó que *«la señora “C” para el mismo año 2018 promovió un proceso de privación o suspensión de patria potestad, el cual por reparto correspondió al juzgado de familia en oralidad del circuito, quien luego de una Litis el pasado 15 marzo 2021 el juzgado dio un sentido del fallo, proceso en el que resulto una denuncia disciplinaria promovida por la titular del despacho quien compulsó copias a la apoderada de la señora “C” Dra. V, así mismo la abogada después de múltiples procesos de orden administrativos y judicial, recursos, denuncia, recusación ir y venir el proceso en varias ocasiones del tribunal, decide entonces el despacho a manifestar que no hay lugar a una privación o suspensión de patria potestad y por el contrario debe existir una reactivación de los lazos afectivos entre padre e hija, dentro de todo el proceso a través de interrogatorio de parte concluyo que no existe evidencia en contra del*

señor “B” o que este sea un peligro para la menor por el contrario estos proceso es el resultado del conflicto entre adultos».

En el mismo sentido, destacó que «los hechos y conjeturas efectuadas por la señora “C” infundadas por la psicóloga Z, la misma que llevaba tratamiento de la menor y fue considerada por el Instituto de Medicina Legal, NO ES APROPIADO CONTINUAR CON EL TRATAMIENTO DE LA SICOLOGA QUE LLEVA LA INTERVENCION. SE OBSERVA UNA SOBREVALUACION Y SOBRE TRATAMIENTO EN LA NIÑA. SE CONSIDERA OPORTUNO ABANDONAR EL TRATAMIENTO EN LA NIÑA creando en el menor sentido de animadversión en contra de su señor padre y siendo estos hechos realmente hechos de violencia intrafamiliar y psicológicos por parte de la madre señora “C” a la menor, muy a pesar de existir una valoración que hace unas conclusiones la madre hace caso omiso».

Por último, insistió en que su prohijado «es un padre responsable toda vez que cumple con sus hijos, y muy por el contrario la madre de la menor “A”, se opone e impide sistemáticamente toda relación afectiva padre e hija, mal utilizando la justicia y aprovechándose de tener la custodia de la menor insisto impide que el padre la visite de tal suerte que no permite que tengan comunicación, es así que desde el pasado mes de diciembre 2014 el señor “B” no tiene contacto alguno con su hija, solo un padre responsable y cumplidor de sus deberes como lo es mi apadrinado enfrenta una batalla legal por querer estar con su hija, además de cumplir económicamente con su obligación alimentaria».

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Corte establecer si la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial incurrió en presunta *vía de hecho* en el proceso de privación de la

potestad parental, por haber proferido sentencia de segundo grado en la que ratificó la denegación del *petitum* y, en consecuencia, fijó un régimen de visitas paulatino entre la accionante y su progenitor, supuestamente, desatendiendo el interés superior que le asiste y la inequívoca manifestación de su voluntad.

2. Sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el interés superior que les asiste.

El artículo 44 de la Constitución Política establece que son derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes «*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***», y que «*(...) gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia*», de ahí que se reconozca la importancia de proteger sus bienes *iusfundamentales* y sea imperativa la necesidad de garantizar la prevalencia de sus prerrogativas.

Así mismo, dicho precepto reconoce que «**[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás**», y frente a ello, la misma disposición señala que «*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*».

En consonancia con esos postulados, varios instrumentos internacionales de protección de derechos humanos prevén la protección especial y reforzada de las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, *v. gr.*, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ y la Convención de los Derechos de los Niños⁹, que señalan la necesaria confluencia del Estado, la sociedad y la familia en procura de esas finalidades, así como el deber de las autoridades de que «*[e]n 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*» (art. 3, núm. 3, *ídem*).

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional también ha relevado que «*los niños tienen derecho a un desarrollo armónico e integral, el cual es responsabilidad, en primer lugar, de la familia. A fin de que ese desarrollo armónico sea efectivo, la familia del niño, y en su defecto el Estado y la sociedad, tienen la obligación de cuidarlo, asistirlo y protegerlo desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social y en el ejercicio pleno y goce efectivo de sus derechos*», por lo que «*si bien es cierto el desarrollo armónico e integral es un concepto complejo que comprende múltiples aspectos, la legislación y la jurisprudencia han reconocido el papel fundamental que cumple el cuidado y el amor de los padres del niño en ese desarrollo*» (CC, T-628/11).

⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, ratificada por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, a través de la cual se acogen los «Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966».

⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

En línea con lo anterior, se ha reconocido que:

*«En lo que respecta a las relaciones parentales el interés superior del niño desarrolla un papel de suma trascendencia, puesto que está llamado a orientar los derechos y responsabilidades de los padres en la crianza y educación del hijo y el deber del Estado de garantizarlos y apoyarlos. **Los derechos de los padres no son absolutos, sino que encuentran un límite en los derechos de los niños, es decir por su interés superior, y por ello las facultades de orientación y dirección de los hijos se limitan por el objetivo de la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos.***

(...)

El derecho fundamental de los niños al cuidado y amor, consagrado como novedoso en la Constitución de 1991, guarda armonía con distintos textos internacionales, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo artículo 25 numeral 2º prescribe que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”; con la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que en su preámbulo establece que ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’, por lo cual gozará de una “protección especial y dispondrán de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”¹⁰

(...)

Así pues, por parte de la comunidad internacional existe un especial interés en el cuidado y amor a que tienen derecho todos los niños del mundo, que para el caso colombiano se traduce, en sentir de la Corte, en “un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad. Así, logran identificarse como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de

¹⁰ Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño. Cita propia del texto referenciado.

*un interés jurídico superior que irradia todo el ordenamiento jurídico*¹¹.

(...)

En lo que atañe al derecho fundamental de los niños al cuidado y amor, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en su efectividad primeramente está comprometida la familia como célula de la sociedad, pues “La unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños. La estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socioemocional del niño; un ambiente estable y seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos. A la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena” (CC, C-273/03).

De igual forma, sobre las responsabilidades parentales y la garantía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, esta Corporación ha destacado que:

*«[L]a obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación (...) incluye **la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.** En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.*

(...)

¹¹ Sentencia T-556 de 1998. Cita propia del texto referenciado.

*Así mismo, el canon 23 del Código de la Infancia y Adolescencia estipula 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 convivían con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o sus representantes legales».*

(...)

Al respecto la Corte Constitucional, al analizar el interés del menor de tener una familia y la obligación de los padres de brindar la orientación y el amor requerido, pese a existir una separación de los progenitores, ha precisado que:

[L]os niños requieren para su crecimiento del cuidado, del amor y del apoyo de sus padres, o de lo contrario se crecerá en un ambiente de soledad y desamor, que les impedirá potenciar sus capacidades y su personalidad. En este contexto, “[e]s inconcebible la vida de un ser humano, al que no se le brinda el más mínimo sentimiento o expresión de amor o cariño. El amor se constituye en el presupuesto fundamental y esencial de la vida humana: no sólo a la persona se le debe amar, sino que debe tener la oportunidad de expresar y manifestar su amor hacia quienes lo rodean”. En efecto, procrear implica la obligación, por parte de sus progenitores, de brindarle amor al niño para su formación “(...) aún después de la crisis, ruptura o separación de la pareja”. Sostuvo entonces la Corte que “[e]n esos momentos de dificultad, de crisis, es cuando el niño requiere del mayor apoyo y amor de sus padres para evitar traumas en su desarrollo emocional (CC T-311/17) (...)» (CSJ, STC12085-2018, 18 sep.).

Aunado a los postulados internacionales, el legislador de 1989, a través del Decreto 2737, previno a las personas y las entidades, tanto públicas como privadas, para que, en el ejercicio de sus funciones, tuvieran en cuenta, sobre cualquier otra consideración, el interés superior de aquellos, pauta que fue armonizada con la Carta de 1991 y, posteriormente, con el Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que en su artículo 8 refiere que «se

entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes».

De igual forma, el canon 9 del citado compendio normativo prescribe que «[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, **prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona**», y concluye indicando que «en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente» (CSJ, STC12299-2019, 12 sep.).

3. Solución al caso concreto.

3.1. Preliminarmente, la Sala precisa que no existe controversia sobre la legitimación de la actora para promover este asunto, comoquiera que, aun cuando a la fecha es adolescente, pues tiene 15 años, sus derechos están siendo debatidos en los diferentes trámites que se han causado entre la madre y el padre –desde el administrativo de restablecimiento de derechos, la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la regulación de visitas, la privación de la potestad parental–, siendo este último el que motiva la queja constitucional y cuya resolución incide directamente en sus garantías; por lo que, aun cuando su representación legal la detentan, *prima facie*, sus progenitores, lo cierto es que nada impide que ella acuda a este mecanismo –y que esté

apoyada por un profesional del Derecho–, máxime cuando requiere a sus padres como parte del extremo accionado.

3.2. Ahora bien, dilucidado lo anterior, es pertinente enfocar el análisis en las consideraciones que desarrolló el tribunal *ad quem* en el juicio censurado, para arribar a la conclusión de que debía mantenerse incólume la potestad parental respecto del padre demandado; y, en ese orden, fijar la regulación de visitas de forma paulatina, con el propósito de reconstruir el vínculo *paternofilial*.

Sobre el particular, luego de hacer una extensa exposición sobre los medios de convicción adosados a la foliatura, en la providencia cuestionada se relató, *in extenso*, que:

«En una mirada teleológica del reparo, entiende esta Sala que la acusación sobre la violación sistemática de los derechos de la adolescente se enmarca en un presunto desprecio de la falladora de primer grado por los elementos de prueba tanto en su decreto como en su apreciación, y si bien el reparo gira en torno a una repetida vaguedad, entiende la Sala que aquellos elementos, en criterio de la parte actora, demuestran la causal invocada para la privación de la potestad parental. Con base en ello, la Sala debe determinar:

- Si se produjo la violación sistemática a los derechos de “A” por no haber sido escuchada ni ella, ni sus abuelos maternos ni su psiquiatra tratante; y

- Si las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que el señor “B” incurrió en la causal primera de privación de patria potestad prevista en el artículo 315 del Código Civil.

Ahora, es palmario que, para responder al segundo de los referidos problemas jurídicos la Sala debe abordar también el tercer y último reparo concreto, según el cual, la sentenciadora de

primera instancia desconoció el nuevo derecho de familia y de la infancia, por haber ignorado los conceptos básicos y actuales de la patria potestad entendida como un deber legal de los padres decantado en la sentencia C-145 de 2010 y el interés superior de la adolescente según lo depurado en la sentencia T-351 de 2021.

(...)

Criticó por otro lado la inconforme que no hubiera sido escuchada la adolescente y frente a ese aspecto tampoco le asiste razón, puesto que los múltiples dibujos y cartas elaborados por “A”, aportados por ambas partes, obran en el informativo y a ellos se estuvo refiriendo tanto el juzgado de primera instancia como las partes en todo momento, y precisamente para zanjar cualquier controversia en cuanto a sus dichos, la operadora judicial decretó a petición del Ministerio Público una entrevista a la adolescente, la cual, no pudo llevarse a cabo en la primera instancia por dos específicas razones, la primera, por la indisposición que inicialmente mostró el Defensor de Familia para llevarla a cabo; y la segunda, por entorpecimiento de la parte actora, quien en su afán de no trasladar a la menor con múltiples excusas de seguridad, no prestó la ayuda necesaria.

Sin embargo, esa entrevista fue decretada de oficio en esta instancia por el Magistrado Sustanciador y fue debidamente recolectada. Tal entrevista quedó en registro videográfico que obra en el cuaderno de segunda instancia y en él se ve que la diligencia fue llevada a cabo en un espacio pequeño, en compañía de al menos tres personas, entre ellas, la Procuradora Quinta de Familia Judicial II.

La adolescente refirió una buena relación con su madre y abuelos maternos, y al ser interrogada sobre la relación que tiene con su padre, la calificó como mala y justificó su respuesta en presuntos actos de abuso sexual y amenazas, apuntando que su padre tocaba sus partes íntimas y le aplicaba crema, esto último lo refirió entre lágrimas. Anotó que su padre, antes de la pandemia la acosaba porque llamaba muchas veces, iba al colegio y la perseguía.

En el informe de la entrevista rendido por la psicóloga especialista en adicciones, se centró en describir las especificaciones del proceso como el número de radicación, las partes, fecha del auto, objeto de la prueba, etc., y señalar que se trató de una entrevista

semiestructurada, ya que no existía un cuestionario al cual debiera ceñirse.

(...) Finalmente expuso su concepto en el que breve y textualmente explicó que:

“A es una adolescente que refiere haber estado expuesta desde muy temprana edad a experiencias de índole sexual traumático por parte de su padre, situación que no solo desdibujó su imagen del mismo, sino que instaló un gran temor a su interacción o cercanía, temiendo por su integridad, la de su madre y abuelos, a quienes éste amenazaba con hacerle daño en caso de que refiriese lo acontecido. Al describir su relación con el progenitor y narrar lo acontecido se evidencia un alto monto de angustia y tristeza, lo que deja ver que dada la importancia de la figura vincular y muy a pesar del tiempo transcurrido, aun permanece vigente la huella de lo traumático, estando dicha situación pendiente por elaborar y tramitar, por lo que se sugiere se vincule a un proceso psicoterapéutico que posibilite logre transitarla y afrontar las demandas y posibilidades propias de su ciclo vital desligada del dolor de lo ocurrido, manteniendo la distancia emocional prudente de quien pueda impedir dicho proceso.”

Con base en esos elementos se puede apreciar que el temor de “A” ante la idea de ver a su padre verdaderamente existe, pues la entrevista inició en un plano de tranquilidad y luego aparecieron las lágrimas con el solo hecho de iniciar una conversación sobre los motivos de la mala relación que existe entre ella y su padre “B”, así como la intención de compartir espacios con él.

Aunque en el concepto de la experta no vienen muy bien explicados los factores endógenos y exógenos que abrieron paso a esa circunstancia, y nada se dijo en relación con la percepción que tienen el padre y la madre entre sí, lo cierto es que, según ese informe y la entrevista, se observa que el temor tiene su génesis en la presunta exposición a actos de abuso sexual, que no otro tipo de violencia; lo que está en una clara contravía con el concepto de la psiquiatra H, quien, pese a haberse referido al presunto abuso sexual, dejó muy en claro que el estrés postraumático tiene su origen en un presunto acto de violencia intrafamiliar presenciado por “A” cuando era niña.

Esta prueba, es lógico, debe ser estudiada en conjunto con las demás obrantes en todo el elenco, de forma organizada y

estructurada, de manera que se logre poner en contexto el escenario que se ha presentado».

Seguidamente, agregó que con el libelo fueron anexados múltiples documentales, conforme a las cuales destacó:

«(...) aparece una cadena de dos mensajes de correo electrónico que tiene la fecha tachada en que hay un primer recado en el cual, “B”, desde la cuenta @yahoo.com le escribe a “C” a la cuenta @yahoo.com en la que le agradeció que no olvidara enviar la tarjeta de identidad y manifestó que le parece apropiado hablar el mismo lenguaje, así como que “A” está feliz y segura.

Ese mensaje aparece como respuesta a uno anterior enviado por la actora al enjuiciado en el que señaló: (i) que la menor no debe dormir en la misma cama del padre y su novia, como ocurrió en el anterior viaje a Orlando (FD), porque atenta contra su salud sexual; (ii) que nadie debe bañar a la niña, manipular sus genitales «...mucho menos [su] novia...»; y (iii) la necesidad de que ambos hablen el mismo lenguaje en torno a reglas universales, para lo cual citó un aparte de lo que parece ser la sentencia 10711-13, que se refiere al interés superior del niño como principio general del derecho a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959.

Con el libelo introductor fueron aportados también algunos de los documentos que formaron parte de la indagación preliminar adelantada con base en la denuncia penal radicada con el número XXX, así: - Solicitud de valoración médico legal, realizada por quien recibió la denuncia. - Informe médico legal fechado 15 de noviembre de 2011 en el que la actora refirió tener fracturada la mano desde el 22 de octubre de ese año con ocasión de un accidente de tránsito, así como una posterior agresión de quien era su cónyuge, en la que la cogió fuerte por las manos y ella sintió que se le salió la falange, que un cirujano plástico le habló sobre la necesidad de operar ante el peligro de quedar inmóvil. - Orden de valoración psicológica. - Solicitud de medida de protección de la que se desconocen sus resultados. Tal denuncia se encuentra archivada.

Seguidamente obra la providencia calendada 10 de septiembre de 2012, por medio de la cual, la entonces Juez Octava de Familia dispuso la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso

celebrado entre las partes por la causal de mutuo consentimiento, en la cual, quedó regulado lo referente a los alimentos, patria potestad, custodia y visitas de la hija común.

Según lo narrado en la audiencia inicial el 7 de diciembre de 2018 por la testigo P, contrajo matrimonio el 6 de diciembre de 2012 con el demandado P. Desde el 25 de diciembre de ese año –2012– la adolescente compartió con su padre y su nueva cónyuge y continuaron desarrollándose diversas visitas y viajes juntos.

Siguiendo el análisis cronológico de los hechos según los documentos aportados, se tienen los agregados como anexo 8 de la demanda, los que, según la narración fáctica de la demanda, aluden a los tratamientos que la madre inició con gran preocupación por los constantes pensamientos suicidas, depresión e insomnio que presentaba la niña “A”.

Entre ellos obra la ficha de consultoría familiar de la Fundación datada 17 de junio de 2013, y relaciona la solicitud de servicio individual realizado por “C” Vives por recomendación de su abogada y la cual asistió la niña “A” en compañía de sus abuelos maternos únicamente. Como motivo de la consulta se anotó que la menor se muestra muy preocupada y confundida por la separación,

La historia clínica a continuación, calendada 1º de agosto de 2013 de esa misma Fundación refiere una buena relación de la niña tanto con el padre como con la madre, que es buena alumna, que le gusta jugar a las adivinanzas y está feliz cuando juega con sus amiguitos, le da rabia llorar muy duro; y le tiene miedo a la altura de los rascacielos, a los perros y los gatos.

La historia clínica no revela ninguna conducta de dependencia, y da cuenta del gusto por todos los programas de Discovery, las adivinanzas como juego preferido; y como deseos un polvillo de piedras, los ponys y los caballos. La niña dio los nombres de sus amigos y como experiencia perturbadora aludió únicamente a haberse raspado la rodilla. Quedó añadido que la niña refirió dormir poco y tener pesadillas cuando se queda sola toda la noche.

Se consignó que el lenguaje es adecuado, así como su estado de consciencia, porte y actitud, y que «expresa su sentir fácilmente»

Esa valoración fluyó en medio de la época en la cual se desarrollaban con naturalidad las visitas entre el padre y la

menor, pero es un hecho indiscutido que de acuerdo con todas las declaraciones y los documentos aportados, que tales visitas en las que la menor se quedaba a dormir en la casa del padre y hacían viajes juntos, cesaron desde el 7 de octubre de 2014, fecha en la cual el demandado, su actual cónyuge y su hija regresaron de un viaje a Santa Marta en el cual se hospedaron en el Hotel Zuana.

Aparece como anexo de la demanda, el informe psicológico de avances poco detallado y fechado 15 de febrero de 2015, rendido por la psicóloga clínica Talía Vergara Sarmiento, quien en un acápite dejó consignados hechos destacados referidos tanto por la entonces niña “A”, como por su madre y sus abuelos paternos. Indicó la referencia de la niña a que las vacaciones fueron una tortura, porque su padre no la sacó a pasear sino un día antes de devolverla a la casa materna, que, según la narración de la madre, el demandado bañó a su hija hasta octubre de 2014, lo que también hacía incluso cuando vivían juntos mientras la ella cumplía funciones del hogar y que, según la libelista, a la niña le incomodaba esa situación.

Dejó establecido a un duende que había en la casa del padre y le producía miedo a la menor, que los abuelos mostraron en el celular de la niña, un video de ella en el inodoro y dijeron que lo filmó el padre, así como que, en ese mismo dispositivo, la madre le mostró una fotografía de la niña encima de su papá mientras estaban en una piscina.

Se inscribió igualmente, que la madre mostró videos en los que se ve como “A” se paraliza y rechaza al padre en su presencia. Y como resultados apuntó que es una realidad el rechazo de la niña hacia el padre, pese a que éste emplea todas las estrategias necesarias «...para ver a su hija, “dando todas muestras de amor e interés genuino por ella”, más sin embargo, esto no surte el efecto que este esperaría, como lo es estar con su hija...». Culminó dando una serie de recomendaciones que incluyen terapias para ambos padres.

Conviene aclarar que el relato se torna confuso, pues pese a que es un hecho reconocido por ambas partes que al padre nunca le permitieron formar parte de las valoraciones y tratamientos particulares de la menor, la psicóloga refirió que el demandado culpa a la actora por el hecho de que la niña no quiera compartir espacios con él.

(...) En orden cronológico, se avizora que, con la contestación de la demanda fue allegado el informe rendido el 6 de junio de 2015 por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre valoración psicológica realizada a “A” y su núcleo familiar con destino al proceso de regulación de visitas.

Al iniciar la evaluación aparece en ese informe un relato de la señora “C” Vives sobre el origen del conflicto, en el que manifestó, que todo inició porque en julio de 2011, ella debía obtener una autorización del señor “B” para viajar con su hija a Perú, motivo por el cual, según informó, él la citó con el propósito de conciliar el régimen de visitas en el sentido de que ella podría sacar a la menor del país siempre que él no tuviera horarios tan estrictos para visitar a “A” y eso a ella le pareció un plan maquiavélico.

Quedó allí señalado que según la madre manifestó, ella inició como consecuencia, la demanda de regulación de visitas y en octubre de ese mismo año –2014– la niña no se quería ir con su padre, le daba dolor de estómago, etc., motivo por el cual, él la citó a conciliar en el ICBF. Ese informe concluyó sobre la madre, que tiene una personalidad fundada a partir de la alta sugestionabilidad, con predisposición a aceptar hechos fuera de toda crítica, a formarse opiniones de forma apresurada, utilizar la proyección como mecanismo defensivo y responsabilizar siempre a los demás. Agregó que, como consecuencia de la alta dependencia emocional, en sus relaciones personales puede ser superficial e inmadura. Señaló de la madre que por sus altos niveles de dependencia muestra flexibilidad y una baja disposición a los cambios, lo que revela su crianza en un ambiente permisivo y excesivamente flexible con bajo nivel de exigencia y poca importancia en el cumplimiento de las reglas. Sobre el padre de la menor, básicamente concluyó que es extrovertido y competitivo, así como que puede poseer un carácter marcadamente machista que en ocasiones puede hacer difícil la convivencia y que es posible que se muestre autoritario en hacer prevalecer su pensamiento.

Luego se refirió la experta del ICMLCF a la entonces niña “A” de 7 años, quien convive con sus abuelos maternos en un entorno familiar con gran desequilibrio psicoemocional y un contexto de interferencias psicoparentales agudas que ha llevado de manera no intencionada a reaccionar con rechazo fanático hacia la figura paterna. Dejó consignado que las influencias familiares son significativas, pero unilaterales ya que procede totalmente de su progenitora y familia extensa materna, mientras que el influjo del progenitor es nulo.

Finiquitó destacando que no halló indicios de connotación sexual en la evaluada, así como la necesidad de un régimen de visitas tutelado y con supervisión técnica e incremento paulatino, iniciando en el ambiente lúdico o escolar, que el tratamiento intervencionista que al que ha sido sometida de manera particular no es apropiado, pues tiene una sobrevaluación y sobretratamiento en la niña, razón por la que dijo que se debía abandonar. Recomendó terapia familiar y nueva valoración en tres meses. Posteriormente y al interior de ese proceso judicial, la entonces Juez de Familia mediante sentencia calendada 26 de agosto de 2015 negó las pretensiones de la demanda por medio de la cual, la señora “C” Vives pretendía la aniquilación del régimen de visitas vigente en ese momento».

Prosiguió con el recuento probatorio, añadiendo que:

«En las páginas 102 y siguientes del documento 2, figura un informe de visita social realizado por el ICBF el 15 de septiembre de 2015 con ocasión de una petición que le fue elevada el 16 de mayo de ese año, con el propósito –dice allí– de determinar si el hogar materno representa riesgo para la menor.

Allí refiere el ICBF que el 14 de septiembre de ese año se lleva a cabo la primera cita en la cual, según el dicho de la madre, la niña se negaba a bajarse del vehículo, se acercó un profesional, pero mantuvo la cara a un lado e insistió en no bajarse, por lo que se sugirió nuevo acercamiento el 16 de septiembre.

En esa segunda fecha, la niña se negó nuevamente a bajarse del vehículo, se dejó constancia de una discusión entre el padre y el abuelo paterno en presencia cercana de la menor y la imposibilidad de trabajar las pautas y recomendaciones del ICMLCF debido a la ausencia de la madre.

El ICBF dejó constancia de la inasistencia del padre a las citas del 9 y 14 de octubre de 2015, no se dejó ninguna constancia sobre la madre y la menor y se concluyó que el hogar de la madre no representa riesgo, así como el desinterés del padre en continuar con el proceso debido a su ausencia en dos citas.

(...) En lugar de la materialización del régimen de visitas, la actora formuló denuncia penal contra “B”, esta vez por los presuntos actos de violencia intrafamiliar que este inflige a su hija por las

visitas que le realizaba en el colegio. Esa denuncia está activa en el sistema de consulta SPOA.

Dado el incumplimiento de la madre a lo ordenado por la Juez de Familia y las recomendaciones del ICMLCF fue abierto un incidente de desacato que culminó con decisión calendada 11 de febrero de 2016, por medio de la cual aquella fue sancionada y le fue ordenado que cumpliera a cabalidad con el régimen de visitas dispuesto en la sentencia del 26 de agosto de 2015. El proveído fue confirmado por vía de reposición el 6 de abril de ese año.

(...) Pese a las recomendaciones del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la menor –por iniciativa de la madre– inició tratamiento terapéutico desde noviembre de 2016 en la Asociación Afecto para el Maltrato Infantil, este hecho fue revelado en el interrogatorio que rindió la demandante en la audiencia inicial y se corrobora con la misiva calendada 27 de marzo de 2017 suscrita por la psiquiatra J en la que refirió que la adolescente presenta temor y angustia a hacia su padre, estableciendo que padece de estrés postraumático.

La profesional dijo haber explorado los motivos de su diagnóstico y sin haber establecido la fuente, dijo haber hallado que la paciente presenció eventos francos de violencia que en apariencia fueron varios, especialmente uno en el que el demandado le fracturó un brazo a la actora y que, según el dicho de ésta –de la demandante– fue denunciado a las autoridades. Anotó que la menor tiene miedo a la casa de su padre, ya que es oscura y le produce temor.

Esa carta fue emitida con destino al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el marco un proceso administrativo de restablecimiento de derechos iniciado como consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas, proceso que culminó con decisión del 14 de julio de 2017 en la que se definió a “A” –entonces de 9 años– en estado de vulneración, se confirmó la medida de ubicación maternofilial y se amonestó a ambos progenitores.

En esa oportunidad, el ICBF también ordenó la realización de un curso pedagógico, intervención psicoterapéutica individual a la niña en el Centro de Atención, ordenó al padre y la madre que asistieran a las citas de terapia para el mejoramiento de la relación como padres separados, ordenó a la madre cumplir con la

sentencia emanada del Juzgado de Familia, entre otros. Allí también le fue ordenado al señor “B” que se abstuviera de establecer contacto con su hija en el área educativa sin que medie una preparación y aceptación por parte de la misma niña.

(...) El 16 de febrero de 2018 la psiquiatra J envió otra carta a la Defensora de Familia en la que expresó la continuidad del tratamiento terapéutico, insistió en la presencia del miedo hacia el padre en la niña y una constante indagación por encontrar otras causas adicionales a las que había revelado la paciente en ese entonces, puesto que, expresamente consignó «A pesar de haber preguntado en múltiples ocasiones por las razones por las cuales siente tanto miedo de su padre, lo único que aparece claro hasta el momento es la gran angustia de la niña al recordar incidentes de violencia doméstica contra su madre, la Dra. “C”, lo cual parece constituirse como una memoria altamente traumática».

El 10 de abril de 2018, esa misma psiquiatra a petición de la madre – según aparece allí consignado– le dirigió una carta¹⁶ en la que hizo referencia a una entrevista que se le realizó a la menor el 26 de marzo de ese año, en la cual, ésta reveló que el padre presuntamente la amenazaba en el colegio sobre hacerle daño a su familia si llegara a contar algo.

Escribió la profesional que al preguntarle a la evaluada sobre lo que no puede contar, respondió que el padre le tocaba la vagina, las nalgas y le aplicaba crema, que él la bañaba y le incomodaba, y que eso ocurrió en el baño y la habitación de la casa en la que ella lo visitaba luego de que él se separara de la madre. Dejó apuntado que después de la separación de sus padres, cuando ella iba a casa de él, la bañaba y le enjabonaba los genitales.

Registró haber mostrado a la niña imágenes del cuerpo humano femenino para que señalara en donde la tocaba su padre y ésta rayó los genitales y los glúteos. Dijo la psiquiatra que el estrés postraumático obedece a que presuntamente su padre le fracturó un brazo a su mamá.

Tal escrito fue puesto de presente tanto a la Juez de Familia de como a la Defensora de Familia, quienes como pauta de actuación resolvieron, aquella suspender el régimen de visitas por proveído adiado 31 de mayo de 2018 dentro del proceso; y ésta, en la misma fecha formuló denuncia¹⁸ contra el demandado por hechos

que en ese momento fueron encajados en el tipo de «acto sexual abusivo con menor de catorce años art. 209».

De otra parte, sobre las declaraciones recibidas en el citado juicio, el *ad quem* anotó que *«figura (...) como la primera de ellas, la versión de los hechos dada por la demandante en la audiencia inicial celebrada el 6 de diciembre de 2018. Ella manifestó que los primeros hechos de manipulación sexual a su hija ocurrieron en la semana santa de 2014 y fueron en un viaje que hizo con el papá y su esposa a los Estados Unidos de América, en el cual, la niña la llamaba para hablarle en voz baja»*, sumado a que:

«Al retomar la falladora el interrogatorio, manifestó la actora que la denuncia que formuló en 2015 fue por el acoso en el colegio y en 2018 por los actos sexuales. La juez preguntó si hubo hechos en 2018 de violencia sexual o si son los mismos que ha estado refiriendo de tiempo atrás y contestó que son los mismos, pero que, en 2015, ella –la demandante– no asociaba los baños como acto sexual, pero le envió un correo formal al señor “B” en el que le pidió que no lo hiciera más.

En sesión de audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2020, estando ya concluida la etapa probatoria y debido al tiempo que había transcurrido, la juzgadora ordenó interrogatorio de oficio a las partes con el ánimo de esclarecer hechos que interesan al proceso.

En relación con la parte demandante, el propósito era obtener información sobre los múltiples tratamientos a los que ha sido sometida la adolescente por parte de la madre, con el nombre de los tratantes, fechas y duración. Luego de divagar, la demandante dio los nombres de los múltiples profesionales que han visto a su hija, luego de lo cual, el Ministerio Público le requirió precisión en las respuestas, nuevamente divagó y frente un nuevo requerimiento de la enjuiciadora, finalmente contestó que la psicóloga H inició tratamiento en noviembre de 2014 y finalizó aproximadamente en agosto de 2015, luego acudió a la Psiquiatra K noviembre de 2015 por cuatro a seis sesiones, suspende terapia e inició nuevamente la Dra. J en 2016 y culminó en 2017 como terapeuta tratante.

Expuso que paralelamente cumplió de manera semanal durante año y medio valoración por psicológica por el centro Santa Rosa de Lima, esto se dio en los años 2016 a 2017. En este momento por orden de ICBF sigue con ambos terapeutas por psicología y el mismo radio de tiempo en psiquiatría con J y que suspendido el manejo, la niña entra en franca recuperación. Pero tras una recaída en marzo de 2020 fue atendida por el Dr. M con quien tuvo cuatro consultas durante un mes y medio aproximadamente.

La Procuradora de Familia preguntó el motivo por el que acudió a la profesional K y explicó que como suspendió el tratamiento por orden judicial, la niña entró en crisis y tuvo que darle manejo. Al preguntar la apoderada judicial demandante sobre los motivos que la llevaron a solicitar una medida de protección a inicios del año 2020 si el padre hacía seis años no veía a “A”, la demandante evadió el cuestionamiento y se refirió a hechos del año 2018 cuando siendo niña, “A” hizo la primera comunión.

Al interrogar el motivo por el que acudió ante el psiquiatra M, explicó que el 20 de enero de 2020, tanto ella como su hija, se enteraron de la decisión –del 12 de diciembre de 2019– por medio de la cual la Juez de Familia fijó visitas provisionales».

Luego de hacer una detallada narración de la declaración de “P”, actual cónyuge del padre demandado – sobre quien sostuvo que «esta declarante es muy valiosa para el proceso, pues es la única testigo directa de los presuntos actos de abuso sexual, tanto que frente a este y los demás hechos, brindó un recuento reposado y detallado, sin titubeos, con precisión, y muy importante, refirió hechos cuyo conocimiento obtuvo de primera mano, ya que los presencié»–; así como de “R”, hermano de aquel –de quien añadió que «da cuenta de una relación buena y sana de la adolescente con su padre y con la familia extensa paterna, al punto que, según su dicho, se relacionó mucho mejor con ellos desde la separación de su padre y madre. El declarante hizo sus manifestaciones de forma coherente y sin vacilaciones»–, presentó la valoración de esos suasorios, estableciendo que:

«Todo esto se ha dicho para establecer el contexto en el que se han dado los hechos que aquí han sido revelados según el caudal probatorio, pero antes debe recordarse, que este proceso enmarca una disputa en torno a la potestad parental que ejerce el señor “B” sobre su hija “A”, mas no un asunto con discusión planteada en cuanto al régimen de visitas y su establecimiento, pese a que, el pleito, como bien se ha visto ha surgido precisamente de los altercados de los padres en el desarrollo de tal derecho.

Tal aclaración se expone sin perjuicio de la posibilidad que prevé la ley a los operadores judiciales en materia de familia para la adopción de las medidas de oficio que resulten necesarias.

Retomando, se observa que la génesis del altercado fluyó a partir del manejo inadecuado que han dado la demandante y el demandado a sus diferencias tras la separación y cesación de efectos civiles de su matrimonio religioso, manejo insensato en el que se ha visto involucrada su hija al punto de ser convertida en una paciente psiquiátrica.

En el análisis conjunto de las probanzas se tiene que previo a la sentencia de cesación de efectos civiles del matrimonio, en el año 2011, la actora formuló una denuncia penal por violencia intrafamiliar contra “B”, quien, según su dicho la tomó fuertemente por las manos y le fracturó una falange y que ello ocurrió en presencia de su hija común, la adolescente “A”

Tal denuncia fue archivada por la imposibilidad de determinar al presunto autor, al tiempo que, en este proceso no aparece ni una sola prueba que dé cuenta de tal acto de violencia, lo que debe ser estudiado en conjunto con la manifestación de la señora B al momento de interponer la denuncia –quince días después del presunto acto de violencia– en cuanto que ya tenía la mano fracturada por un accidente de tránsito que había sufrido con anterioridad.

Debe acotarse que no hay una sola referencia directa de la adolescente sobre haber presenciado el presunto acto de violencia intrafamiliar señalado en párrafo anterior, sino dichos de la madre tanto en este proceso judicial, como en la denuncia y en documentos elaborados por los profesionales de salud mental.

Luego de la mencionada sentencia que finiquitó el matrimonio en cuanto sus efectos legales el 10 de septiembre de 2012 y la celebración de un nuevo matrimonio por el demandado el 2 de diciembre de ese mismo año, revelan las pruebas que se inició el desarrollo de visitas entre “B” y su hija de forma muy pacífica, alegre y armónica, en los que compartieron viajes familiares y distintas visitas. De tal hecho traen conocimiento los dos testigos escuchados y las fotografías anexadas por uno de ellos en la audiencia.

No obstante, según lo narrado en los hechos de la demanda, la actora llevó a su hija a terapias en la Fundación a terapias en el año 2013 debido a que presentaba ideas suicidas, insomnio, depresión y otros tantos síntomas de los cuales no obra constancia en la historia clínica, en la cual se le anotó –además de asistencia por recomendación de la abogada– su lenguaje adecuado, así como su estado de consciencia, porte y actitud, que «expresa su sentir fácilmente», deseos conforme a su edad, y en términos generales un buen estado de salud mental de la entonces niña “A”, salvo por su manifestación de dormir poco y tener pesadillas cuando se queda sola, lo que según las leyes de la experiencia puede llegar a ser normal en una niña de siete años, hija de padres recién separados.

Con posterioridad, en octubre de 2014 se suspendieron las visitas entre el demandado y la menor, lo que, según la parte actora, tuvo asidero en el presunto temor de la niña a irse con su padre, pero no obstante, ella siguió compartiendo con normalidad con él dos tardes a la semana al salir del colegio, según ha quedado claro a lo largo del compulsivo, situación que permaneció hasta diciembre de ese año, lo que constituyó la razón para que “B” acudiera al colegio de la niña con regalos a saludarla, decirle que la ama, etc.

Tales asistencias al plantel educativo fueron la base fáctica que tuvo “C” para denunciar penalmente al aquí enjuiciado por violencia intrafamiliar, denuncia que hasta el momento ha caminado y fue presentado escrito de acusación, del cual fue presentada copia a la hora de formular la apelación; sin embargo, en este juicio se ha puesto en contexto que el padre asistía al plantel educativo –como lo dijo en audiencia– como un acto de desespero y de amor, porque sentía la necesidad de ver a su hija, enseñarle su presencia en la vida de ella, darle un abrazo y brindarle afecto.

Previo a ello, la señora “C” había iniciado terapias de psicología particular a su hija y había iniciado un proceso de regulación de visitas que conoció el Juzgado de Familia, al interior del cual, según la narración del demandado fue señalado de cometer violencia sexual contra su hija, hecho que abrió paso para que la juez de ese caso decretara una valoración por parte del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuyo concepto dejó consignadas palabras textuales de “C” en las que ubicó como génesis del asunto, que para poder viajar a Perú con la niña debía pedirle permiso al demandado, razón por la que lo llamó a conciliar y a cambio de ello, el pretendía mayor tiempo de visitas.

Develó a su turno la inmadurez de la madre y su tendencia a formarse juicios apresurados, el machismo del padre que lo torna autoritario a la hora de hacer prevalecer su criterio; ambos con dificultades para el manejo de relaciones personales. *Y corrió cortina sobre que la niña “A”, entonces de 7 años, convive con sus abuelos maternos en un entorno familiar con gran desequilibrio psicoemocional y un contexto de interferencia psicoparentales agudas que ha llevado de manera no intencionada a reaccionar con rechazo fanático hacia la figura paterna. Dejó consignado que las influencias familiares son significativas, pero unilaterales ya que procede totalmente de su progenitora y familia extensa materna, mientras que el influjo del progenitor es nulo.*

Agregó que el tratamiento particular que llevaba la niña debía ser abandonado, ya que estaba siendo sobreevaluada y sobretratada, así como que debía propiciarse encuentros entre el padre y la menor de forma progresiva, iniciando en los ambientes lúdicos y educativos; y no obstante esas determinaciones, la libelista – primera llamada a la protección de su hija– decidió someterla a un nuevo tratamiento en los mismos términos.

Siguiendo esos lineamientos del ICMLCF, la Juez de Familia marcó la directriz para retomar las visitas, y, por otro lado, la madre desatendiendo las recomendaciones del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, inició tratamiento con la psiquiatra J y abandonó el tratamiento ordenado por la Juez de Familia.

Tras el proceso de restablecimiento de derechos adelantado ante el ICBF en se acordó que el padre no iría más al colegio de la menor, lo que se cumplió y de eso no hay duda, pues ninguna de las partes discutió que a mediados del 2017 el demandado dejó

de asistir al plantel educativo. Por otro lado, tampoco fue controvertido por la parte demandante, el hecho de que ella hubiera abandonado el tratamiento que se adelantaba en el Hogar Infantil justo en el momento en el que iniciarían los encuentros entre el padre y la menor, así como que delegó en los abuelos paternos la asistencia terapias, en contravía de la determinación conceptuada por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Al expediente no fue arrimada la historia clínica de la intervención realizada por la psiquiatra “J”, pero si un solo documento emitido a petición de la demandante, en el que la profesional manifiesta haber realizado una entrevista a “A”, en la cual reveló que su padre le tocaba la vagina, los glúteos y le aplicaba crema. Ese documento fue presentado por la vocera judicial de la actora ante el Juzgado de Familia y el ICBF, y con base en el cual, aquel suspendió el régimen de visitas y éste formuló denuncia penal contra el demandado, por la cual, no le ha sido formulada imputación, según lo dicho en los interrogatorios.

Ese hecho es el mismo que reveló “A” ya siendo adolescente en la entrevista que le fue realizada en esta segunda instancia, añadiendo en esta ocasión que eso ocurrió cuando ella tenía siete años. Y esto fue puesto en contexto tanto por el demandado, como por los testigos. Memórese que el testigo manifestó que desde que nació “A”, el enjuiciado se ha encargado de sus cuidados más básicos, que iban desde bañarla hasta estar al pendiente de todas sus necesidades. La testigo P expresó que mientras ocurrieron las visitas y en los viajes que hicieron juntos, “A” se bañaba sola, que su padre solo la ayudaba a lavarse el cabello debido a que lo tenía muy largo y ella no sabía hacerlo muy bien; y que era ella –la testigo– quien le ayudaba luego a desenredarlo y peinarlo.

También manifestó que en el año 2013 o 2014, es decir, cuando “A” tenía aproximadamente siete años, durante una visita en casa del padre y de ella, presentó una infección urinaria, de la que conviene decir, el padre estuvo muy al pendiente manifestándole a la madre que le pusiera atención y le realizara exámenes, y recuérdese que la aquí demandante es mujer y médico ginecóloga.

En todo caso, según lo dicho por la testigo “P”, al final la madre de la menor le recomendó al padre aplicar una crema llamada Trex para el manejo de la infección vaginal, hecho respecto del cual, además, existe una cadena de mensajes de chat que no fue

tachada de falsa ni reprochada por la demandante en ningún momento.

2.4.7. Entonces, es claro que, al ser escuchada la adolescente en la entrevista, manifestó que su padre le hizo cosas malas como tocarle sus partes íntimas y aplicarle crema, en la opinión que expresó en esa entrevista ella sostiene una mala relación con su padre, razón por la que no desea tener sostener visitas con él.

Pues bien, en primer lugar, nótese que en la entrevista dada en esta instancia, la adolescente no se refirió en ningún momento al presunto acto de violencia intrafamiliar que presenció en el año 2011 según el dicho de su madre, ese hecho solo ha sido referido por la demandante al momento de formular la denuncia, al momento de rendir interrogatorio y por la psiquiatra “J” como el detonante del estrés postraumático, así como la psicóloga, pero siempre refiriéndose a que lo manifestó la madre.

El otro acto que sacó a relucir la adolescente fue el presunto acoso de su padre al ir al colegio, las diversas llamadas telefónicas que le hacía y los múltiples mensajes que le enviaba. Y, por otro lado, la conclusión de la adolescente apunta a que no se produzcan visitas entre ella y su padre, pero es que, como se anotó con anterioridad, este pleito se orbita en la potestad parental, es decir, en determinar si está o no configurada la causal segunda invocada, que es la referente a la violencia. Esto, se repite, al margen de las decisiones de oficio que se puedan y deban tomar en materia de visitas.

Al estudiar la opinión de la adolescente en el contexto que ha sido puesto de presente, no descarta la Sala que, para “A” –en ese entonces una niña cuando tenía siete años– haya sido una experiencia traumática que sufriera una infección vaginal con idas al baño frecuentes y dolorosas, con constante ardor que condujeron a la aplicación de la crema de tratamiento y que, por tal motivo, ese hecho se encuentre fijado en su mente.

Desconoce la Sala si la infección vaginal que sufrió a los siete años le haya sido puesta de presente en las constantes sesiones de terapias que mantuvo con los diversos profesionales a los que acudió por iniciativa de la madre antes y después de la recomendación del ICMLCF sobre su abandono para no exponerla a la sobrevaloración y el sobretratamiento, esto pues, se repite, al

expediente no fueron arrimadas las historias clínicas, sino tan solo documentos aislados que refieren de manera muy sucinta los resultados de unas sesiones en concreto.

Pero en todo caso, la Sala debe acoger el criterio del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses que descartó la existencia de actividad sexual y se refirió a la sobreevaluación y el sobretreatmento; pues no de otra manera se explica que con posterioridad a la aplicación de crema vaginal durante el proceso infeccioso, “A” siendo niña continuara sin ninguna dificultad en la materialización de visitas, tal como lo revelan las fotografías acopladas en el testimonio de “P”.

Y se reafirma el acogimiento de ese concepto especializado de la entidad oficial, pues lo que se observa es que con posterioridad a la recomendación que hizo sobre abandonar el tratamiento, “A” fue sometida a nuevos tratamientos particulares que no estuvieron enfocados en el mejoramiento de la relación paternofamiliar cuando aún no estaba completamente destruida, ni a su restablecimiento cuando ya se llegó a tal punto, sino a insistir en otras razones distintas a las que hasta ese momento había descrito como causantes del estrés postraumático.

Basta leer los conceptos y las cartas escritas por la adolescente al ICBF en el proceso de restablecimiento de derechos, en las que en todo momento refería la presencia de un duende en la casa de su padre que miraba si se portaba bien para contárselo a Papa Noel, así como haber presenciado un presunto acto de violencia intrafamiliar entre su padre y su madre. Y a la par de tales manifestaciones, la insistencia por hallar algo más que ya había sido descartado por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En lo que atañe al presunto acoso del padre en el plantel educativo, el contexto no ha sido otro más que su deseo por ver a su hija, dado que no estaba materializándose el régimen de visitas. Ese hecho tampoco lo descarta la Sala como vergonzoso para menor, pues como viene descubierto desde la demanda, fue el foco de atención por tener constantemente a la madre, abuelos maternos y al chofer tomándole fotografías mientras saludaba a su padre; al tiempo que, presenció diversas discusiones en las que además del señor “B”, también protagonizaron su madre y abuelos maternos.

Pero, para esta Sala, de acuerdo con las pruebas aquí aportadas, ese hecho no puede ser catalogado como realización de violencia, mucho menos solo a manos del padre “B”, pues si bien el cómo padre de la niña está llamado antes que los abuelos maternos a proteger y darle ejemplo a su hija, no es menos cierto que según lo narrado, tanto la madre como los abuelos maternos, participaron de en los altercados, siendo ellos el referente de influjo para la menor, según el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Lo que si ha quedado claro en esta larga contienda, es que se desde octubre del año 2014 se produjo una ruptura abrupta e intempestiva de la relación padre-hija, que tuvo asidero fáctico, nada más y menos que como ya se dijo, en el mal manejo de la relación de la demandante y el demandado como padres separados, lo que implica el desconocimiento de los derechos de “A” a tener una familia y no se separada de ella.

No puede perderse de vista que la ruptura del lazo afectivo entre padre y madre en la cultura del divorcio que hoy se afianza en la sociedad, llama al establecimiento de una familia binuclear en los hijos tengan la oportunidad de compartir tanto con su padre como con su madre, pues, el rompimiento del vínculo entre los progenitores no tiene que conllevar a ese mismo rompimiento en la relación del hijo con alguno de ellos hasta el punto de constituirse como una familia monoparental».

En ese orden, al dilucidar sobre la tensión entre el que denominó «interés general» de la adolescente y la «presunción de inocencia» del padre, señaló que **«no encuentra la Sala en el elenco probatorio de este compulsivo, los elementos suficientes ni contundentes que den cuenta de la posible comisión de los actos de violencia física, psicológica ni sexual de los que viene señalado el demandado, por el contrario, lo que se ha observado es que al margen de las conductas erróneas en las que haya podido incurrir, no ha actuado con el ánimo de dañar a su hija “A”»,** ya que:

«Por el contrario, el demandado, de acuerdo con lo probado ha buscado los medios para acercarse a su hija, en un principio para fortalecer y luego para restablecer el vínculo paternofilial que se ha visto roto por las distintas circunstancias que se han dado en

el manejo tan conflictivo con el que tanto él, como la señora “C” han desarrollado su vida como personas separadas. Por tales motivos, estima esta colegiatura que no está configurada la causal invocada por la parte demandante para que el señor “B” fuera privado de la potestad parental que por ley ejerce respecto de su hija, la adolescente “A”».

Posteriormente, relevó que encontró fundamento para modificar la medida oficiosa decretada por el estrado *a quo*, respecto del régimen de visitas, para establecerlas de forma paulatina y progresiva, de acuerdo con las recomendaciones del ICBF al proferir la decisión en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos. En consecuencia, estimó:

«Debe tomarse en cuenta que con el transcurso del tiempo y debido al mal manejo que se le ha dado a los conflictos familiares, la relación aún se encuentra rota si no es que en peores circunstancias a las de hace cuatro y siete años atrás. De ahí que se estime inviable enviar a la menor a tener visitas todo un fin de semana sin que medie antes una preparación y un desarrollo progresivo en el régimen de visitas. Y es por lo anterior que se dispondrá un régimen de visitas progresivo, acompañado y guiado técnicamente en su fase inicial, de forma que se trabaje en el restablecimiento la relación paternofilial. Ello se justifica en la medida que, por recomendación del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, los encuentros deben inicialmente encaminarse a evitar situaciones incómodas y estimular el acercamiento que elimine las barreras que la hoy adolescente, desde niña ha plantado para su cercanía con el papá si es que realmente no hay causa para ello».

3.3. Con observancia en el amplio recuento que se efectuó en la providencia del tribunal, así como en las pruebas aportadas en este proceso constitucional, la Corte precisa que, aun cuando no puede endilgarse a la anotada determinación una carente motivación o un arbitrario apartamiento de las normas o jurisprudencia aplicables, sí

se configuró un *defecto fáctico* que amerita la injerencia de esta justicia excepcional, específicamente en la apreciación de las manifestaciones que, a lo largo del juicio, exteriorizó la ahora adolescente y, en especial, en la entrevista practicada en segundo grado¹², en la que, en palabras del propio colegiado, «*manifestó que su padre le hizo cosas malas como tocarle sus partes íntimas y aplicarle crema, en la opinión que expresó en esa entrevista ella sostiene una mala relación con su padre, **razón por la que no desea tener sostener visitas con él***»

En ese sentido, no puede pasar por alto la Sala que, de forma insistente y a través de diversos medios, la adolescente ha expresado que no quiere llevar a cabo encuentros con su progenitor, a quien acusa –también a través de esta acción constitucional– de presuntamente haber perpetrado actos abusivos respecto de su integridad sexual, siendo esta la razón en la que finca su pedimento, circunstancia que es de conocimiento de la Fiscalía General de la Nación pero que, a la fecha, no ha proferido ninguna determinación que permita esclarecer lo sucedido.

Bajo esa perspectiva, deviene diáfano que, aun cuando en la sentencia que acaba de verse se intentó un ejercicio de valoración contextual, de tal forma que pudiera asignársele a cada suasorio el mérito demostrativo pertinente y que, incluso, oficiosamente dispuso la práctica de la entrevista de “A”, dada la imposibilidad de realizarse en primera instancia,

¹² A través de proveído de 30 de junio de 2022, el *ad quem* encontró que, en la primera instancia, por solicitud del Ministerio Público, se decretó una entrevista a la adolescente “A”, que no pudo adelantarse por distintas circunstancias; razón por la cual estimó que «hay lugar a esa entrevista se realice en esta segunda instancia, eso sí, con el acompañamiento de la Procuradora de Familia y ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar».

cuando se decretó por solicitud del Ministerio Público, sus expresiones y su voluntad no fueron ponderadas adecuadamente de cara al objeto del litigio y con observancia en sus particularidades.

Nótese que, luego de relatar lo dicho por la aquí gestora, el colegiado anotó que, en primer lugar, en esa entrevista *«la adolescente no se refirió en ningún momento al presunto acto de violencia intrafamiliar que presenció en el año 2011 según el dicho de su madre, ese hecho solo ha sido referido por la demandante al momento de formular la denuncia, al momento de rendir interrogatorio y por la psiquiatra “J” como el detonante del estrés postraumático, así como la psicóloga, pero siempre refiriéndose a que lo manifestó la madre»*, de lo cual pareció restarle relevancia a la inequívoca expresión de que *«su padre le hizo cosas malas como tocarle sus partes íntimas»*, que corresponde al otro presunto injusto penal que está siendo investigado, que la involucra directamente a ella y del que refiere ser víctima.

Y, seguidamente, en un ejercicio de inferencia, adujo como posible justificación de esa denuncia, que *«al estudiar la opinión de la adolescente en el contexto que ha sido puesto de presente, no descarta la Sala que, para “A” –en ese entonces una niña cuando tenía siete años– haya sido una experiencia traumática que sufriera una infección vaginal con idas al baño frecuentes y dolorosas, con constante ardor que condujeron a la aplicación de la crema de tratamiento y que, por tal motivo, ese hecho se encuentre fijado en su mente»*.

Luego de lo cual, sin más disquisiciones sobre el punto, estimó que debía acoger el criterio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que *«descartó la existencia de actividad sexual y se refirió a la sobreevaluación y el*

sobretratamiento; pues no de otra manera se explica que con posterioridad a la aplicación de crema vaginal durante el proceso infeccioso, “A” siendo niña continuara sin ninguna dificultad en la materialización de visitas, tal como lo revelan las fotografías acopladas en el testimonio de “P”».

Con todo, la Sala constata que, aun cuando se intentó la integración de los diversos elementos de convicción que se pudieron recaudar en el juicio de privación de la potestad parental, no se muestran consistentes el análisis ni las conclusiones que de allí se derivaron; toda vez que, si bien se aludió al informe de 6 de junio de 2015 del Instituto de Medicina Legal que, en ese momento, no encontró indicios de actividad sexual y expuso un entorno de «*desequilibrio psicoemocional*» y un «*contexto de interferencias psicoparentales agudas*», no se contrastó este documento con la denuncia que se formuló por remisión de la defensora de familia de esa misma entidad –junto con sus soportes–¹³, radicada el 31 de mayo de 2018, época desde la cual la adolescente ha venido efectuando declaraciones sobre el tema¹⁴.

Tampoco se realizó algún pronunciamiento sobre por qué era pertinente en esta etapa acoger de forma irrestricta el mentado informe que data de 2015 –cuyo contexto pudo haber variado desde su fecha de emisión– y hacerlo prevalecer sobre la declaración surtida en la entrevista que se le practicó a la adolescente el 3 de agosto de 2022; o si, en caso de duda o de necesidad de aclaraciones adicionales, por

¹³ Oficio, disponible en el archivo «01Demanda1aParte» del cuaderno de primera instancia.

¹⁴ La denuncia, en su momento, se recibió por el presunto «acto sexual violento con menor de catorce años art. 209 C.P. agravado, art. 211 N5». Allí se anexó el informe

qué no se dispuso ningún correctivo, por ejemplo, frente del informe que presentó la psicóloga a órdenes del ICBF, luego de adelantada la diligencia, si en criterio del colegiado este se mostró insuficiente.

Sobre el punto, aun cuando se echó de menos la historia clínica que diera cuenta de la intervención realizada por la psiquiatra “J” durante los últimos años y se recriminó que solo se allegara el documento emitido a petición de la madre, en el cual se reiteró que la adolescente refirió los presuntos actos de abuso ante la profesional de la salud, tampoco se adoptó medida en ese sentido, de cara a proteger el interés superior que le asiste a “A”

Por ello, en lo que coincide la Corte es que, ciertamente, la garantía de protección de los derechos de “A” se ha visto menguada no solo por los conflictos que se han documentado respecto de los padres y la familia extensa –y el manejo problemático que se les ha dado–, sino por el grado de desvalor que se ha evidenciado en la apreciación de sus expresiones y de su voluntad –obviando su reconocimiento como sujeto de derechos y con interés prevalente–, en el marco de un proceso en el que se están definiendo sus vínculos *paternofiliales*.

Recuérdese que los derechos derivados de la potestad parental «*son derechos instrumentales, cuyo ejercicio, restringido única y exclusivamente a sus titulares, sólo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del menor, de forma tal que no quedan 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, sino a favor de los intereses de los hijos menores» (CC, C-145/10).

También resulta preocupante que, a pesar de haberse radicado la denuncia por el presunto abuso sexual que se habría perpetrado frente a su persona desde el 2018, la Fiscalía General de la Nación no haya dado cuenta, a la fecha, de los resultados de las investigaciones o de las etapas que se han surtido con el propósito de esclarecer lo allí relatado, deficiencia que ha tenido una notable incidencia en la forma en que se ha adelantado el juicio de familia y cuya dilación ha repercutido en el bienestar de “A”

En ese orden, es claro para la Sala que no se ha atendido la garantía del interés superior que le asiste a la accionante, si se tiene en cuenta que no se abordó el estudio del caso bajo este ineludible parámetro ni con perspectiva de género, lo cual resultaba de gran utilidad para acometer la labor de reconstruir el contexto de vulnerabilidad que se ha venido documentando a lo largo de los años en la relación familiar de “A” con sus padres.

Sobre las implicaciones del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la jurisprudencia constitucional ha destacado que:

«En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que la

autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44)» (CC, T-117/13).

Por esa razón, esta pauta también se ha incorporado en el Código de la Infancia y Adolescencia como un imperativo que obliga a todas las personas a procurar la satisfacción integral de los derechos humanos de los niñas, niñas y adolescentes, bajo su concepción de garantías *universales, prevalentes e interdependientes* (artículo 8, *ejusdem*).

Aunado a lo anterior, también se ha reconocido que *«cuando se presente un caso que involucre los derechos de un menor de edad, el operador jurídico **deberá acudir al concepto del interés superior para adoptar la decisión que más garantice sus derechos fundamentales**. En dicha labor, y cuando se enfrente a intereses contrapuestos, le asiste el deber de armonizar el interés del niño con los intereses de los padres y demás personas relevantes para el caso, **con la carga de darle prioridad al primero en razón de su prevalencia** (CP art. 44) y sin que la decisión necesariamente resulte excluyente frente a los intereses de los demás, siempre que ello sea fáctica y jurídicamente posible»* (CC, T-730/15).

Y, en eventos en los que se verifica la situación de aquellos, de cara a la eventual comisión de injustos penales contra su integridad y desarrollo sexuales –aun tratándose de causas judiciales distintas a la penal–, es importante resaltar que, a partir de una integración de los postulados

derivados del artículo 44 de la Constitución Política y los instrumentos internacionales de protección de derechos –en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, integrante del bloque de constitucionalidad (canon 93 *ídem*) y por remisión del precepto 6.º del Código de Infancia y Adolescencia¹⁵, incorporada a través de la Ley 12 de 1991–, debe observarse que el tratamiento que reciban los NNA de la familia, la sociedad y de las instituciones del Estado garantice el respeto de su dignidad, autonomía y voluntad.

Acercas del tema, el precedente constitucional ha sido prolífico, constante y reiterativo al enseñar que:

*«(...) el **interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión.** Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales 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 voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor» (CC T-587/98).*

¹⁵ «las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente».

Así mismo, se ha dilucidado que el referido principio «*comporta que los niños sean destinatarios de un trato preferente, en razón a su carácter jurídico de sujetos de especial protección, y, por lo tanto, **sus derechos deben ser valorados de acuerdo con las circunstancias específicas del caso.** Es decir, que el interés superior del niño tiene un contenido de naturaleza real y relacional, aspecto que demanda una verificación y una especial atención de los elementos concretos y específicos que identifican a los niños, a sus familias, y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente*» (CC, T-1021/10).

Y, más recientemente, ha memorado la jurisprudencia:

«(...) *la triple naturaleza de este postulado [interés superior]. En concreto, ha determinado que el interés superior del niño es **un derecho sustantivo**, pues debe ser una consideración primordial al momento de sopesar los distintos intereses en juego en la toma de una decisión en cualquier ámbito. La garantía de este derecho deberá ponerse en práctica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño a un grupo de niños en concreto. Es **una obligación intrínseca de los Estados**, de aplicabilidad inmediata y reclamable ante los jueces . También es un principio jurídico interpretativo fundamental, en la medida en que “(...) si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”. Finalmente, **es una norma de procedimiento**. Particularmente, la toma de decisiones que involucre un niño debe tener una carga argumentativa que estime las repercusiones positivas y negativas en los derechos del menor de edad. Sobre este asunto, la Sentencia T-033 de 2020 advirtió que reconoce 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 (...) el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular 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”.» (CC, T-351/21).

Razón por la cual se ha recalado que las autoridades judiciales y administrativas tienen la obligación de concretar esos postulados, en especial:

«i. Deben contrastarse sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil.

ii. Los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor de edad en determinado proceso.

iii. Las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerar las valoraciones de los profesionales y aplicar los conocimientos técnicos y científicos del caso. Esto, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el niño, niña o adolescente. El requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional.

iv. Los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos. Lo expuesto, en atención al impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad.

v. Las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

Estos criterios giran en torno al principio pro infans. Este postulado consiste en la aplicación de las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. De esta manera, se torna en una “herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre

prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad”.

*En ese sentido, el principio pro infans tiene una innegable carga axiológica que orienta el ordenamiento jurídico. Particularmente, porque **obliga a las autoridades a garantizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales de los niños**. Es un mandato ineludible que reconoce la condición de vulnerabilidad de este grupo poblacional y salvaguarda la prevalencia de su interés superior en el proceso de interpretación y aplicación de normas, en particular, cuando se adopta una decisión que afecta los derechos de los niños. En suma, la Constitución y las reglas jurisprudenciales desarrolladas sobre la materia, imponen la obligación de aplicar el principio pro infans en los asuntos en los que se analicen hechos que atenten contra la integridad de los niños, niñas y adolescentes» (CC, T-351/21).*

Finalmente, es de anotar que el principio *pro infans* debe ser observado en todas las actuaciones que involucren a los niños, niñas y adolescentes, y en especial en casos de disputa o tensión entre sus derechos y los de terceros, de modo que «**los operadores y judiciales deben darle[s] prevalencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otras garantías de los intervinientes**. Lo anterior, dada su prevalencia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran. En ese sentido, es una regla que obliga a esos operadores adoptar las medidas necesarias para proteger integralmente al niño y evitar amenazas a su integridad. De este modo, resulta ajustado a los postulados del artículo 44 de la Constitución establecer medidas para garantizar la dignidad de los niños, protegerlos en todas las etapas de los procesos judiciales y evitar escenarios de revictimización» (*ibídem*).

Por ello, también resulta de gran utilidad memorar que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como intérprete por vía de autoridad de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos (CADH) –integrada mediante la Ley 16 de 1972 al orden interno–, ha enunciado importantes pautas –que deben ser observadas por las autoridades de los Estados parte, como Colombia– a la hora de evaluar las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales que involucren el ejercicio de sus derechos, relevando, en lo pertinente, que:

*«La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, **el cual contiene adecuadas provisiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.***

De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”.

*Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “**no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones**”; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; iii) el*

*niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; v) “**la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso**”, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo **que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”**.*

*Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, **deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos**. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.*

*En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. **No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso**. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en*

cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones» (Corte IDH, Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 feb. 2012).

3.4. Criterios que, como se vio, explican la necesidad de que, en los procesos judiciales en los que se involucre la discusión sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no solo se les garanticen las condiciones para ser escuchados, sino que además, se ponderen sus manifestaciones y se evalúe la formación de su propio juicio sobre la situación escrutada; es decir, que sus opiniones sean tomadas en consideración para resolver de forma seria y sustentada; aspecto que, como quedó evidenciado, no fue relevante en la definición del *sub-lite*, aun cuando lo que se está concretando atañe a un aspecto esencial como la relación *paternofilial*.

Por ello, se *itera*, la valoración probatoria –y, consigo, la *motivación* de la providencia auscultada– incurrió en defecto susceptible de corrección a través del amparo, en tanto que el colegiado accionado efectuó una apreciación alejada de las especiales exigencias del caso –si se tienen en cuenta las implicaciones del reconocimiento del interés superior que le asiste a “A” y de su condición de sujeto de derechos–, de modo que, en ese orden, se dispondrá que la autoridad encartada renueve la actuación que se invalidará, con observancia en la normativa y jurisprudencia aplicables, y con pleno respeto por su autonomía judicial.

4. Conclusión.

Conforme a lo expuesto, esta Colegiatura considera que, con la expedición de la sentencia cuestionada, se soslayaron las garantías fundamentales de “A”, especialmente su interés superior, pauta que, por su trascendencia, no podía ser pretermitida por el fallador de segundo grado, por lo que se hace necesario otorgar la protección requerida.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales “A”

SEGUNDO: DEJAR sin valor ni efecto el fallo dictado por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, el 23 de septiembre de 2022.

TERCERO: ORDENAR a la precitada corporación judicial que, en el término de veinte (20) días, contado a partir de la notificación de este fallo, proceda a dictar la providencia a que haya lugar en dicha causa, en atención a las consideraciones desarrolladas en esta sentencia.

CUARTO: COMUNICAR lo aquí resuelto a las partes por medio expedito y, en caso de no ser impugnado el fallo, remitir las presentes diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS